

РЕШЕНИЕ

по делу № 012/05/18-1035/2020

о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе

«26» февраля 2021 года
Ола

г. Йошкар-

Резолютивная часть решения объявлена: «19» февраля 2021 года

Полный текст решения изготовлен: «26» февраля 2021 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии – заместитель руководителя - начальник отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов,

член Комиссии – ведущий специалист-эксперт отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов,

член Комиссии – специалист-эксперт отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов,

рассмотрев дело № 012/05/18-1035/2020 по факту распространения смс-сообщения посредством телематических средств связи без согласия абонента в присутствии представителя ПАО «МТС» по доверенности № 0085/18 от 16.07.2018 Бикмурзиной Е.В.,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Марийского УФАС России поступило заявление Б. вх. № 209-Б от 21.10.2020.

В своем заявлении Б. указал, что на его абонентский номер (+7*****) 20.10.2020 в 10:01 поступило смс-сообщение от отправителя Promo (+7*****) без предварительного согласия абонента следующего содержания:

«Отказали в кредите? Мы одобряем быстро и без залога! Успейте сегодня: <http://m.mts.ru/a116E2>».

Антимонопольный орган в соответствии с предоставленными Федеральным

законом от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) полномочиями осуществляет государственный надзор за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе и проводит проверки рекламы на соответствие требованиям Российской Федерации.

В соответствии с частью 2 статьи 36 Закона о рекламе антимонопольный орган по собственной инициативе, представлению прокурора, обращениям органов государственной власти или органов местного самоуправления, а также по заявлениям физических или юридических лиц возбуждает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона 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.

Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

В пункте 2 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» установлено, что при анализе информации на предмет наличия в ней признаков рекламы необходимо учитывать, что размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителя ассоциацию с определенным товаром, имеющее своей целью привлечение внимания к объекту рекламирования, должно рассматриваться как реклама этого товара, поскольку в названных случаях для привлечения внимания и поддержания интереса к товару достаточно изображения части сведений о товаре.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 Закона о рекламе, объект рекламирования - 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.

В соответствии с пунктом 3 статьи 3 Закона о рекламе товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Если рекламная информация представляет интерес и доступна также и иным лицам, не только входящим в ее целевую аудиторию, то направленность такой рекламы выходит за пределы целевой аудитории и относится к неопределенному кругу лиц.

Согласно Письму ФАС России от 05.04.2007 года исх. № АЦ/4624 под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для

неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Согласно Письму ФАС России от 20.06.2018 № АД/45557/18 «Об оценке неопределенного круга лиц в рекламе» квалификация информации как рекламы либо иного рода информации зависит от совокупности направленности и содержания сути сведений, приведенных в такой информации.

Информация, направленная Б. в виде смс-сообщения, не обращена к конкретному потребителю, она не адресована каким-либо определенным лицам, следовательно, является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены.

Таким образом, информация содержит следующие признаки рекламы: рассматриваемое смс-сообщение направлено посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Следовательно, указанная информация по своему содержанию и целевой направленности является рекламой.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

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, а также не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

При этом в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

Согласно части 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения

товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

Таким образом, распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Пункт 21.1 статьи 2 Закона о связи закрепляет понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается 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.

Закон о связи не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Статья 44.1 Закона о связи устанавливает порядок осуществления рассылки. Согласно части 1 статьи 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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.

В соответствии с частью 3 статьи 10 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» при использовании для распространения информации средств, позволяющих определять получателей информации, в том числе почтовых отправлений и электронных сообщений, лицо, распространяющее информацию, обязано обеспечить получателю информации возможность отказа от такой информации.

В соответствии с п. 1 ст. 45 Закона о связи, ст. 426 ГК РФ договор об оказании услуг связи, заключаемый с гражданами, является публичным договором. Абонент принимает условия договора об оказании услуг связи добровольно, с его собственного согласия, на основании принципа свободы договора - основополагающего принципа гражданского законодательства, закрепленного в п. 2 ст. 1 и ст. 421 ГК РФ.

Буквальное толкование изложенных 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. Требование законодателя относительно обязанности

рекламораспространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов императивно и, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Соответственно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно предварительно получить от потребителя явно выраженное согласие, а только потом осуществлять соответствующую рассылку.

Марийским УФАС России направлен запрос от 22.10.2020 исх. № 03-13/359 в ПАО «МТС» о представлении информации.

ПАО «МТС» в письменных пояснениях указало, что Б. является абонентом сотовой связи ПАО «МТС» на основании договора об оказании услуг подвижной связи от 22.02.2002. На момент получения рекламы действовали условия оказания услуг МТС в редакции от 09.09.2020 г. против текущей редакции условий абонент не возражал. С просьбами о прекращении распространения рекламной информации не обращался, претензий по данному вопросу не зафиксировано.

Так, пунктом 7.6 Условий оказания услуг подвижной связи МТС, действовавших на момент получения рассматриваемого смс-сообщения, установлено, что абонент вправе отозвать данное им согласие в любое время путем направления оператору соответствующего письменного уведомления.

На дату поступления рассматриваемого смс-сообщения Б. согласие на получение рекламы не отзывал, с требованиями о прекращении распространения рекламы в ПАО «МТС» не обращался.

Также оператор ПАО «МТС» указывает, что у абонентов имеется возможность самостоятельно отказаться от получения смс-сообщений, содержащих рекламу, новости о продуктах и услугах МТС, а также отказаться от получения бесплатных смс как посредством услуги «Отписка от SMS-рассылок», так и посредством услуги «Запрет приема SMS-рассылок с DEF номеров», согласно которой абонент имеет возможность самостоятельно заносить номера нежелательных отправителей сообщений в список услуги, совместно с которой подключается бесплатная услуга «Черный список», в рамках которой абонент имеет возможность активировать опцию «АнтиСПАМ», позволяющую через Личный кабинет на сайте ПАО «МТС» блокировать получение СМС со всех номеров, состоящих из латинских букв или букв и цифр с коротких номеров.

ПАО «МТС» указало, что рассматриваемое рекламное смс-сообщение направлено на номер Брайнина А.А. в рамках реализации услуги по реализации рекламных компаний «МТС Маркетолог», оказываемой обществом.

«МТС Маркетолог» - это платформа для самостоятельной настройки рекламных компаний в формате единого окна. С помощью «МТС Маркетолог» возможно самостоятельно, без привлечения дополнительных сотрудников и обращения в агентства настроить рекламную кампанию и осуществлять рассылки потенциальным клиентам. При авторизации на портале клиентом и осуществлять рассылки потенциальным клиентам. При авторизации на портале клиентом принимаются условия оферты по заключению ПАО «МТС» договора на услугу «МТС Маркетолог». Рекламная кампания создается в личном кабинете на сайте: <https://marketolog.mts.ru> путем заполнения анкеты.

Согласно интерфейсу «МТС Маркетолог» с сайта: <https://marketolog.mts.ru>, услугой «геотаргетинга» сервисом могут пользоваться физические и юридические лица, индивидуальные предприниматели – абоненты любых операторов.

Также, ПАО «МТС» указало, что заказчиком отправки рассматриваемого рекламного смс-сообщения являлось ООО «Рапporto».

На договор об оказании услуг связи также распространяются положения ГК РФ о договоре присоединения.

Согласно п. 1 ст. 428 ГК РФ договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах и иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом. При этом согласно п. 2 ст. 428 ГК РФ присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора.

Согласно пункту 47 Правил оказания услуг телефонной связи, утвержденных Постановлением Правительства РФ № 1342 от 09.12.2014, изменение договора, заключенного в письменной форме, оформляется путем заключения дополнительного соглашения в письменной форме либо путем совершения абонентом конклюдентных действий, перечень и порядок осуществления которых определяются договором.

Доказательств информирования Б. об изменениях условий оказания услуг подвижной связи МТС в материалах дела не представлено. В тоже время, новое условие о «праве абонента выразить свое согласие на возможность получения информационных рассылок» требует получение отдельного согласия от абонента.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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 рекламодателя/распространителя.

В соответствии с Определением Верховного Суда Российской по делу № А60-63378/2016 только однозначное идентифицированное согласие абонента на получение рекламы содержащееся в договоре, заключенном в письменной форме, подписанном абонентом, в том числе в договоре на оказание услуг связи, может указывать на надлежащее уведомление.

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента при получении согласия последнему как потребителю услуги должна быть предоставлена изначально

отказаться от получения рекламных рассылок. При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие, а не опосредованной и обусловленной лишь ознакомлением с правилами оказания услуг, а также направления самостоятельно запросов на фиксированный номер оператора, информация о котором отсутствует в договоре, а доступ к личному кабинету на сайте ПАО «МТС» может быть затруднен отсутствием интернет связи.

Иной подход может привести к злоупотреблениям со стороны рекламодателей, стремящихся любым способом получить возможность распространения рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

Таким образом, рассматриваемая реклама доводилась до абонента без предварительного согласия абонента на ее получение с применением электронного сервиса операторов подвижной связи, что нарушает часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В ответ на определение о возбуждении дела № 012/05/18-1035/2020 по признакам нарушения законодательства о рекламе от 21.12.2020 ПАО «МТС» сообщило, что согласие пользователей/абонентов на получение смс-сообщений, направленных с помощью сервиса «МТС Маркетолог», отдельно не запрашивается. Согласие или отказ на получение рекламы выражается абонентом непосредственно при заключении договора на оказание услуг связи, предоставляемых ПАО «МТС», и в дальнейшем может быть отозвано или снова выражено при исполнении договора в соответствии с пунктом 7.6 условий оказания услуг связи, предоставляемых ПАО «МТС».

Копию регистрационной формы абонента на заключение договора оказания услуг подвижной связи МТС Б. ПАО «МТС» в Марийское УФАС России не представило в связи с давностью заключения договора. Таким образом, у ПАО «МТС» отсутствует надлежаще оформленное согласие Б. на получение рекламы.

В рамках рекламной кампании смс-сообщения, аналогичные рассматриваемому, направлены 125 610 абонентам, что подтверждается выпиской из личного кабинета заказчика рассылки ООО «Раппорто».

ПАО «МТС» также поясняет, что отправка рассматриваемого смс-сообщения произведена в соответствии с условиями оферты оборудования ПАО «МТС» с использованием сервиса «МТС Маркетолог». В связи с тем, что отправка осуществляется оборудованием именно ПАО «МТС» в рамках указанного сервиса, ООО «Раппорто» в своих пояснениях утверждает, что через его оборудование рассматриваемое смс-сообщение не проходило (письмо от 16.12.2020 вх. № 11652).

Соглашение между ПАО «МТС» и ООО «Раппорто» заключено путем акцепта заказчиком оферты акционерного общества, размещенной по ссылке: <https://marketolog.mts.ru>. В дальнейшем формирование и настройка рекламных кампаний, их оплата осуществляются в личном кабинете заказчика на платформе «МТС Маркетолог», договор на бумажном носителе не заключается.

Согласно пункту 2.1. Оферты на оказание услуги «Рекламная кампания» предметом оферты является оказание ПАО «МТС» клиенту услуги по реализации рекламных кампаний, клиент в свою очередь обязуется оплачивать оказываемую услугу в

соответствии с условиями оферты. Рекламная кампания – совокупность рекламных мероприятий, рассчитанных на определенный период времени, территорию, целевую аудиторию в соответствии с параметрами, указанными клиентом.

Согласно пункту 3.4 Оферты на оказание услуги «Рекламная кампания» объем, сроки, стоимость услуги указываются в заказе, формируемом клиентом в личном кабинете. В соответствии с пунктом 5 оферты к обязанностям клиента относится предоставление рекламных материалов, соответствующих требованиям действующего законодательства РФ и требованиям, указанным на сайте <https://marketolog.mts.ru>.

Таким образом, в соответствии с информацией, представленной ПАО «МТС», текст смс-сообщения для рассылки с использованием сервиса «МТС Маркетолог» формируется клиентом/заказчиком рассылки, в данном случае – ООО «Рапporto». Отправка смс-сообщения осуществляется ПАО «МТС» с использованием технологического оборудования ПАО «МТС» в соответствии с условиями оферты и заказа клиента.

Также, в ответ на определение об отложении дела № 012/05/18-1035/2020 по признакам нарушения законодательства о рекламе от 25.01.2021 ООО «Рапporto» представило скриншот из системы, используемой обществом для осуществления коммерческой деятельности, подтверждающий отсутствие транзакции на дату поступления на абонентский номер Б. рассматриваемого смс-сообщения.

В ответ на определение об отложении дела № 012/05/18-1035/2020 по признакам нарушения законодательства о рекламе и продлении срока рассмотрения ООО «Рапporto» сообщило, что рассылка рассматриваемого смс-сообщения Б. осуществлена ПАО «МТС» в рамках оказания ООО «Рапporto» услуг по реализации рекламных кампаний посредством канала коммуникаций оператора по базе абонентов оператора в рамках соглашения.

ООО «Рапporto» отмечает, что в связи с тем, что абоненты заключают договор на оказание услуг с оператором-ПАО «МТС», в рамках которого оператор получает согласие абонентов на распространение им рекламных материалов, получение согласий целевой аудитории, выбранной клиентом, в данном случае ООО «Рапporto», осуществляется также оператором, так как абонентские номера, участвующие в рассылке, относятся к базе оператора.

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя. Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Проанализировав данные правоотношения, Марийское УФАС России пришло к выводу о том, что между ПАО «МТС» и ООО «Рапporto» фактически возникли взаимосвязанные действия, направленные на доведение сведений, содержащихся в рассматриваемом смс-сообщении, до абонента.

На основании изложенного следует, что ООО «Раппорто» является рекламодателем и рекламопроизводителем в силу того, что информацию по предоставлению потребительского кредита для распространения посредством СМС через интерфейс «МТС маркетолог» предоставляло само общество.

Письмом от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» ФАС России указала, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

Однако ПАО «МТС» осуществляло фактическое доведение рекламных сведений до абонентов в рамках программы «МТС Маркетолог». Следовательно, ПАО «МТС» является рекламораспространителем, поскольку общество доводило информацию до конечного потребителя.

В соответствии со статьей 38 Закона о рекламе рекламораспространитель несет ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламоателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В ответ на определение об отложении дела № 012/05/18-1035/2020 по признакам нарушения законодательства о рекламе от 25.01.2021 ПАО «МТС» представило документальные доказательства прекращения нарушения законодательства о рекламе в виде скриншота из учетной системы общества, подтверждающего исключение Б. из получателей рекламной информации.

На основании изложенного, Комиссия Марийского УФАС России считает, что в данном случае не имеется оснований для выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Учитывая изложенное, руководствуясь частью 1 статьи 18, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, следующего содержания:

«Отказали в кредите? Мы одобряем быстро и без залога! Успеете сегодня:

<http://m.mts.ru/a116E2>», направленную ПАО «МТС» на абонентский номер Б. без предварительного согласия, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для рассмотрения вопроса о привлечение лица к административной ответственности.

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия в Арбитражный суд Республики Марий Эл.

Председатель Комиссии

Члены Комиссии