

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ

о возбуждении дела № 012/05/18-1035/2020

по признакам нарушения законодательства о рекламе

«21» декабря 2020 года  
Ола

г. Йошкар-

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, заместитель руководителя - начальник отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России, рассмотрев материалы по факту распространения смс-сообщения посредством телематических средств связи без согласия абонента,

### 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 20.10.2020 в 10:01 поступило смс-сообщение от отправителя Promo 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.

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, оно не было адресовано 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 рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе.

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.

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.

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.

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.

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.

При рассмотрении заявления антимонопольным органом установлен следующий механизм распространения рассматриваемого рекламного смс-сообщения.

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

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 Б. 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 «Раппорто» (ИНН 7715710393, юридический адрес: 127473, Россия, г. Москва, пер. 1-й Волконский, д. 15, офис 1).

В ответе на запрос Марийского УФАС России от 16.12.2020 № 11652 ООО «Раппорто» указало, что через техническое оборудование общества рассматриваемое рекламное смс-сообщение не проходило.

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 рекламораспространителя.

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

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.

При этом из содержания части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

Вместе с тем, Б. не выражал согласие на получение рассматриваемой рекламной информации.

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента при получении такого согласия последнему как потребителю услуги должна быть предоставлена возможность 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 рекламораспространителей, стремящихся любым способом получить возможность распространения рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

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.

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 материалах дела отсутствуют доказательства того, что рассматриваемое рекламное смс-сообщение направлено во исполнение договора, заключенного между ООО «Раппорто» и ПАО «МТС», а также доказательства того, что заказчиком рассматриваемого смс-сообщения является ООО «Раппорто». Следовательно, ПАО «МТС» является рекламодателем рассматриваемого рекламного смс-сообщения.

На основании изложенного следует, что ПАО «МТС» является рекламодателем и рекламопроизводителем в силу того, что информацию по предоставлению потребительского кредита для распространения посредством смс через интерфейс «МТС маркетолог» предоставляло само общество, что подтверждается обществом в ответе, представленном на запрос Марийского УФАС России.

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

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 20, 21 Правил рассмотрения антимонопольными органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 «Об утверждении Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе»,

#### **ОПРЕДЕЛИЛА:**

1. Возбудить производство по делу № 012/05/18-1035/2020 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

2. Назначить дело № 012/05/18-1035/2020 к рассмотрению на **25 января 2021 года в 13 часов 30 минут (по Московскому времени)** в помещении Марийского УФАС

России, по адресу: г. Йошкар-Ола, ул. Волкова, д. 164.

3. Признать лицами, участвующими в деле:

1) лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе: **ПАО «МТС»** (ИНН 7740000076, ОГРН: 1027700149124, 109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4);

2) заявитель – **Б.**;

4. **ПАО «МТС»** представить в срок до **14 января 2021 года** в Марийское УФАС России следующие документы и материалы:

1. подробно описать каким образом происходило распространение вышеуказанной рекламной информации на номер +79112184041;
2. носила ли указанная реклама, распространённая с помощью смс-сообщения, массовый характер?
3. признает ли общество наличие в рассматриваемой рекламе признаков нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе? Представить письменную мотивированную позицию;
4. условия оказания услуг «МТС Маркетолог» для коммерческих клиентов на 20.10.2020 г.;
5. как формируется база адресатов (абонентов сотовой связи – получателей смс-сообщений) в программе «МТС Маркетолог»? (представить подтверждающие документы);
6. как и каким образом ПАО «МТС» получает согласие пользователей на рассылку смс-сообщения через программу «МТС Маркетолог»? (представить подтверждающие документы);
7. количество пользователей, которым направлено вышеуказанное смс-сообщение? Представить подтверждающие документы;
8. с использованием какого оборудования (технических средств) осуществляется отправка рассматриваемого смс-сообщения? Представить подтверждающие документы;
9. копию договора, заключенного с ООО «Раппорто», во исполнение которого осуществлялась рассылка указанной рекламы, а также дополнительных соглашений, приложений к нему;
10. письменную, электронную переписку об утверждении, разработке вышеуказанного рекламного сообщения (платёжное поручение, квитанции об оплате, скриншоты переписки);
11. иные сведения и документы, имеющие отношение к рассматриваемому делу.

Все затребованные документы должны быть оформлены в соответствии с требованиями делопроизводства, подписаны должностным лицом и заверены печатью. В случае невозможности представления документов в указанные сроки просим направить их по факсу: 8(8362)56-60-56 либо по электронной почте **to12@fas.gov.ru**, с последующим направлением по почте.

В случае отсутствия названных документов представить письменное объяснение

причины их отсутствия.

Заместитель руководителя –

начальник отдела