

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-914/2022

г. Москва

Резолютивная часть оглашена «31»
мая 2022 года.

Изготовлено в полном объеме « » июля 2022 года.

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: <...>

членов Комиссии: <...><...>

рассмотрев дело № 077/05/18-541/2021, возбужденное в отношении
ПАО «ВымпелКом» (ИНН 7713076301), ООО «СМС-трафик» (ИНН
7705642257), ООО «Мобайл Парк» (ИНН 5047068846), ООО «Атлантик
Сервис»
(ИНН 7708393055), ПАО «МТС» (ИНН 7740000076), ООО «СЕВЕНТЕХ»
(ИНН 6316145067) по признакам нарушения части 1 статьи 18
Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее —
Закон о рекламе), выразившегося
в распространении рекламы на телефонный номер <...> рекламы
посредством смс-сообщения следующего содержания: «Промокоды от
300Р
на Самокат, Озон, Aliexpress и др в t.me/RezruBot», поступившей 20.11.2021
в 18:20 от отправителя «AtlantisSrv».

в присутствии представителя ПАО «МТС» в лице <...>
(по доверенности),

в отсутствие представителей ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС-трафик», ООО «СЕВЕНТЕХ», ООО «Мобайл Парк», ООО «Атлантис Сервис»,

УСТАНОВИЛ:

Дело № 077/05/18-914/2022 возбуждено в отношении ПАО «ВымпелКом» (ИНН 7713076301), ООО «СМС-трафик» (ИНН 7705642257), ООО «Мобайл Парк» (ИНН 5047068846), ООО «Атлантис Сервис» (ИНН 7708393055), ПАО «МТС» (ИНН 7740000076), ООО «СЕВЕНТЕХ» (ИНН 6316145067) на основании заявления физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщения следующего содержания: «Промокоды от 300Р на Самокат, Озон, Aliexpress и др в t.me/RezruBot», поступившей 20.11.2021 в 18:20 от отправителя «AtlantisSrv».

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 скриншотами экрана мобильного телефона, а также детализированной выпиской, представленными заявителем.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе рекламой является информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 ФЗ «О связи» абонент — пользователь услугами связи, с которым заключен договор

об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера

или уникального кода идентификации; электросвязь — любые 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.

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.

Учитывая развивающиеся технологии и возможности обработки значительного объема информации, в том числе об определенном абоненте, следует оценивать не только возможность неопределенного круга лиц воспользоваться отдельным предложением продавца, но и систематичность, массовость направления однотипных сообщений и их конечную цель.

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.

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.

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 промокод в интернет-магазине, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

В материалы дела не представлены доказательства, свидетельствующие о распространении рассматриваемой информации исключительно в

адрес одного лица — заявителя. Сам по себе текст СМС-сообщения не содержит сведений, позволяющих говорить о персональной направленности спорного СМС-сообщения.

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

На основании вышеизложенного установлено, что информация, распространенная посредством смс-сообщения 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 ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного

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

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

При этом из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение спорной рекламы он не давал.

Факт того, что заявитель является владельцем телефонного номера <...> подтверждается материалами и сведениями, предоставленными оператором связи, и не оспаривается лицами, участвующими в деле.

Таким образом, при распространении спорной рекламы установлено нарушение 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, распространение на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщения следующего содержания: «Промокоды от 300Р на Самокат, Озон, Aliexpress и др в t.me/RezruBot», поступившей 20.11.2021 в 18:20 от отправителя «AtlantisSrv», 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 рассматриваемое рекламное СМС-сообщение распространялись на основании следующих последовательно заключенных договоров:

1. Договора № №701446503 от 01.12.2018, а также Дополнительного соглашения № 2 от 01.06.2020, заключенных между ПАО «ВымпелКом» и ООО «СЕВЕНТЕХ»;
2. Договора № СМС-42/19 от 01.11.2019, заключенного между ООО «СЕВЕНТЕХ» и ООО «СМС трафик».
3. Договора № 486 от 25.11.2013, заключенного между ООО «СМС Трафик» и ООО «Мобайл Парк»;
4. Договора № D0810232 от 12.03.2008, заключенного между ООО «Мобайл Парк» и ПАО «МТС»;
5. Соглашения между ПАО «МТС» и ООО «Атлантик Сервис», заключенного на основании заявления генерального директора ООО «Атлантик Сервис» от 26.08.2021.

В ответ на определение о возбуждении дела № 077/05/18-914/2022 ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС-трафик», ООО «Мобайл Парк», ООО «Атлантик Сервис», ПАО «МТС» были представлены возражения, согласно которым они не являются и не могут являться рекламораспространителями

Вместе с тем, Комиссия оценивает заявленные возражения как несостоятельные и считает необходимым отметить, что ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС Трафик», ООО «Мобайл Парк», ПАО «МТС» и ООО «Атлантик Сервис» и ООО «СЕВЕНТЕХ» являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

В настоящем случае, участниками таких правоотношений не предпринято достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

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 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — 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 вышеупомянутые договоры, ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС Трафик», ООО «Мобайл Парк», ПАО «МТС» и ООО «Атлантик Сервис» и ООО «СЕВЕНТЕХ» 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.

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

Следовательно, невозможно каким-либо образом снять ответственность любого из лиц, участвовавших в распространении рекламы посредством сетей электросвязи, в связи с осуществлением таким лицом даже исключительно технических функций.

Обратное может привести либо к необоснованному возложению на лицо ответственности за чужие нарушения и, как следствие, несоблюдению конституционно закрепленного частью 1 статьи 19 Конституции Российской Федерации принципа всеобщего равенства перед законом и судом и предусмотренного пунктом 1 статьи 1 ГК РФ принципа юридического равенства участников гражданских правоотношений, либо, наоборот, к злоупотреблению своими правами со стороны участников таких правоотношений, стремящихся одновременно извлечь выгоду из своего незаконного поведения и избежать ответственности за совершенные нарушения, что противоречит законодательно закрепленным принципам добросовестности участников гражданских правоотношений (пунктом 3 статьи 1 ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного и недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1 ГК РФ), запрету на злоупотребление правом (пункт 1 статьи 10 ГК РФ).

Таким образом, все лица, участвующие в деле, являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений, в том числе рекламного характера, конечным потребителям.

Отсутствие в этих правоотношениях таких звеньев, как оператор связи и иных посредников, предоставляющих доступ к различным программам по отправке смс-сообщений, сделает распространение указанных сообщений невозможным.

Оценивая приведенные договоры, следует признать, что ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС Трафик», ООО «Мобайл Парк», ПАО «МТС» и ООО «Атлантик Сервис» и ООО «СЕВЕНТЕХ» в настоящем случае были осведомлены о том, что предоставляемые ими услуги будут использоваться, в том числе, для распространения рекламы.

Обратного участниками дела не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на них не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщений 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 «ВымпелКом», ООО «СМС Трафик», ООО «Мобайл Парк», ПАО «МТС» и ООО «Атлантик Сервис» и ООО «СЕВЕНТЕХ»

реklamораспространителями

в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату - заявителю.

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 «ВымпелКом», ООО «СМС Трафик», ООО «Мобайл Парк», ПАО «МТС» и ООО «Атлантик Сервис» и ООО «СЕВЕНТЕХ» не представлено.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС Трафик», ООО «Мобайл Парк», ПАО «МТС» и ООО «Атлантик Сервис» и ООО «СЕВЕНТЕХ» не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС Трафик», ООО «Мобайл Парк», ПАО «МТС» и ООО «Атлантик Сервис» и ООО «СЕВЕНТЕХ» уставлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщения следующего содержания: «Промокоды от 300Р на Самокат, Озон, Aliexpress и др в t.me/RezruBot», поступившей 20.11.2021 в 18:20 от отправителя «AtlantisSrv».

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации

от 24.11.2020 № 1922 (далее — Правила), при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному 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 Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС Трафик», ООО «Мобайл Парк», ПАО «МТС» и ООО «Атлантик Сервис» и ООО «СЕВЕНТЕХ» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС Трафик», ООО «Мобайл Парк», ПАО «МТС» и ООО «Атлантик Сервис» и ООО «СЕВЕНТЕХ» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщения следующего содержания: «Промокоды от 300Р на Самокат, Озон, Aliexpress и др в t.me/RezruBot», поступившей 20.11.2021 в 18:20 от отправителя «AtlantisSrv», в отсутствие согласия абонента на получение рекламы.

2. Выдать ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС Трафик», ООО «Мобайл Парк», ПАО «МТС» и ООО «Атлантик Сервис» и ООО «СЕВЕНТЕХ» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

<...>