ПАО «МТС»

<...>

ООО «Раппорто»

<...>

АО «Загрузка»

<...>

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-11998/2022

«08» декабря 2022 года г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве

по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации

о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России, Комиссия)

в составе:

председателя Комиссии: <...>ой,

членов Комиссии: <...>ой, <...>ой,

рассмотрев дело № 077/05/18-11998/2022 по признакам нарушения ПАО «МТС»,

АО «Загрузка», ООО «Раппорто» части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006

года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении

на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщения

следующего содержания: «Срочно нужны деньги? Поможем! Решение за 5 минут!

Спешите: https://m.mrktlg.com/IEwoaqMgfX», поступившего 31.05.2022 в 12:19 от

отправителя с буквенным идентификатором Moneystar,

в присутствии представителя ПАО «МТС» (по доверенности)

в отсутствие представителей АО «Загрузка», ООО «Раппорто», уведомленных

надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-11998/2022 возбуждено в отношении ПАО «МТС»,

АО «Загрузка», ООО «Раппорто» на основании заявления физического лица относительно

распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-

сообщения следующего содержания: «Срочно нужны деньги? Поможем! Решение за 5

минут! Спешите: https://m.mrktlg.com/lEwoaqMgfX», поступившего 31.05.2022 в 12:19 от

отправителя с буквенным идентификатором Money-star.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...>

подтверждается скриншотом экрана мобильного телефона и детализированной выпиской,

представленной заявителем.

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела,

оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы

законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

приходит к следующим выводам.

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 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 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 телефонного звонка.

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.

При этом в случае направления посредством СМС-сообщения информации,

содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом

лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться

рекламой, если она носит обобщённый характер, способна формировать интерес к

данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила

такая информация, но и у иного лица.

Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное

обращение (упоминание имени и отчества абонента), представляют интерес для

неопределённого круга лиц и являются рекламой.

В распространенной рекламе отсутствуют персональные данные лица, на

восприятие которого направлена распространенная информация.

Текст рекламы 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 данных СМС

сообщений исключительно на телефонный номер 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.

Исходя из текста СМС-сообщения, в котором содержится предложение получить

финансовые услуги, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на

привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Резюмируя изложенное, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не

является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания

к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством направления СМС-

сообщений на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы:

распространена посредством СМС-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц,

поскольку представленная в тексте сообщения информация носит обобщенный характер и

способна формировать интерес у широкого круга лица; 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 Высшего Арбитражного Суда 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.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного

номера<...>, согласие на получение рекламы он не давал.

Так, в представленной заявителем копии договора об оказании услуг подвижной

связи мтс от 27.04.2022 № 0041 стоит отметка «не согласен» в следующих графах:

«- предоставление доступа к услугам связи других операторов (в т.ч. услугам

роуминга»;

-передачу и поручение обработки третьим лицам сведений об Абоненте в

соответствии с пп 3.4, 7.5 Условий (влияет на работу платежных сервисов»;

-получение рекламы, использование сведений о нем, в целях продвижения услуг»;

-отказ от получения SMS-сообщений об изменении тарифов;

-то что он не является публичным должностным лицом согласно п. 8.10Условий.».

Из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу об

отсутствие согласия абонента телефонного номера <...> на получение

рекламных СМС-сообщений.

Таким образом, при распространении спорной рекламы установлено нарушении

части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы без

предварительного согласия абонента.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая

требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, реклама, поступившая на телефонный номер <...>

посредством СМС-сообщения следующего содержания: «Срочно нужны деньги?

Поможем! Решение за 5 минут! Спешите: https://m.mrktlg.com/lEwoaqMgfX»,

поступившего 31.05.2022 в 12:19 от отправителя с буквенным идентификатором

Moneystar, с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе, является ненадлежащей.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение

требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламораспространителем является

лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с

использованием любых средств.

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее

фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

Исходя из материалов дела № 077/05/18-11998/2022, рассматриваемое СМС-

сообщение распространялось следующим образом.

Буквенный идентификатор «Money-star» выделен АО «Загрузка» (ИНН 7703544582)

в рамках услуги «Рекламная компания» в сервисе «МТС Маркетолог». Услуга «Рекламная

компания» - услуга ПАО «МТС» по реализации рекламных компаний.

На основании договора № МР-05/17 от 01.04.2017, заключенного между ООО

«Раппорто» и АО «Загрузка», АО «Загрузка» по поручению ООО «Раппорто» обеспечивает

размещение материалов предоставленных клиентом ООО «Раппорто» с помощью Каналов

Коммуникации Сервиса «Мобильная реклама» (т.е., продуктов и услуг, предоставляемых

Оператором для своих Абонентов, адаптированных для размещения РИМ).

«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».

Согласно интерфейсу «МТС Маркетолог» с сайта: https://marketolog.mts.ru, услугой

«геотаргетинга» сервисом могут пользоваться физические и юридические лица,

индивидуальные предприниматели – абоненты любых операторов.

В соответствии с пунктом 1 Оферты на оказание Услуги «Рекламная кампания» в

Сервисе (далее - Оферта) продукт МТС Маркетолог (Сервис) – автоматизированный

сервис, размещенный по адресу marketolog.mts.ru в сети Интернет, для создания и

управления распространением Рекламных материалов

Согласно пункту 3.4 Оферты объем, сроки, стоимость услуги указываются в заказе,

формируемом клиентом в личном кабинете.

В соответствии с подпунктом 5.2.4 Оферты 5.2.4 МТС обязуется до начала оказания

Услуги получить от Получателя согласие на получение Рекламных материалов.

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 «Раппорто».

Отправка СМС-сообщения осуществляется ПАО «МТС» с использованием

технологического оборудования ПАО «МТС» в соответствии с условиями оферты и заказа

клиента.

Таким образом, ПАО «МТС» осуществляет фактическое доведение рекламных

сведений до абонентов в рамках программы «МТС Маркетолог».

Следовательно, только ПАО «МТС» является рекламораспространителем, поскольку

общество доводило информацию до конечного потребителя.

В представленных ПАО «МТС» пояснениях представитель отметил, что договор об

оказании услуг связи состоит из 3-х частей;

-Регистрационной формы, в которой указываются данные абонента;

-Условий оказания услуг подвижной связи МТС;

-Тарифного плана, выбранного абонентом.

Также представитель ПАО «МТС» отметил, что заявителем выражено согласие на

получение рекламы.

Вместе с тем, Комиссия Управления не может согласится с позицией представителя

ПАО «МТС» ввиду отсутствия со стороны ПАО «МТС» копии договора, заключенного с

заявителем, в то время как заявителем представлена соответствующая копия договора с

отказом от получения рекламы.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения

требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения

рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю

рекламы, ПАО «МТС» не представлено.

Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и

обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

В этой связи действия лиц, участвующих в деле, противоречат ранее приведенным

положениям законодательства и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку

данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а

именно о рассылке смс-сообщений информационного и рекламного характера

неопределенному кругу лиц.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных

и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как

наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения

нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением

законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче

соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

Желание лиц, участвующих в деле, получать обусловленную договором плату за

оказание услуг по передаче смс-сообщений, в том числе рекламного характера, и при этом

избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче

представляет собой исключительное злоупотребление правом, которое в силу части 2

статьи 10 ГК РФ не подлежит защите.

Кроме того, согласно части 1 статьи 2 ГК РФ предпринимательская деятельность

направленная на систематическое извлечение прибыли осуществляется субъектом на свой

риск. Право общества на осуществление предпринимательской деятельности не должно

нарушать права и интересы лица, не изъявившего желание получать рекламные

сообщения.

В этой связи, заключив договор на услугу «МТС Маркетолог» ПАО «МТС» приняло

на себя все обязательства по указанному договору (в том числе по направлению

сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение) со всеми вытекающими

правовыми последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих

обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации обязательства

должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и

требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований

- в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми

требованиями.

В этой связи действия ПАО «МТС» противоречат ранее приведенным положениям

договора и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку ПАО «МТС»

осведомлено о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке

СМС-сообщений информационного и рекламного характера.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по

непосредственному доведению СМС-сообщений до их конечных получателей

осуществлено ПАО «МТС», имеются все основания считать ПАО «МТС»

рекламораспространителем рекламы на телефонный номер <...>

посредством СМС-сообщения следующего содержания: «Срочно нужны деньги?

Поможем! Решение за 5 минут! Спешите: https://m.mrktlg.com/lEwoaqMgfX»,

поступившего 31.05.2022 в 12:19 от отправителя с буквенным идентификатором Moneystar

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения

требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения

рекламы, незаконной по способу распространения потребителю рекламы, сторонами не

представлено.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной

рекламы ПАО «МТС» не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «МТС»

установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в

распространении рекламы на телефонный номер <...> посредством СМС-

сообщения следующего содержания: «Срочно нужны деньги? Поможем! Решение за 5

минут! Спешите: https://m.mrktlg.com/IEwoaqMgfX», поступившего 31.05.2022 в 12:19.

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел,

возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о

рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24

ноября 2020 года № 1922 (далее — Правила), 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 приходит к выводу о необходимости выдачи

ПАО «МТС» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской

Федерации о рекламе, а именно распространения рекламы посредством использования

телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в

соответствии с пунктами 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел,

возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о

рекламе, Комиссия Московского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Производство по делу в отношении ООО «Раппорто» и АО «Загрузка»

прекратить.

2. Признать ПАО «МТС» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при

распространении рекламы на телефонный номер <...> посредством СМС-

сообщения следующего содержания: «Срочно нужны деньги? Поможем! Решение за 5

минут! Спешите: https://m.mrktlg.com/lEwoaqMgfX», поступившего 31.05.2022 в 12:19,

посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на

получение рекламы.

3. Выдать ПАО «МТС» предписание о прекращении нарушения законодательства

Российской Федерации о рекламе.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского

УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном

правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об

административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном

статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель комиссии <...>а

Члены комиссии:

<...>а

<...>а