

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 21-05/09-2018Р

«21» мая 2018 года
г.Петропавловск - Камчатский

Резолютивная часть решения оглашена «14» мая 2018 года

В полном объеме решение изготовлено «21» мая 2018 года

Комиссия Камчатского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии: Светлова И.А.– руководитель УФАС России по Камчатскому краю,

члены Комиссии: Муравкина Юлия Андреевна – главный – специалист эксперт отдела правового обеспечения и рекламы,

Иванкова Наталья Александровна – главный специалист – эксперт отдела правового обеспечения и рекламы,

рассмотрев дело №21-05/09 - 2018Р возбужденное в отношении ПАО «МТС» (ОГРН 1027700149124, ИНН/КПП 7740000076/770901001, 109147, г.Москва, ул.Марксистская, 4) по признакам нарушения частей 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе» или Закон о рекламе),

в отсуствии:

- заявителя;

в присутствии:

- лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе: представитель по доверенности - Гильмутдинова Т.Н. (доверенность №0087/16 от 26.04.2016, 5 лет)

УСТАНОВИЛА:

В УФАС России по Камчатскому краю поступило заявление от физического

лица о признаках нарушения Закона о рекламе, выразившегося в распространении смс- сообщения рекламного характера без согласия абонента на получение такой информации.

Из заявления следует, что на абонентский номер <...> поступило сообщение:

- 28.11.2017 в 20 часов 12 минут: «Страшно горят цены. Скидки до 70% в Чёрную пятницу! 22-30.2017г. Подробности у сотрудников магазина «Л`Этуаль» от абонента LEToile;

- 20.11.2017 в 17 часов 34 минуты: «Ярмарка шуб по очень низким ценам, рассрочка, 20-26 ноября ДомБыта GR» от абонента +7 965 208 0928;

- 20.11.2017 в 14 часов 53 минуты: «СМС-реклама Легкий поиск новых клиентов! Тел. Для заказа 8-924-334-61-91» от абонента 8-906-019-95-29;

- 9.11.2017 в 16 часов 03 минуты: «СМС-реклама Легкий поиск новых клиентов Тел. Для заказа 89243346191»;

- 8.11.2017 в 14 часов 51 минуту: «СМС- реклама по жителям вашего города.Тел. для заказа: 89243346191 Аудитория: женская, автовладельца, общая» от абонента 89671385243.

Абонентский номер <...> закреплен за ПАО «Мобильные телесистемы» (далее – ПАО «МТС»).

ПАО «МТС» зарегистрировано в качестве юридического лица, что подтверждается выпиской из Единого государственного реестра юридических лиц от 23.03.2018.

Согласно части 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), реклама - информация, 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.

Исходя из определения понятия «реклама», поступившая на мобильный телефон заявителя информация соответствует понятию «реклама».

Названная информация адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (в рассматриваемом случае скидкам в магазине «Л`Этуаль», ярмарке шуб и СМС-рекламе легкому поиску новых клиентов).

Распространение рекламы посредством использования подвижной радиотелефонной связи без согласия абонента на ее получение, является

нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Заявитель является абонентом ПАО «МТС», то есть ПАО «МТС» предоставило заявителю по абонентскому номеру <...> услуги подвижной радиотелефонной связи и иные сопряженные с ними услуги.

Таким образом, ПАО «МТС» в отношении абонента является оператором подвижной радиотелефонной связи.

В статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) даны понятия:

- абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации (подпункт 1);

- оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии (подпункт 12);

- рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (подпункт 22.1);

- услуга связи - деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений (подпункт 32).

В соответствии со статьей 44.1 Закон о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее – рассылка) должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено (часть 1).

Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе

заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи (часть 2).

Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи, осуществляемая с нарушением требований настоящего Федерального закона, является незаконной (часть 3).

Таким образом, законодательством о связи также признается незаконной рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи без предварительного согласия абонента.

Из ответа на запрос (вх.09.01.2018 №25) следует, что ПАО «МТС» не оказывало услуг по распространению рекламы, а предоставило ООО «Стрим» (ИНН 7705893691) техническую возможность рассылки смс-сообщений в рамках оказания услуг подвижной связи в соответствии с договором №D130524209 от 14.02.2014.

Между ПАО «МТС» и ООО «Стрим» заключен договор от №D130524209 от 14.02.2014, в соответствии с которым ПАО «МТС» оказывает ООО «Стрим» SMS-услуги.

В соответствии с п.3.5 договора Исполнитель (ПАО «МТС») имеет право не принимать к размещению либо незамедлительно прекращать размещение рекламно – информационные материалы (далее – РИМ) Заказчика, письменно уведомив при этом Заказчика (ООО «Стрим») в случае:

- если не получено либо отозвано согласие Абонента на получение рекламы.

Распространение рекламной информации, поступившей в виде смс-сообщения на номер мобильного телефона <...>, осуществлено посредством последовательных действий путем заключения договоров.

При этом ПАО «МТС» на основании договора №D130524209 от 14.02.2014 оказывало ООО «Стрим» « смс-услуги», то есть услуги по передаче смс-сообщений от оборудования заказчика абонентам ПАО «МТС».

Таким образом, в процессе передачи смс – сообщений, в том числе рекламного характера, конечным потребителям (абонентам) отсутствие такого звена как оператор связи (в рассматриваемом случае ПАО «МТС») делает невозможным распространение вышеуказанных сообщений.

Сторонами в договоре предусмотрена обязанность заказчика по возмещению ущерба в случае нарушения законодательства о рекламе.

Следовательно, по мнению антимонопольного органа, ПАО «МТС» было осведомлено об исполнении (возможности использования) предоставляемых им смс - услуг для доведения информации рекламного характера до потребителей.

В силу определения, данного в пункте 7 статьи 3 Закона о рекламе, у антимонопольного органа имеются правовые основания считать ПАО «МТС» рекламораспространителем, и, соответственно, на него могут быть возложены обязанности рекламораспространителя.

Подтверждением инициативы именно заказчика рассылки по сети электросвязи является договор, заключенный им с оператором связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги оператора связи по осуществлению рассылки, имеющие, по существу, технический характер и не затрагивающие содержательной стороны рассылки.

Согласно части 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.

Определением о возбуждении дела №21-05/09-2018Р по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 26.03.2018 дело назначено к рассмотрению.

2018. состоялось рассмотрение дела №21-05/09-2018Р, относительно доводов изложенных в вышеуказанном определении, представитель ПАО «МТС» пояснила, что физическое лицо является абонентом ПАО «МТС» по договору оказания услуг подвижной связи.

Отправка смс- сообщения 28.11.2017 (отправитель «Letoile») произведена ПАО «МТС» на основании Договора на услугу мобильная реклама от 14.02.2014, заключенного с ООО «Стрим».

В соответствии с договором ПАО «МТС» оказывает Заказчику в лице ООО «Стрим» услугу «Мобильная реклама» с помощью каналов коммуникации по размещению рекламно – информационных материалов на каналах коммуникации с Абонентами.

Заказчик предоставляет Исполнителю в лице ПАО «МТС» Заявку, содержащую критерии таргетинга, сроки, канал коммуникации, РИМ

(рекламно – информационные материалы), соответствующие требованиям законодательства РФ и др. (п.9 Дополнительного соглашения 1 от 14.02.2014г.).

ПАО «МТС» осуществляет рассылку РИМ только лицам, с которыми заключен договор на услуги связи оператора и которые не отозвали своего согласия на получение рекламы третьих лиц, распространяемой Исполнителем (п. 6.11 Договора).

Абонент выразил свое согласие на получение рекламы, использование сведений о нем в целях продвижения услуг, путем подписания Договора и не проставления знака: «V» в графе «не согласен» на получение рекламы (Договор прилагается).

В соответствии с п.7.6 Условий оказания услуг подвижной связи МТС, которые являются неотъемлемой частью Договора согласно преамбуле Договора (абонент ознакомлен, согласен с Условиями, получил их, что подтверждается на бланке Договора), 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 целом продвижения товаров/работ/услуг, в том числе, путем осуществления прямых контактов с Абонентом с помощью средств связи, когда необходимость такого согласия предусмотрена действующими нормами – 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. Дополнительно у абонента возможность самостоятельно отказаться от получения СМС - сообщений, содержащих рекламу, новости о продуктах и услугах МТС, а также отказаться от получения бесплатных СМС и ММС- сообщений с сайта МТС, подключив бесплатную услугу «Запрет приема рекламных СМС». Информация о данной услуге размещена на официальном сайте ПАО «МТС»: http://www.ryazan.mts.ru/mod_connect/messaging/sms/inbox_sms/zapret_sms/.

На день рассылки рекламной информации и по настоящее время от абонента не поступало письменного заявления об отказе получения рекламы, а также у него не было подключенных услуг по запрету приема рекламных сообщений.

В регистрационной форме Абонентского договора содержится специальное поле, позволяющее абоненту уже при заключении договора выразить свое согласие или не согласие на получение рекламы и использование сведений о нем в целях продвижения услуг, т.е. совершить активные действия, подтверждающие действия, подтверждающие его

волеизъявление на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя, что соответствует положениям п.15 Пленума ВАС РФ №58 от 08.10.2012 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами федерального закона «О рекламе».

При оформлении Абонентского договора абонент не выбрал поле «Не согласен на получение рекламы, использование сведений о нем в целях продвижения услуг».

Далее относительно иных смс- сообщений, 20.11.2017 в 17 часов 34 от абонента +7 965 208 0928; 20.11.2017 в 14 часов 53 минуты от абонента 8-906-019-95-29; 9.11.2017 в 16 часов 03 минуты от абонента +79060199529; 8.11.2017 в 14 часов 51 минуту от абонента +79671385243.

Согласно выписки из реестра Российской системы и плана нумерации все номера отправителей относятся к номерной емкости, выделенной ПАО «Вымпел-Коммуникации» г.Москва.

Таким образом, ПАО «МТС» считает, что само по себе использование сети связи ПАО «МТС» и иных операторов связи в целях распространения какой – либо рекламной информации третьих лиц не означает и не может автоматически означать, что такое распространение (рассылку) рекламной информации осуществляет ПАО «МТС».

В соответствии пунктом 34 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия определила: продлить рассмотрение дела №21-05/09-2018Р; назначить рассмотрение дела №21-05/09-2018Р на «14» мая 2018 года; привлечь к участию в рассмотрении дела №21-05/09-2018Р в качестве заинтересованного лица: ПАО «Вымпел-Коммуникации» (ОГРН1027700166636, ИНН/КПП 7713076301/771301001, 127083, г.Москва, ул.Восьмого Марта, д.10, стр. 14; 680000, г.Хабаровск, ул.Волочаевская, 133); ООО «Стрим» (ОГРН1097746431903, ИНН/КПП 7705893691/ 770201001, 129110, г.Москва, ул.Щепкина, д.51/4, стр. 2).

14.05.2018 г после объявленного перерыва, состоялось рассмотрение дела.

В ходе рассмотрения дела представитель пояснила, что использование сети связи ПАО «МТС» и иных операторов в целях распространения какой-либо рекламной информации третьих лиц не означает и не может автоматически означать, что такое распространение (рассылку) рекламной информации осуществляет ПАО «МТС», что также подтверждается письмом ФАС России от 28.04.2011 №АК/16266, согласно которому услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, и рекламораспространителем не является.

Также предоставлены Отчет о научно – исследовательской работе по подготовке научного заключения по теме: «Правовые аспекты определения рекламораспространителя при рассылке смс- сообщений по сетям электросвязи», подготовленным Юридическим факультетом Московского Государственного университета им.М.В. Ломоносова 31.01.2018 и Научное заключение Федерального Государственного научно – исследовательского учреждения «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской

Федерации» по теме «Соотношение положений рекламного и связного законодательства в части определения лица, обязанного получить согласие абонента на получение рекламной рассылки по сетям подвижной радиотелефонной связи» от 28.10.2015.

Таким образом, представитель считает, что оператор связи при оказании услуг связи, в т.ч. услуг по рассылке иным лицам не имеет права знакомиться с содержанием сообщений, рассылка которых осуществляется по его сетям, а также, не имеет правовой возможности оценить содержание сообщений, направляемых по его сети связи в качестве рассылки в соответствии с положениями статьи 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи» на предмет наличия в них содержания рекламного характера, поскольку оператор связи обязан обеспечить тайну связи.

- рассмотрению дела от заявителя поступили письменные пояснения. Согласно письменным пояснениям заявитель полагает, что ООО «Стрим» является рекламодателем. Согласие на получение от ООО «Стрим» и ООО «Летуаль» не давал. К ПАО «МТС» претензий не имеет, на получение смс – сообщений от ПАО «МТС» не возражаю.

Изучив материалы дела, заслушав представителей сторон, Комиссия приходит к следующим выводам.

ПАО «МТС» (109147, г.Москва, ул.Марксистская, 4) является юридическим лицом, действовавшего на основании Устава, включенного в Единый государственный реестр юридического лица от 23.03.2018 за основным государственным регистрационным номером ОГРН 1027700149124, ИНН/КПП 7740000076/770901001.

Согласно материалам дела №21-05/09-2018р на телефонный номер <...> поступило сообщение:

- 28.11.2017 в 20 часов 12 минут: «Страшно горят цены. Скидки до 70% в Чёрную пятницу! 22-30.2017г. Подробности у сотрудников магазина «Л`Этуаль» от абонента LEToile;
- 20.11.2017 в 17 часов 34 минуты: «Ярмарка шуб по очень низким ценам, рассрочка, 20-26 ноября ДомБыта GR» от абонента +7 965 208 0928;
- 20.11.2017 в 14 часов 53 минуты: «СМС-реклама Легкий поиск новых клиентов! Тел. Для заказа 8-924-334-61-91» от абонента 8-906-019-95-29;
- 9.11.2017 в 16 часов 03 минуты: «СМС-реклама Легкий поиск новых клиентов Тел. Для заказа 89243346191»;
- 8.11.2017 в 14 часов 51 минуту: «СМС- реклама по жителям вашего города.Тел. для заказа: 89243346191 Аудитория: женская, автовладельца, общая» от абонента 89671385243.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографиями экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской,

представленной заявителем.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является информация, 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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 ФЗ «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 излучения, 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 силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно распространение рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенной информации.

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.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалы дела не представлено доказательств направления смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя. Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Данная информация направлена на привлечение внимания к услугам, предоставляемым ПАО «МТС», имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

Исходя из представленных в материалы дела сведений, подобная рассматриваемой информация направлялась клиентам оператора связи с помощью автоматизированной системы и не являлась информацией, раскрытие или распространение либо доведение до потребителя которой является обязательным в соответствии с федеральным законом. Спорная информация была направлена на привлечение внимания потребителей к определенным товарам (услугам) посредством направления предложения воспользоваться определенной услугой оператора связи.

Поскольку посредством сетей электросвязи может направляться не только реклама, но и иные виды информации, следует учитывать, что не должна относиться к рекламе информация, распространяемая посредством смс-сообщений, направляемых операторами сотовой связи своим абонентам, содержащая сведения о порядке исполнения или изменения условий исполнения обязательств по предоставлению «базовых» услуг в рамках условий и предмета заключенного договора.

Примерами подобных сообщений может служить информация об изменении стоимости услуг, предоставляемых в рамках выбранного абонентом тарифного плана; об обеспечении данных услуг бесплатными сервисами («Вам звонили», «Узнать баланс», «Я в сети» и т. п.); о нахождении абонента в роуминге (в том числе о пересечении абонентом граница и возможном изменении в порядке списания денежных средств); об изменении порядка оплаты данных услуг, в том числе о возможности изменения порядка оплаты данных услуг по выбору абонента, не связанного с подключением дополнительных услуг за дополнительную плату.

Таким образом, информация, распространенная посредством смс-сообщения на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонного сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно

создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

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.

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 рекламораспространителя. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

В настоящем случае заявитель прямо указал на то, что согласия на получения рекламной рассылки не давал.

Согласно письменным пояснениям ПАО «МТС», заявитель является абонентом ПАО «МТС» вследствие заключения договора об оказании услуг подвижной связи «МТС», по которому заявителю был выделен номер <...>. Также ПАО «МТС» пояснено, что бланк-договор содержит графу, в которой можно выразить свое несогласие на получение рекламной информации от оператора связи и его партнеров путем проставления галочки в соответствующем окошке.

Надлежащим образом оформленное и не отозванное предварительное согласие абонента на получение рекламы ПАО «МТС» не представлено.

В силу п. 7 ст. 3 Закона о рекламе под рекламодателем понимается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

При этом законодательно установленное определение распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Вместе с тем, по смыслу приведенной нормы права, а также в целях соблюдения принципа справедливости юридической ответственности, при разрешении вопроса относительно признания лица распространителем рекламы необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

Материалами дела подтверждается, что распространение рекламы в настоящем случае осуществлено посредством последовательных действий ПАО «МТС» и ООО «Стрим» на основании заключенных между ними гражданско-правовых договоров.

Распространение смс- сообщения именно 28.11.2017 в 20 часов 12 минут с текстом: «Страшно горят цены. Скидки до 70% в Чёрную пятницу! 22-30.2017г. Подробности у сотрудников магазина «Л'Этуаль» от абонента LEToile, в настоящем случае осуществлено на основании договора №D130524209 от 14.02.2014, заключенного с ООО «Стрим» (ИНН7705893691).

В рамках настоящего договора Исполнитель (ПАО «МТС») обязуется оказывать Заказчику (ООО «Стрим») за вознаграждение Услугу «Мобильная реклама» с помощью Каналов коммуникации» согласно условиям Договора (п.2.1), и Дополнительным соглашениям являющимся неотъемлемой частью настоящего Договора.

В свою очередь ПАО «МТС» по договору №D130524209 от 14.02.2014 обязалось осуществить передачу смс - сообщений Заказчика (ООО «Стрим») их конечным получателям.

Согласно п.3.5 настоящего договора Исполнитель (ПАО «МТС») имеет право не принимать к размещению либо незамедлительно прекращать распространение РИМ (рекламно – информационные материалы) Заказчика (ООО «Стрим»), письменно уведомив при этом Заказчика, в любом из следующих случаев:

- если не получено либо отозвано согласие Абонента на получение рекламы.

Комиссия установила, что исходя из положений заключенных обществом гражданско – правовых договоров у ПАО «МТС» имелась возможность предварительного выяснения у лица, передающего сообщения, факта наличия согласия абонента на получение рекламы, однако не были предприняты достаточные меры для соблюдения требований действующего законодательства.

Дополнительным соглашением №1 к договору №D130524209 от 14.02.2014, составленным 14.02.2014, определены виды услуг, оказываемых оператором сотовой связи (ПАО «МТС») обществу. К их числу относятся услуги по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений от абонента (общества) к пользователю.

Таким образом, ПАО «МТС» является неотъемлемой частью правонарушений,

складывающихся в процессе передачи смс-сообщений, в том числе рекламного характера, конечным потребителям. Отсутствие в этих правоотношениях такого звена, как оператор связи, сделает распространение указанных сообщений невозможным.

Исходя из части 1 статьи 8, статьи 309 ГК РФ представляется возможным сделать вывод о том, что заключив вышеупомянутый договор и Дополнительное соглашение, ООО «Стрим» конклюдентно согласилось с тем, что предоставляемые им услуги связи будут использоваться в целях распространения рекламы.

- этой связи ссылка ПАО «МТС» на отсутствие возможности ознакомиться с содержанием передаваемых сообщений не имеет правового значения, поскольку ПАО «МТС» был осведомлен о целях использования предоставляемых ими услуг, в том числе распространения рекламы.

Обратного представителем ПАО «МТС», не доказано, в связи с чем не предоставляется возможным говорить о том, что на ПАО «МТС» в настоящем случае не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителю.

Желание ПАО «МТС» получать обусловленную договором плату за оказание услуг по передаче sms-сообщений рекламного характера и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче представляет собой исключительно злоупотребление правом, которое в силу ч. 2 ст. 10 ГК РФ не подлежит судебной защите.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению sms-сообщений до их конечных получателей осуществлены, в том числе ПАО «МТС» и ООО «Стрим», а также то, что они были осведомлены относительно целей оказания ими соответствующих услуг, у антимонопольного органа в настоящем случае имеются правовые основания считать их рекламораспространителями применительно к п. 7 ст. 3 Закона о рекламе.

В соответствии с ч. 1 ст. 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.

Между тем, как следует из текста поданной в антимонопольный орган жалобы <...>, своего согласия на получение упомянутого ранее сообщения он не давал.

Доказательств наличия такого согласия никем из участвующих в деле лиц представлено не было. В этой связи Комиссия приходит к выводу о том, что реклама в настоящем случае распространена с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Таким образом, Комиссией Камчатского УФАС России в действиях ПАО «МТС» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении посредством смс-сообщения 28.11.2017 в 20 часов 12 минут: «Страшно горят цены. Скидки до 70% в Чёрную пятницу! 22-30.2017г. Подробности у сотрудников магазина «А`Этуаль» от абонента LEToile, без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ПАО «МТС» не представлено.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного, Комиссия Камчатского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «МТС» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе. Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Камчатского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «МТС» (ОГРН 1027700149124, ИНН/КПП

7740000076/770901001, 109147, г.Москва, ул.Марксистская, 4) нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения рекламы:

-28.11.2017 в 20 часов 12 минут: «Страшно горят цены. Скидки до 70% в Чёрную пятницу! 22-30.2017г. Подробности у сотрудников магазина «Л`Этуаль» от абонента LEToile, без предварительного согласия абонента на ее получение.

2. Выдать ПАО «МТС» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Камчатского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме «21» мая 2018 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии И.А. Светлова

Члены Комиссии Ю. А. Муравкина

Н.А. Иванкова