



Арбитражный суд Республики Алтай
649000, г. Горно-Алтайск, ул. Ленкина, 4. Тел. (388-22) 4-77-10 (факс)
<http://www.my.arbitr.ru/> <http://www.altai.arbitr.ru/>

ИМЕНЕМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

РЕШЕНИЕ

город Горно-Алтайск
18 января 2019 года

Дело № А02-1688/2018

Резолютивная часть решения оглашена 15 января 2019 года. Полный текст решения изготовлен 18 января 2019 года.

Арбитражный суд Республики Алтай в составе судьи Кулаковой Л. А., при ведении протокола секретарем судебного заседания Сметанниковой Ю.А, рассмотрев в судебном заседании заявление Публичного акционерного общества "Мобильные Телесистемы" (ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076, ул. Марксистская, д. 4, г. Москва) к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай (ОГРН 1020400754890, ИНН 0411073679, ул. Ленина, д. 226 стр. 2, г. Горно-Алтайск, Республика Алтай) о признании незаконными и отмене решения от 22.08.2018 и предписания от 22.08.2018 по делу №5-р/18 от 06.06.2018,

при участии представителей:

Публичного акционерного общества "Мобильные Телесистемы" – Мищенко С.Ю., по доверенности от 20.10.2015 (в деле);

Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай – Чаптынова А.Н., по доверенности от 08.11.2018 (в деле);

Карпушина П.А. – не явился, уведомлен,

установил:

Публичное акционерное общество «Мобильные телесистемы» (далее – ПАО «МТС», общество) обратилось в Арбитражный суд Республики Алтай с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай (далее – УФАС по РА, Управление, антимонопольный орган) о признании незаконными и отмене решения от 22.08.2018 и предписания от 22.08.2018 по делу №5-р/18 от 06.06.2018.

В заявлении общество указало на неправомерность оспариваемых решения и предписания, поскольку условия заключенного между ПАО «МТС» и Карпушиным П.А. договора об оказании услуг подвижной связи МТС от 17.05.2016 предусматривают согласие абонента на любую рекламу, рекламодателем которой является оператор связи, независимо от содержания рекламы и от того, кто именно является рекламодателем – сам оператор или третьи лица.

УФАС по РА в отзыве на заявление просило отказать в удовлетворении требований общества в полном объеме, указало на то, что оспариваемые решение и предписание являются законными и обоснованными, основания для их отмены отсутствуют.

Третье лицо – Карпушин П.А. письменного мнения по существу предъявленного требования суду не представил, в судебное заседание не явился, хотя надлежащим образом был уведомлен о времени и месте его проведения, в том числе публично путем размещения сведений в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

В соответствии со статьями 123, 156, 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) суд счел возможным рассмотреть дело в отсутствие указанного лица.

Представитель заявителя в судебном заседании настаивал на заявленных требованиях, просил признать незаконными решение и предписание антимонопольного органа от 22.08.2018, поскольку в действиях ПАО «МТС» отсутствуют нарушения законодательства о рекламе.

Представитель УФАС по РА в заседании требование не признал, просил отказать в его удовлетворении в полном объеме, ссылаясь на законность и обоснованность оспариваемых актов.

В судебном заседании 11.01.2019 судом объявлен перерыв до 16 час. 30 мин. 15.01.2019.

Исследовав материалы дела, суд считает, что заявленное требование удовлетворению не подлежит.

Судом установлено, что 06.04.2018 Карпушин П.А. обратился в УФАС по РА с заявлением о нарушении ПАО «МТС» требований Федерального закона № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе).

Из заявления следует, что на мобильный телефон (абонентский номер +79160817362, зарегистрированный за гражданином), 06.04.2018 в 09:02 от отправителя VEZET через SMS-центр: +79168960438 поступило сообщение следующего содержания: «Заказать грузоперевозку просто, как заказать такси! «Везет», сервис

заказа такси, представляет «Везет Добро» - службу заказа грузотакси. Закажите перевозку: +78003032222 или http://r/mts.ru/vezetdobro_отправлено МТС». Карпушин П.А. указал, что данное смс-сообщение направлено ему оператором сотовой связи без его согласия на получение такой рекламы.

Определением от 06.06.2018 № 5-Р/18 в отношении ПАО «МТС» антимонопольным органом возбуждено дело по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

При рассмотрении заявления Карпушина П.А. антимонопольный орган сделал вывод о том, что указанная реклама была распространена ПАО «МТС» без предварительного согласия абонента на её получение, в нарушение условий заключенного договора и Закона о рекламе.

По результатам рассмотрения указанного дела Комиссией антимонопольного органа вынесено решение от 22.08.2018, в соответствии с которым реклама, содержащаяся в смс-сообщении, поступившем на мобильный номер +79160817362 06.04.2018 в 09:02 от отправителя VEZET (через смс-центр ПАО «МТС» +79168960438) следующего содержания: «Заказать грузоперевозку просто, как заказать такси! «Везет», сервис заказа такси, представляет «Везет Добро» - службу заказа грузотакси. Закажите перевозку: +78003032222 или http://r/mts.ru/vezetdobro_отправлено МТС» признана ненадлежащей, противоречащей требованиям части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

На основании данного решения обществу выдано предписание от 22.08.2018 о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по делу №5-Р/18 от 06.06.2018, в соответствии с которым:

1. ПАО «МТС» со дня получения настоящего предписания следовало прекратить нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, а именно прекратить распространение смс-рекламы: «Заказать грузоперевозку просто, как заказать такси! «Везет», сервис заказа такси, представляет «Везет Добро» - службу заказа грузотакси. Закажите перевозку: +78003032222 или http://r/mts.ru/vezetdobro_отправлено МТС» по сетям сотовой связи без согласия абонента Карпушина П.А, (абонентский номер +79160817362) на ее получение;

2. ПАО «МТС» необходимо было представить в УФАС по РА доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания в пятидневный срок с момента его исполнения.

Не согласившись с решением и предписанием антимонопольного органа от 22.08.2018, ПАО «МТС» обратилось в арбитражный суд с настоящим заявлением.

В соответствии с частью 1 статьи 4 АПК РФ заинтересованное лицо вправе обратиться в арбитражный суд за защитой своих нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов.

Особенности порядка рассмотрения дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц содержатся в главе 24 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Согласно статье 198 АПК РФ граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Как следует из статьи 200 названного Кодекса при рассмотрении дел об оспаривании решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц арбитражный суд осуществляет проверку оспариваемых решений и действий (бездействия) и устанавливает их соответствие закону или иному нормативному правовому акту, устанавливает наличие полномочий у органа или лица, которые приняли оспариваемое решение или совершили оспариваемое действие, а также нарушает ли оспариваемое решение или действие права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Таким образом, для признания недействительными решений или действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц необходимо наличие двух условий в совокупности: несоответствие их закону или иному нормативному правовому акту и нарушение прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Суд оценил требования заявителя и пришел к следующим выводам.

Правоотношения в сфере распространения рекламы регулируются Законом о рекламе, целями которого являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на

получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Согласно части 1 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный надзор за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе предупреждает, выявляет и пресекает нарушения физическими или юридическими лицами законодательства Российской Федерации о рекламе; возбуждает и рассматривает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона о рекламе реклама представляет собой информацию, распространенную любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованную неопределенному кругу лиц и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Под объектом рекламирования понимается товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Иными словами, информация, признаваемая рекламой, должна удовлетворять определенным условиям, а именно: предназначаться для неопределённого круга лиц; привлекать, формировать и поддерживать интерес к объекту рекламирования; способствовать продвижению объекта рекламирования (товара) на рынке.

В соответствии с пунктами 5, 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель - изготовитель или продавец товара, либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо, рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, любой форме и с использованием любых средств.

Согласно статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи), абонент — пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного смс-сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Ответственность за несоблюдение требований названных норм несет рекламораспространитель (часть 7 статьи 38 Закона о рекламе).

В целях соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе рекламораспространитель, прежде чем направить (обеспечить направление) какому-либо лицу рекламного сообщения по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

Из материалов дела следует, что между ПАО «МТС» и Карпушиным П.А. 17.05.2016 заключен договор об оказании услуг подвижной связи МТС.

06.04.2018 в 09:02 на мобильный номер телефона гражданина Карпушина П.А. +79160817362 от отправителя VEZET (через смс-центр ПАО «МТС» +79168960438) поступило смс-сообщение следующего содержания: «Заказать грузоперевозку просто, как заказать такси! «Везет», сервис заказа такси, представляет «Везет Добро» - службу заказа грузотакси. Закажите перевозку: +78003032222 или http://r/mts.ru/vezetdobro_отправлено МТС».

Факт поступления названного смс-сообщения на номер телефона данного абонента подтверждается скрин-шотом экрана мобильного телефона и не оспаривается сторонами.

Исходя из текста вышеуказанного сообщения, суд приходит к выводу, что распространенное заявителем с помощью смс-рассылки сообщение отвечает всем признакам рекламы: распространено посредством телефонной связи; адресовано неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования (услуги грузотакси «Везет Добро»), формирование и поддержание интереса к нему, его продвижение на рынке.

Заявителем не представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица. В связи с этим, данное сообщение подпадает под понятие «рассылка», предусмотренное в пункте 22.1 ст. 2 Закона о связи.

С учетом этого, направленная 06.04.2018 в 09.02 на абонентский номер Карпушина П.А. информация, правомерно квалифицирована антимонопольным органом именно как реклама. Наличие у указанной информации (смс-сообщения) признаков рекламы сторонами не оспаривается и следует из содержания распространенной информации (смс-сообщения).

Судом установлено, что распространение вышеназванного смс-сообщения было осуществлено посредством последовательных действий со стороны ПАО «МТС» и ООО «ВЕЗЕТ ДОБРО» на основании заключенного гражданско-правового договора.

Так, в частности, между ПАО «МТС» (оператор) и ООО «ВЕЗЕТ ДОБРО» (пользователь) заключен договор об оказании услуг связи №123319122604 (для корпоративных клиентов), а также дополнительное соглашение № 1 от 27.03.2017 к договору, согласно которому ПАО «МТС» в соответствии с заявкой № 1 к дополнительному соглашению обязалось оказать услуги по рассылке смс-сообщений в количестве 103424 штуки.

В силу пункта 3.9 дополнительного соглашения № 1 от 27.03.2017 оператор гарантирует пользователю, что отправка рекламных сообщений осуществляется им в рамках действующего законодательства РФ и автоматическая рассылка по сети подвижной связи или рекламные сообщения отправляются только тем получателям, которые предоставили предварительное и надлежаще оформленное согласие на получение таких рекламных сообщений.

Из существующих договорных обязательств между ПАО «МТС» и ООО «ВЕЗЕТ ДОБРО» посредством осуществления последовательных действий по фактическому доведению рассматриваемой рекламы (объекта рекламирования) до потребителя (гражданина Карпушина П.А.) следует, что рекламодателем полученной абонентом рекламы является ООО «ВЕЗЕТ ДОБРО». ПАО «МТС» является рекламодателем рассматриваемого рекламного смс-сообщения, как лицо осуществившее распространение рекламы посредством использования электронной связи на телефонный номер гражданина Карпушина П.А.

По мнению ПАО «МТС», Карпушин П.А., подписывая договор от 17.05.2016, выразил свое согласие на получение рекламы от партнеров ПАО «МТС», т.к. никаких отметок о несогласии или об отказе от получения рекламы в договоре не проставлено. При этом неотъемлемой частью данного договора являются Условия оказания услуг подвижной связи «МТС», утвержденные Приказом от 03.02.2016 №01/0036 (далее – Условия).

При этом заявитель указывает, что в регистрационной форме Абонентского договора от 17.05.2016 содержится специальное поле (чек-бокс), позволяющее абоненту при заключении договора выразить свое согласие или не согласие на получение рекламы и использование сведений о нем в целях продвижения услуг.

Суд оценил доводы заявителя и пришел к следующим выводам.

В соответствии с пунктом 7.6 Условий оказания подвижной связи МТС, которые являются неотъемлемой частью договора от 17.05.2016, абонент вправе выразить свое согласие на возможность получения информационных рассылок, рекламы от оператора и/или его партнеров, распространяемых по сетям связи, а также на использование сведений о нем в целях продвижения товаров/работ/услуг, в том числе, путем осуществления прямых контактов с абонентом с помощью средств связи, когда необходимость такого согласия предусмотрена действующими нормативно-правовыми актами. Абонент вправе отозвать данное им согласие в любое время путем направления оператору соответствующего письменного заявления, являющегося неотъемлемой частью договора, либо иным способом, установленным оператором.

Согласие считается отозванным абонентом с момента получения оператором указанного в настоящем пункте заявления.

Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Системный анализ статьи 18 Закона о рекламе, пункта 7.6 вышеназванных Условий, пункта 15 постановления Пленума ВАС РФ позволяет сделать вывод о том, что согласие абонента на получение рекламы должно:

относиться к конкретному рекламодателю, либо рекламодателю;
должно быть выражено явно.

Суд считает, что учитывая особое внимание законодателя к распространению рекламы посредством сетей электросвязи и установленным правилам для возможности ее направления абонентам, следует руководствоваться более жесткими требованиями и в каждом конкретном случае учитывать именно наличие прямого согласия абонента на получение рекламы.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. То есть для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно сначала получить его явно выраженное согласие, а только потом осуществлять рассылку абоненту.

При этом из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение какой-либо рекламы от конкретных лиц по сетям электросвязи.

Таким образом, в целях защиты прав и законных интересов абонента, при получении такого согласия, абоненту (как потребителю услуги) должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок от партнеров оператора, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие, а не опосредованной и обусловленной лишь

ознакомлением с правилами оказания услуг, которые являются неотъемлемой частью договора.

Обратное может привести к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

Согласно поступившему в антимонопольный орган заявлению Карпушина П.А., владельца телефонного номера +79160817362, он не давал согласие на получение рекламы от отправителя VEZET на заказ грузотакси.

Суд считает, что отсутствие отметки о несогласии в соответствующем поле договора от 17.05.2016, не может безусловно свидетельствовать о выраженном желании Карпушина П.А. получать на свой телефонный номер рекламы от партнеров оператора сотовой связи.

Из текста договора следует, что Карпушин А.А. выразил согласие на получение рекламы, использование сведений о нем в целях продвижения услуг.

Вместе с тем, согласно пункту 2.19 Условий услуги - это услуги подвижной радиотелефонной связи, телематические услуги, оказываемые Оператором непосредственно и или с привлечением третьих лиц (сервисное, информационно-справочное обслуживание, услуги местной телефонной связи с предоставлением дополнительного абонентского номера без организации абонентской линии, конкретные услуги).

В связи с этим, суд делает вывод о том, что Карпушин П.А. выразил согласие на получение рекламы, использование сведений о нем в целях продвижения услуг связи самого оператора – ПАО «МТС».

В соответствии с бланком договора на оказание услуг связи ПАО «МТС», абонент может только отказаться от получения всей рекламы по сетям электросвязи. При этом согласно форме бланка абонент не имеет возможности отказаться от получения рекламы конкретных распространителей.

В тексте договора от 17.05.2016 не содержатся сведения, касающиеся получения согласия на рекламу от партнеров ПАО «МТС». К договору от 17.05.2016 не приложен список партнеров ПАО «МТС», из которого абонент может безусловно узнать, что полученное им смс-сообщение – это сообщение партнера ПАО «МТС».

Таким образом, имеющаяся в договоре формулировка вводит абонента в заблуждение относительно условия о даче согласия на получение рекламной

информации об услугах самого оператора, либо его партнеров, оказывающих иные услуги.

Суд считает, что имеющееся в договоре от 17.05.2016 согласие на получение рекламы и использование сведений о нем в целях продвижения услуг не может свидетельствовать о явно выраженном желании абонента получать от ООО «ВЕЗЕТ ДОБРО» сообщения рекламного характера.

С учетом изложенного, суд считает обоснованными и правомерными выводы УФАС по РА, сделанные в решении от 22.08.2018 и не находит оснований для признания его недействительным.

Обжалуемое предписание выдано антимонопольным органом в пределах предоставленных ему полномочий и не нарушает прав и законных интересов заявителя, не создает препятствий для реализации заявителем его прав, имеет своей целью устранение допущенного нарушения требований законодательства, наличие которого установлено решением антимонопольного органа, признанного судом законным и обоснованным.

Суд не установил в действиях УФАС по РА нарушения порядка при рассмотрении дела № 5-р от 06.06.2018, вынесении решения от 22.08.2018 и выдаче предписания от 22.08.2018.

Согласно части 3 статьи 201 АПК РФ в случае, если арбитражный суд установит, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решения и действия (бездействие) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и не нарушают права и законные интересы заявителя, суд принимает решение об отказе в удовлетворении заявленного требования.

На основании изложенного, руководствуясь статьями 167-170, 197-201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

решил:

отказать Публичному акционерному обществу «Мобильные Телесистемы» (ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076, ул. Марксистская, д. 4, г. Москва) в удовлетворении заявленных требований.

Решение может быть обжаловано в месячный срок с момента его принятия в Седьмой арбитражный апелляционный суд.