

РЕШЕНИЕ

по делу № 033/05/18-1186/2020

Решение в полном объеме изготовлено 19 января 2021 года
Резолютивная часть оглашена 15 января 2021 г.

г. Владимир

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Владимирской области (далее – Владимирское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

Ш. – председатель Комиссии (заместителя руководителя Владимирского УФАС России),

М.– заместитель начальника отдела антимонопольного контроля торгов и органов власти, член Комиссии;

В.– ведущий специалист - эксперт отдела антимонопольного контроля торгов и органов власти, член Комиссии,

в присутствии лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:

- представителя ПАО «МобильныеТелеСистемы» (ИНН 7740000076, ОГРН 1027700149124. Юр. адрес: 109147, город Москва, Марксистская улица, 4). –Б., действующей на основании доверенности № ***** от *****, сроком действия три года,

- в отсутствие заявителя Б., заинтересованного лица КПК «РостПенсион», о времени и месте рассмотрения дела уведомленных надлежащим образом,

рассмотрев дело № 033/05/18-1186/2020, возбужденное по признакам нарушения требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона № 38-ФЗ от 13.03.2006 "О рекламе" по факту распространения посредством подвижной мобильной электросвязи 26.10.2020 в 09:00 на абонентский номер +***** рекламного смс - сообщения с номера +7***** (RostPension) с предложением потребительского займа без согласия абонента,

установила:

В Управлении Федеральной антимонопольной службы по Владимирской области рассматривается заявление гр. Б. (вх. № 481-кол от 06.11.2020г.) по факту поступления 26.10.2020 в 09:00 на его абонентский номер +79***** рекламного смс - сообщения с номера +7***** (RostPension) с предложением потребительского займа.

Заявитель указывает на нарушение ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

Согласно данным реестра российской системы и плана нумерации, номер заявителя +79*****1 выделен оператору ПАО «МобильныеТелеСистемы» (далее ПАО «МТС»).

В целях установления рекламодателя и рекламораспространителя указанного объявления, Управлением Федеральной антимонопольной службы по Владимирской области был сделан запрос в адрес оператора связи ПАО «МобильныеТелеСистемы» (исх. № 02/6364-мсв от 06.11.2020).

В ответ на данный запрос (вх. № 8008 от 20.11.2020) была получена информация, что указанное смс-сообщение поступило на абонентский номер с номера «RostPension», что подтверждается данными автоматизированной системы расчетов ПАО «МТС». Наряду с этим, ПАО «МТС» было указано следующее. Между ПАО «МТС» и Б. *****.2002 заключен договор оказания услуг связи с выделением абонентского номера +7*****. Неотъемлемой частью заключенного договора являются условия МТС и выбранный абонентом тарифный план.

Ч. 1 ст. 45 Федерального закона «О связи» от 07.07.2003 N 126-ФЗ установлено, что договор об оказании услуг связи, заключаемый с гражданами, является публичным договором. В соответствии с п. 1.1 Условий оказания услуг подвижной связи «МТС» (далее - Условия), данные Условия устанавливаются Оператором связи самостоятельно, являются публичной офертой и могут быть приняты абонентом не иначе как путем присоединения к ним в целом. Условия, а также предложения об их изменении размещаются на сайте оператора связи. При заключении договора абонент выразил согласие с Условиями. Согласно п. 4.1 Условий, перечень услуг, оказываемых абоненту, определяется выбранным абонентом тарифным планом с учетом иных услуг, заказанных абонентом дополнительно в соответствии с действующими предложениями оператора и/или третьих лиц. Согласно п. 7.6 Условий, абонент вправе выразить свое согласие на возможность получения информационных рассылок 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 получения такого согласия предусмотрена действующими нормативными 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 с момента получения оператором указанного заявления. По данным автоматизированной системы расчетов ПАО «МТС», до 09.11.2020 на абонентском номере Б. была подключена услуга «Отказ от получения email-рассылок с выгодными предложениями МТС». По состоянию на 20.11.2020 иных запретов на прием смс/ммс сообщений у Б. не установлено.

Также ПАО «МТС» в указанном письме сообщило, что лицом, сформировавшим и определившим содержание смс - сообщения с предложением потребительского займа, является КПК «Ростпенсион» (ИНН 4345471181). КПК «Ростпенсион» является пользователем продукта МТС Маркетолог (автоматизированный сервис для создания и управления распространением рекламных материалов) на условиях, содержащихся в публичной оферте на оказание услуги «Рекламная кампания в Сервисе». Согласно разделу 3 указанной оферты, Услуга оказывается только клиентам, прошедшим идентификацию посредством заполнения анкеты в личном кабинете с указанием банковских реквизитов. Во исполнение указанного предложения КПК «Ростпенсион» заполнил анкету в личном кабинете, произвел заказ услуги путем формирования последней в личном кабинете. На основании полученного заказа от КПК «Ростпенсион» ПАО «МТС» оказало услуги с использованием сервиса.

ПАО «МТС» указывает, что обязанность получения от получателя рассылки согласия на получение рекламных материалов ПАО «МТС» исполнена, по состоянию на 20.10.2020 отказа абонента Б. от получения информационных рассылок, рекламы от оператора и/или его партнеров, распространяемых по сетям связи не поступало.

Владимирским УФАС России был направлен запрос (исх. № 02/6701-мсв от 23.11.2020) в адрес КПК «Ростпенсион». В ответ на данный запрос (вх. № 8302 от 02.12.2020). КПК «Ростпенсион» сообщило, что смс – рассылка была осуществлена сервисом МТС Маркетолог. КПК «Ростпенсион» также указало, что руководствовалось п. 5.2.4 договора – оферты, в соответствии с которым ПАО «МТС» обязуется до начала оказания услуги получить от получателя согласие на получение рекламных материалов».

В ответе на запрос Владимирского УФАС России (исх. № 02/6997-мсв от 04.12.2020) ПАО «МТС» сообщило следующую дополнительную информацию (вх. №8657 от 14.12.2020). Обязанность получения согласия абонентов на распространение рекламы по сетям электросвязи установлена ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», вступившим в силу с 01.07.2006. Положения Федерального закона от 18.07.1995 N 108-ФЗ «О рекламе», действующего до 01.07.2006 указанной обязанности не содержали. В соответствии со ст. 422 ГК РФ, договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам,

установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения. Если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров. Положения о получении предварительного согласия абонента на рассылку по сети подвижной радиотелефонной связи, изложенные в ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи» введены Федеральным законом от 21.07.2014 №272-ФЗ, вступившим в силу 21.10.2014. Договор между ПАО «МТС» и Заявителем заключен 22.02.2020, т. е. до вступления в силу Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» Федерального закона от 21.07.2014 №272-ФЗ. ПАО «МТС» указывает, что принятие в дальнейшем Федерального закона «О рекламе», установившего обязанность получения согласия абонентов на распространение рекламы по сетям электросвязи, не может быть основанием для возложения соответствующей обязанности на ПАО «МТС» в рамках договора от 22.02.2002, поскольку указанным законом не было предусмотрено придание ему обратной силы.

Данных, свидетельствующих о получении ПАО «МТС» от Б. согласия на получение рекламных материалов, определенно свидетельствующих о волеизъявлении конкретного лица на получение соответствующей информации, не представлено. Сведения об отсутствии отказа Б. от получения рекламных материалов не могут быть приняты как выражение согласия абонента. При этом, бланк договора о предоставлении услуг сети сотовой радиотелефонной связи, приложение «А» к указанному договору от *****.2002 не содержат сведений о выражении абонентом согласия на получение рекламных материалов.

Наряду с изложенным, антимонопольный орган исходит из следующего. В соответствии с п. 3.5 Условий, в случаях, когда необходимость получения согласия от абонента предусмотрена действующими нормативными правовыми актами, подписывая настоящий договор, абонент – юридическое лицо выражает согласие на предоставление доступа к услугам связи, оказываемым другими операторами, на использование сведений об абоненте, в том числе на их предоставление третьим лицам, на получение информационных рассылок, рекламы по сетям электросвязи от оператора, в том числе о товарах/работах/услугах и иных объектах рекламирования и/или объектах информирования третьих лиц. Абонент вправе отозвать свое согласие в порядке, указанном в пп.7.4, 7.5, 7.6 Условий. В отношении физических лиц соответствующих положений не установлено.

В соответствии с п. 7.6 Условий, абонент вправе выразить свое согласие на возможность получения информационных рассылок, рекламы от оператора, в том числе о товарах/работах/услугах и иных объектах рекламирования и/или объектах информирования третьих лиц, распространяемых по сетям электросвязи, а также на использование сведений об абоненте в целях продвижения товаров/работ/услуг/иных объектов информирования, в том числе путем осуществления прямых контактов с абонентом с помощью средств связи, когда необходимость получения такого согласия предусмотрена действующими нормативными правовыми актами. В случае, когда оператор является рекламораспространителем, согласие на получение рекламы означает согласие абонента на получение, в том числе рекламы о товарах/работах/услугах и иных объектах рекламирования третьих лиц. 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 с момента получения оператором указанного заявления.

В соответствии с п. 1 Оферты на оказание Услуги «Рекламная кампания» в Сервисе (далее - Оферта), Получатель – лицо, которое выразило и не отозвало согласие на получение рекламных материалов. Целевая аудитория – совокупность абонентов, не отозвавших своего

согласия на получение рекламных материалов, выбранных с использованием таргетинга для проведения конкретной рекламной кампании. Таргетинг – набор критериев, заданных клиентом, на основании которых клиентом осуществляется выбор целевой аудитории среди абонентов для оказания клиенту услуги в соответствии с условиями данной оферты. Перечень возможных критериев устанавливается ПАО «МТС».

В соответствии с п. 3.4.1 Оферты, клиент формирует в личном кабинете заказ, указывая желаемый объем, срок оказания и иные параметры услуги. В соответствии с п. 3.4.4 Оферты, МТС. Получив заказ от Клиента, оказывает услуги с использованием сервиса. В соответствии с п. 3.5.1 Оферты, заказ в отношении каждого смс – сообщения считается исполненным с момента отправки смс – сообщения с оборудования оператора. Наряду с этим, в соответствии с п. 5.2.4 Оферты, ПАО «МТС» обязуется до начала оказания услуги получить от получателя согласие на получение рекламных материалов.

Исходя из этого, клиент сервиса обладает возможностью выбора лишь критериев отбора получателей рекламной информации, а не конкретных абонентов, которым будет направлена рекламная информация, в соответствии с чем у клиента также отсутствует возможность установления наличия или отсутствия согласия абонента на получение рекламных материалов.

По указанному факту распространения рекламы 17 декабря 2020 года Управлением было возбуждено производство по делу № 033/05/18-1186/2020 в отношении - ПАО «МобильныеТелеСистемы» (ИНН 7740000076, ОГРН 1027700149124. Юр. адрес: 109147, город Москва, Марксистская улица, 4) как рекламораспространителя., по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, о чем вынесено определение № 02/7272-мсв от 17.12.2020 и назначена дата рассмотрения дела на 15 января 2021 года.

15 января 2021 года состоялось рассмотрение дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе № 033/05/18-1186/2020, возбужденное в отношении ПАО «МобильныеТелеСистемы». На рассмотрении дела присутствовал представитель ПАО «МобильныеТелеСистемы» Б., действующей на основании доверенности №**** от ****, сроком действия три года. На рассмотрении дела представитель ПАО «МобильныеТелеСистемы» заявил ходатайство о передаче дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе № 033/05/18-1186/2020 по подведомственности. Комиссия, посовещавшись на месте, приняла решение об отказе в удовлетворении данного ходатайства ввиду следующего. На основании пункта 6 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17 августа 2006 г. № 508 (действовавшим до 31.12.2020), ФАС России наделяет территориальные органы ФАС России полномочиями по возбуждению и рассмотрению дел по признакам нарушений законодательства Российской Федерации о рекламе. Письмом ФАС России исх. от 12.11.2020 №ДФ/98602/20 в соответствии с указанным положением ФАС России наделило Владимирское УФАС России полномочиями по возбуждению и рассмотрению дел по признакам нарушений законодательства Российской Федерации о рекламе по обращению Б. (вх. № ФАС России ВХ039520). Данное правило поддержано также действующими на момент рассмотрения ходатайства Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 N 1922, на основании п. 7 которых Федеральная антимонопольная служба вправе поручить своему территориальному органу возбудить и (или) рассмотреть возбужденное дело по ходатайству своего территориального органа или по собственной инициативе независимо

от места нахождения (места жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, или места распространения рекламы.

Также, представитель ПАО «Мобильные ТелеСистемы» представил пояснения по факту спорного рекламного объявления. Между ПАО «МТС» и Б. *****.2002 заключен договор оказания услуг связи с выделением абонентского номера +7*****. Согласно п. 7.6 Условий, абонент вправе выразить свое согласие на возможность получения информационных рассылок 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 получения такого согласия предусмотрена действующими нормативными 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. По данным автоматизированной системы расчетов ПАО «МТС», до 09.11.2020 на абонентском номере Б. была подключена услуга «Отказ от получения email-рассылок с выгодными предложениями МТС» в связи с чем Б. было известно о возможности отказа от получения рекламных сообщений. По состоянию на 20.11.2020 иных запретов на прием смс/ммс сообщений у Б. не установлено. Обязанность получения согласия абонентов на распространение рекламы по сетям электросвязи установлена ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», вступившим в силу с 01.07.2006. Положения Федерального закона от 18.07.1995 N 108-ФЗ «О рекламе», действующего до 01.07.2006 указанной обязанности не содержали. Положения о получении предварительного согласия абонента на рассылку по сети подвижной радиотелефонной связи, изложенные в ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи» введены Федеральным законом от 21.07.2014 №272-ФЗ, вступившим в силу 21.10.2014. Договор между ПАО «МТС» и Заявителем заключен 22.02.2020, т. е. до вступления в силу Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе». ПАО «МТС» указывает, что принятие в дальнейшем Федерального закона «О рекламе», установившего обязанность получения согласия абонентов на распространение рекламы по сетям электросвязи, не может быть основанием для возложения соответствующей обязанности на ПАО «МТС» в рамках договора от *****.2002. Иные нормативные акты, свидетельствующие о наличии у оператора связи обязанности направлять запросы после заключения договора об оказании услуг связи с абонентом о предоставлении согласия на получения рекламных материалов, по мнению ПАО «МТС», отсутствуют. .

Исследовав материалы дела № 033/05/18-1186/2020, Комиссия приходит к следующим выводам.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке; объект рекламирования - товар, средство его индивидуализации, 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; товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации;

рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Информация, распространенная посредством вышеуказанного рекламного звонка на абонентский номер +7*****, отвечает всем признакам рекламы: адресована неопределенному кругу лиц, формирует и поддерживает интерес потребителей к услугам предоставления потребительских займов.

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. 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.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Согласно п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе" в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

В письме ФАС России N АК/16266 от 28.04.2011 "О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе" разъяснено, что обязанность по получению согласия и подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе. При этом рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Таким образом, распространение рекламы по телефону возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер, выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи (абонента). При этом доказывать факт получения такого согласия должен рекламораспространитель, а в случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Реклама потребительского займа, распространенная 26.10.2020 в 09:00 на абонентский номер +7***** с номера +79***** (RostPension) посредством смс – сообщения была распространена в период действия ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи», ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», в связи с чем Комиссия приходит к выводу о наличии у оператора связи обязанности по получению предварительного согласия абонента на получение рекламной информации посредством сети электросвязи.

Данных, свидетельствующих о получении ПАО «МТС» от абонента мобильного телефона +79***** Б. согласия на получение рекламных материалов, определенно свидетельствующих о волеизъявлении конкретного лица на получение соответствующей информации, не представлено. Сведения об отсутствии отказа Б. от получения рекламных материалов не могут быть приняты как выражение согласия абонента. При этом, бланк договора о предоставлении услуг сети сотовой радиотелефонной связи, приложение «А» к указанному договору от ****.2002 не содержат сведений о выражении абонентом согласия на получение рекламных материалов.

Следовательно, реклама, распространенная 26.10.2020 в 09:00 на абонентский номер +7***** с номера +7***** (RostPension) посредством смс – сообщения с предложением услуг предоставления потребительских займов, содержит признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

ПАО «МТС» осуществило распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер +7*****, т.е. определило самостоятельно конечного абонента (получателя рекламы).

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ "О рекламе" ответственность за нарушение требований статьи 18 закона несет рекламораспространитель

Исходя из имеющихся у антимонопольного органа материалов следует, что рекламораспространителем является ПАО «МобильныеТелеСистемы» (ИНН 7740000076, ОГРН 1027700149124. Юр. адрес: 109147, город Москва, Марксистская улица, 4)

Исходя из изложенного, Комиссия пришла к выводу о ненадлежащем характере рекламного объявления, распространенного посредством подвижной мобильной электросвязи 26.10.2020 в 09:00 на абонентский номер +7***** рекламного смс - сообщения с номера +7***** (RostPension) с предложением потребительского займа без согласия абонента, поскольку при его распространении не соблюдены требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

Учитывая, что распространение указанного рекламного объявления носило разовый характер, а также, что по данным ПАО «МТС» 09.11.2020 в связи с поступлением запроса Владимирского УФАС от 06.11.2020 №02/6364-мсв, на абонентском номере заявителя были подключены услуги «Отказ от e-mail рассылок с выгодными предложениями.Promo», «Отказ от SMS/MMS рассылок с выгодными предложениями.Promo», «Отказ от входящих звонков с выгодными предложениями.Promo» Комиссия решает не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Комиссия, руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона № 38-ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42-48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

решила:

1. Признать рекламное объявление, распространенное посредством подвижной мобильной электросвязи 26.10.2020 в 09:00 на абонентский номер +7***** рекламного смс - сообщения с номера +7***** (RostPension) с предложением потребительского займа ненадлежащим, поскольку в нем нарушены требования ч. 1 ст.18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе не выдавать.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

Ш.

Члены Комиссии

М.

В.