

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-5857/2022

«16» августа 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 № 077/05/18-5857/2022, возбужденное в отношении ПАО «Мегафон», АО «Загрузка», ПАО «Ростелеком», ООО «Меркурий» по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщения следующего содержания: «Уже 14 февраля! Супер букеты с быстрой доставкой - >rukola-flowers.ru», поступившей 14.02.2022 в 13:09 от отправителя «INFOMARCTRU»,

в присутствии представителя ПАО «Ростелеком» в лице <...>ой (по доверенности № 0508/29/58/22 от 07.06.2022),

в отсутствие ПАО «Мегафон», АО «Загрузка», ООО «Меркурий», (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-5857/2022 возбуждено в отношении ПАО «Мегафон», АО «Загрузка», ПАО «Ростелеком», ООО «Меркурий» на основании заявления физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщения следующего содержания: «Уже 14 февраля! Супер букеты с быстрой доставкой - >rukola-flowers.ru», поступившей 14.02.2022 в 13:09 от отправителя «INFOMARCTRU».

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.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается скриншотом экрана мобильного телефона, 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» (далее — Закон 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 рекламы по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный телефонный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенных СМС-сообщений.

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 материалы дела не представлено доказательств направления спорного СМС-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

В рассматриваемой 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 кругу распространения, исходя из своего содержания.

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 текстовая информация направлена на привлечение внимания к услугам интернет-магазина, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

Установлено, что информация, распространенная посредством отправки СМС-сообщения на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством СМС-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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель 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 рекламодателя. 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 рекламодателя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы от «INFOMARCTRU» он не давал.

Относительно направления спорного СМС-сообщения ПАО «МегаФон» сообщило следующее.

Неотъемлемыми частями Договора являются инфокарта, Условия оказания услуг связи МегаФон (далее - Условия) и тарифный план, выбранный Абонентом.

При заключении Договора абонент, которому был выделен абонентский номер <...>, своей собственноручной подписью подтвердил, что надлежащим

образом ознакомлен и согласен с Условиями, тарифным планом и правилами тарификации и расчетов по выбранному тарифному плану, являющимися неотъемлемыми частями Договора, а также зоной обслуживания сети Оператора, согласен на получение рекламы при использовании услуг.

ПАО «Мегафон» сообщило, что в соответствии с пунктом 14.14.2 Условий, подписывая договор, Абонент соглашается на весь срок его действия на получение рекламы при использовании услуг. В соответствии с пунктом 14.16 Условий Абонент имеет право выразить свой отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сети связи Оператора, следующими способами: путем предоставления Оператору соответствующего письменного уведомления; путем проставления отметки в специальной графе «не согласен» в информационной карте; путем совершения определенных Оператором конклюдентных действий с использованием Идентификаторов, которые позволяют однозначно идентифицировать Абонента и установить его волеизъявление при наличии технической возможности Оператора.

ПАО «Мегафон» также сообщило, что до настоящего времени абонент, использующий абонентский номер <...>, с какими-либо заявлениями, содержащими отказ от получения рекламы, в адрес Оператора не обращался, каких-либо действий, позволяющих Оператору установить его волеизъявление на отказ от получения рекламы, не совершал. Используемая ПАО «МегаФон» форма получения согласия абонента на получение рекламы была предметом оценки при рассмотрении дел судами различных инстанций и признана надлежащей (Определение Верховного Суда РФ № 309-КГ17-22298 от 12.02.2018 по делу № А60-63378/2016).

Рассмотрев и изучив представленные в материалы дела материалы и сведения, Комиссия Московского УФАС полагает необходимым установить следующее.

В материалы дела представлен Договор об оказании услуг, заключенный между абонентом и ПАО «Мегафон». Установлено, что в последнем абзаце Договора «Согласие с условиями Договора» содержится условие, что Абонент подтверждает, ознакомлен и согласен с Условиями оказания Услуг связи (далее - Условия), условиями выбранного Тарифного плана и иными частями Договора (пунктами Условий). Также установлено, что напротив пункта «Я согласен на получение рекламы при использовании Услуг и использование сведений обо мне согласно пункту 14.14.2 Условий» в «чек-боксе» «не согласен» абонентом не проставлены никакие отметки.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что в пункте 14.14.2 Условий содержится следующая информация: «Подписывая Договор, Абонент соглашается на весь срок его действия на получение рекламы при использовании Услуг, а также использование (обработку, передачу) сведений об Абоненте в целях продвижения товаров, работ, услуг Оператора и третьих лиц (за исключением сведений, составляющих тайну связи), в том числе путем осуществления прямых контактов с Абонентом с помощью средств связи».

Иными словами, подписывая Договор, абонент соглашается получать рекламу товаров, работ, услуг не только Оператора (ПАО «Мегафон»), но и рекламу товаров, работ, услуг третьих лиц. При этом Комиссией Московского УФАС России установлено, что перечень третьих лиц, рекламная информация о которых может направляться абоненту, в Условиях отсутствует, а равно в Условиях отсутствует информация об опубликовании такого перечня в сети Интернет или в иных источниках. Следовательно, заключая Договор об оказании услуг связи и соглашаясь на получение рекламы при заключении Договора, у абонента отсутствует информация о том, рекламная информация о чьих товарах, работах и услугах поступит на его телефонный номер, а равно абонент не представляется очевидным, кого следует считать «третьими лицами».

В данном случае объектом рекламирования выступают услуги ООО «Меркурий». Вместе с тем, как заявитель, так и другой абонент, заключивший Договор об оказании услуг связи с ПАО «Мегафон», согласившиеся на получение рекламы, не были осведомлены о том, что именно ООО «Меркурий» является одним из «третьих лиц», рекламная информация о товарах, работах и услугах которого может быть им направлена согласно пункту 14.14.2 Условий.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу об отсутствии надлежаще выраженного согласия абонента телефонного номера <...> на получение рекламного СМС-сообщения.

Вместе с тем, Комиссия Московского УФАС России отмечает, что если бы в данном случае заявителю поступила бы реклама о товарах, работах, услугах ПАО «Мегафон», согласие на получение рекламы было бы надлежащим.

Также Комиссия Московского УФАС России обращает внимание на пункт 14.14.3, в котором содержится следующая информация: «Перечень третьих лиц, которые по поручению Оператора осуществляют обработку персональных данных Абонента-гражданина, а также перечень действий с персональными данными, на совершение которых

дается согласие, общее описание используемых оператором обработки персональных данных способов обработки персональных данных опубликован на сайте Оператора www.megafon.ru». Комиссия Московского УФАС России отмечает, что если бы в Условиях содержалась информация о перечне третьих лиц, рекламная информация о товарах, работах, услугах которых может направляться абоненту, согласие на получение рекламы также признавалось бы надлежащим.

Позиция антимонопольного органа о том, что согласие на рекламу должно быть получено от абонента именно первоначальным распространителем, а не любым лицом из цепочки рекламодателей, в том числе оператором связи, подтверждается судебной практикой (например, решение арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-210576/2017). Данный вывод также актуален для получения рекламы любым рекламодателем из цепочки, но при надлежащем информировании абонента (владельца телефонного номера) на рекламу каких товаров (работ, услуг) он дает свое согласие, что в данном случае отсутствовало.

Таким образом, при распространении спорной рекламы установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы без предварительного согласия абонента.

Кроме того немаловажным является то обстоятельство, что положения статьи 18 Закона о рекламе должны распространяться на всю нежелательную информацию, которая направляется абоненту и тем или иным образом направлена на привлечение или поддержание его интереса к определенному товару. Не может служить исключением информация от продавца, у которого абонент приобретал товар, услугу и который в силу специфики своего статуса имеет широкий доступ к информации об абоненте и использует это в коммерческих целях.

Резюмируя изложенное, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, поддержанию интереса к нему.

Иное толкование привело бы к тому, что продавцу абонента предоставлен особый статус среди иных потенциальных распространителей рекламы в силу наличия у него информации об абоненте и противоречило бы самой сути ограничения, установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе

относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что реклама, поступившая 14.02.2022 в 13:09 от отправителя «INFOMARCTRU» на номер телефона <...>, была направлена в отсутствие согласия абонента на ее получение.

Согласно представленным сведениям, отправка указанного СМС-сообщения осуществлена на основании следующих договоров:

- договора № 7357972/596006663560 от 19.11.2022, заключенного между ООО «Меркурий» и ПАО «Ростелеком»;
- договора № 1/25/2151/20 от 12.11.2020, заключенного между АО «Загрузка» и ПАО «Ростелеком»;
- договора № ДМИ-СВЗНЗГРЗК-01.08.2016 от 01.08.2016, заключенного между АО «Загрузка» и ПАО «Мегафон».

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение СМС-сообщения следующего содержания: «Уже 14 февраля! Супер букеты с быстрой доставкой - >rukola-flowers.ru», поступившей 14.02.2022 в 13:09 от отправителя «INFOMARCTRU», осуществлялось путем его передачи последовательно от ООО «Меркурий» к ПАО «Ростелеком», от ПАО «Ростелеком» к АО «Загрузка», от АО «Загрузка» к ПАО «Мегафон» в целях непосредственного доведения такого сообщения до их конечных получателей.

Таким образом, каждое лицо, участвующее в деле, является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи СМС-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

Согласно статье 309 ГК РФ, 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.

ПАО «Мегафон», АО «Загрузка», ПАО «Ростелеком», ООО «Меркурий» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, исходя из положений договора и соглашения, следует, что субъекты приняли на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе, при распространении рекламных сообщений, а также по осуществлению отправки сообщений только тем пользователям, которые выразили свое согласие на их получение.

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

Обратного ПАО «Мегафон», АО «Загрузка», ПАО «Ростелеком», ООО «Меркурий» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям.

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-сообщения, 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 Гражданского кодекса Российской Федерации, 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 вышеупомянутые договоры ПАО «Мегафон», АО «Загрузка», ПАО «Ростелеком», ООО «Меркурий» приняли на себя все обязательства по указанным договорам (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.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению СМС-сообщения до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно передаваемых сообщений и о цели оказания ими

соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ПАО «Мегафон», АО «Загрузка», ПАО «Ростелеком», ООО «Меркурий» рекламодателями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение на телефонный номер <...>, поступившего 14.02.2022 в 13:09 от отправителя «INFOMARCTRU», с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу и исключительно в совокупности которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий данными лицами рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

Как установлено выше, лицами, участвующими в деле, осуществляется предпринимательская деятельность по осуществлению СМС-рассылок, в том числе рекламного характера, подпадающих под понятие СПАМ. Осуществление любого рода деятельности с целью извлечения прибыли влечет за собой определенные последствия, включая набор определенных рисков.

Субъект договорных отношений, предполагая возможность нарушения контрагентом законодательства Российской Федерации, ответственность за которое будет нести он, может включить в договор условия о компенсации понесенных убытков. Однако, данные положения договора лишь регулируют взаимоотношения между лицами, заключившими такой договора, но не могут влиять на привлечение таких

лиц к ответственности за нарушения законодательства Российской Федерации.

Таким образом, лица, участвующие в настоящем деле, в рамках рассмотрения данного дела признаются рекламодателями, а равно несут ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

Иное фактически выводило бы такого важного участника распространения рекламы по сетям электросвязи как оператор связи из под обязанности по соблюдению Закона о рекламе лишь на основании наличия соответствующей лицензии.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Мегафон», АО «Загрузка», ПАО «Ростелеком», ООО «Меркурий» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 14.02.2022 в 13:09 от отправителя «INFOMARCTRU», без предварительного согласия абонента на ее получение.

В соответствии с частями 6 и 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламодатель.

Согласно письменным пояснениям и материалам, установлены рекламодатели рассматриваемой рекламы — ПАО «Мегафон», АО «Загрузка», ПАО «Ростелеком», ООО «Меркурий».

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 «Мегафон», АО «Загрузка», ПАО «Ростелеком», ООО «Меркурий» 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. Признать ПАО «Мегафон», АО «Загрузка», ПАО «Ростелеком», ООО «Меркурий» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщения следующего содержания: «Уже 14 февраля! Супер букеты с быстрой доставкой - >rukkola-flowers.ru», поступившей 14.02.2022 в 13:09 от отправителя «INFOMARCTRU».
2. Выдать ПАО «Мегафон», АО «Загрузка», ПАО «Ростелеком», ООО «Меркурий» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. 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

<...>a

Члены Комиссии

<...>a

<...>a