

РЕШЕНИЕ по делу

№ 077/05/18-12738/2022

«23» ноября 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 № 077/05/18-12738/2022 по признакам нарушения ПАО «МТС» (ИНН 7740000076), АО «Загрузка» (ИНН 7703544582), ООО «Раппорто» (ИНН: 7715710393) части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 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 12:22 от отправителя с буквенным идентификатором «Money-star»,

в присутствии представителя ПАО «МТС» (по доверенности), в отсутствие АО «Загрузка», ООО «Раппорто»,

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-12738/2022 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/IEwoaqMgfX>», поступившего 31.05.2022 в 12:22 от отправителя с буквенным идентификатором «Money-star».

В рассматриваемой рекламе были усмотрены признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, в отсутствие согласия абонента на получение рекламы.

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, выслушав доводы лиц, участвующих в деле, 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 СМСсообщения 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 финансовым услугам, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению. Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, поддержанию

интереса к нему.

Установлено, что информация, распространенная посредством отправки СМСсообщения 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. 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. 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.

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

В материалы заявления абонент телефонного номера <...> представил экземпляр договора об оказании услуг, заключенного с ПАО «МТС», в котором стоят отметки, что абонент не согласен получать рекламную информацию. Доказательств обратного ПАО «МТС» в материалы дела не представлено. Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что реклама, поступившая 31.05.2022 в 12:22 от отправителя «Money-star» на номер телефона <...>, была направлена в отсутствие согласия абонента на ее получение. В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несут рекламодатель и рекламодатель. В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

Согласно представленным сведениям, отправка указанного СМС-сообщения осуществлена на основании следующих договоров: • оферта на оказание Услуги «Рекламная кампания» в Сервисе «МТС-Маркетолог», заключенного между ПАО «МТС» и АО «Загрузка»; • договор № МР-05/17 от 01.04.2017, заключенного между АО «Загрузка» и ООО «Рапporto», по условиям которого АО «Загрузка» по поручению ООО «Рапporto» обеспечивает размещение материалов предоставленных клиентом ООО «Рапporto» с помощью Каналов Коммуникации Сервиса «Мобильная реклама» (т.е., продуктов и услуг, предоставляемых Оператором для своих Абонентов, адаптированных для размещения РИМ) Вышеуказанная рассылка осуществлялась в рамках оказания ПАО «МТС» услуг АО «Загрузка» по организации размещения Оператором с помощью принадлежащего Оператору Канала коммуникации SMS рекламной-информационных материалов (далее – «РИМ») предоставленных клиенту АО «Загрузка» – Общества с ограниченной ответственностью «РАППОРТО», на основании Договора Оферты на оказание Услуги «Рекламная кампания» в Сервисе между ПАО «МТС» и АО «Загрузка». «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. Согласно пункту 3.4 Оферты на оказание услуги «Рекламная кампания» объем, сроки, стоимость услуги указываются в заказе, формируемом клиентом в личном кабинете. Таким образом, в соответствии с информацией, представленной ПАО «МТС», текст смс-сообщения для рассылки с использованием сервиса «МТС Маркетолог» формируется клиентом/заказчиком рассылки. Отправка смс-сообщения осуществляется ПАО «МТС» с использованием технологического оборудования ПАО «МТС» в

соответствии с условиями оферты и заказа клиента. Таким образом, ПАО «МТС» осуществляло фактическое доведение рекламных сведений до абонентов в рамках программы «МТС Маркетолог». Следовательно, только ПАО «МТС» является рекламодателем, поскольку общество доводило информацию до конечного потребителя. 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 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-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 «МТС» рекламодателем 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 31.05.2022 в 12:22 от отправителя с буквенным идентификатором «Money-star», 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 договор, 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 «МТС» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 31.05.2022 в 12:22 от отправителя с буквенным идентификатором «Money-star», 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 рекламораспространитель.

Согласно письменным пояснениям и материалам, установлен рекламораспространители рассматриваемой рекламы— ПАО «МТС».

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, гражданскоправовых 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 АО «Загрузка», ООО «Раппорто» прекратить.
2. Признать ПАО «МТС» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством СМС-сообщения 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 12:22 от отправителя с буквенным идентификатором «Money-star».
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

Члены комиссии