

ИГ/24098/18 от 22.05.2018

ПАО «МТС»

Марксистская ул., д. 4,  
г. Москва, 109147

ООО «Реклама Телеком»

1-ый Самотечный пер., д. 17, стр. 6,  
г. Москва, 127473

## РЕШЕНИЕ

«15» мая 2018 г.

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, Комиссия) в составе:

председателя Комиссии: <...>,

членов Комиссии: <...>, <...>,

рассмотрев дело № 3-18-81/77-18, возбужденное по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщения следующего содержания:

«Для тех кто ждал! Только ТЦ Кунцево а/м Volkswagen по спец. Цене: Polo с выгодой 85 000 руб., Jetta с выгодой до 195 000 руб., Passat с выгодой до 310 000 руб., Taureg с выгодой до 770 000 руб., а также НОВЫЙ Tiguan в наличии! Спешите! Кол-во а/м ограничено! Звоните +7 (495) 933-40-33», поступившего 12.04.2017 в 12:17 от отправителя Kuntsevo,

с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе),

в отсутствие представителей ПАО «МТС», ООО «Реклама Телеком» (уведомлены надлежащим образом),

### УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-81/77-18 возбуждено в отношении ПАО «МТС», ООО «Реклама Телеком» на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщения следующего содержания:

«Для тех кто ждал! Только ТЦ Кунцево а/м Volkswagen по спец. Цене: Polo с выгодой 85 000 руб., Jetta с выгодой до 195 000 руб., Passat с выгодой до 310 000 руб., Taureg с выгодой до 770 000 руб., а также НОВЫЙ Tiguan в наличии! Спешите! Кол-во а/м ограничено! Звоните +7 (495) 933-40-33», поступившего 12.04.2017 в 12:17 от отправителя Kuntsevo, с признаками нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

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.

ПАО «МТС» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 22.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700149124, ИНН 7740000076, КПП 770901001.

ООО «Мобильная Периодика» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 03.07.2014 за основным государственным регистрационным номером 1147746753252, ИНН 7707838135, КПП 770701001.

Согласно материалам дела № 3-18-81/77-18 рассматриваемая реклама поступила на телефонный номер <...> 12.04.2017 в 12:17 от отправителя Kuntsevo.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем в материалы дела.

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 распространенного смс-сообщения.

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 тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама 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 спорного смс-сообщения исключительно в адрес 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 сообщения, в котором содержатся информация об акциях, проводимых ТЦ Кунцево, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального

потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки смс-сообщений 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 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.

Подтверждения наличия согласия абонента телефонного номера <...> на получение рекламы сторонами по делу не представлено.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ПАО «МТС», ООО Реклама Телеком» информации о наличии либо отсутствие согласия гражданина, подавшего обращение в

Московское УФАС России, на распространение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-81/77-18, рассматриваемое смс-сообщение с буквенным идентификатором «Kuntsevo» поступило на телефонный номер <...> с абонентского номера <...>, выделенного ООО «Реклама Телеком» на основании заключенного с ООО «Реклама Телеком» договора об оказании услуг связи от 26.09.2016 № 177703437397 (далее — Договор).

В соответствии с пунктом 1.1 Договора, ПАО «МТС» предоставляет абоненту услуги связи и/или иные сопряженные с ними услуги, оказываемые ПАО «МТС» непосредственно и/или с привлечением третьих лиц, а ООО «Реклама Телеком» принимает и оплачивает заказанные услуги. Перечень оказываемых услуг, абонентские номера, используемые абонентские интерфейсы, уникальные коды идентификации, протоколы передачи данных и прочие условия определяться сторонами в дополнительных соглашениях, приложениях и иных документах, подписываемых сторонами во исполнение настоящего Договора.

В соответствии с пунктом 2.1 Дополнительного соглашения № 1 от 26.09.2016 к Договору (далее — Соглашение), ПАО «МТС» оказывает ООО «Реклама Телеком» sms-трафик в соответствии с требованиями к качеству оказания sms-трафика, которые содержатся в документе к Соглашению, а ООО «Реклама Телеком» обязуется оплачивать оказанные услуги sms-трафик в соответствии с Соглашением.

При этом в соответствии с пунктом 1.3 под sms-трафиком понимается комплекс услуг рассылки по сети/-ям подвижной радиотелефонной связи по передаче sms-сообщения (коротких текстовых сообщений) от ООО «Реклама Телеком» к пользователю (SMS рассылка); по передаче sms-сообщений от пользователя к абоненту (SMS Запрос от пользователя).

В соответствии с пунктом 3.3.3 Соглашения, ООО «Реклама Телеком» принимает на себя обязательство до начала оказания услуг ООО «Реклама Телеком» получить от пользователя предварительное согласие на их получение путем регистрации пользователя в информационных системах ООО «Реклама Телеком».

Согласно пункту 3.3.12 Соглашения, ООО «Реклама Телеком» принимает на себя обязательство обеспечить наличие согласий от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений - рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи, при необходимости получить иные согласия от пользователей, которые требуются оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством РФ.

В соответствии с пунктом 3.5.2 Соглашения, в случае нарушения ООО «Реклама Телеком» пунктов 3.3.1, 3.3.2, 3.3.6, 3.3.11, 3.3.12 Соглашения, ПАО «МТС» вправе приостановить оказание sms-трафика до полного

устранения ООО «Реклама Телеком» выявленных нарушений, которые должны быть устранены в течении 30 календарных дней со дня выявления нарушения.

Согласно пункту 3.5.3 Соглашения, ПАО «МТС» вправе не отправлять sms-сообщения пользователям, которые отказались от получения sms-сообщений с конкретного номера в рамках оказания ООО «Реклама Телеком» sms-трафика.

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.

ООО «Реклама Телеком», ПАО «МТС» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, исходя из положений договоров, 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 договоров 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 ООО «Реклама Телеком», ПАО «МТС» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям. Дополнительным квалифицирующим признаком является также и то, что заявителем направлялось заявление в адрес рекламораспространителя с требованиями прекратить рекламную рассылку на его телефонный номер.

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 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 вышеупомянутый договор ООО «Реклама Телеком», ПАО «МТС» приняли 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.

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 ООО «Реклама Телеком», ПАО «МТС» рекламораспространителями 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 рекламы на телефонный номер <...> от отправителя «Kuntsevo »с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несут рекламораспространители.

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.

При этом законодательно установленное определенное распространителя рекламы не поставлено в зависимость от обязательной осведомленности им относительно ее содержания.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> осуществлено в силу имеющихся между ООО «Реклама Телеком», ПАО «МТС» гражданско-правовых отношений.

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. На основании изложенного, ООО «Реклама Телеком», ПАО «МТС» являются рекламодателями рекламы:

«Для тех кто ждал! Только ТЦ Кунцево а/м Volkswagen по спец. Цене: Polo с выгодой 85 000 руб., Jetta с выгодой до 195 000 руб., Passat с выгодой до 310 000 руб., Taureg с выгодой до 770 000 руб., а также НОВЫЙ Tiguan в наличии! Спешите! Кол-во а/м ограничено! Звоните +7 (495) 933-40-33», поступившего 12.04.2017 в 12:17 от отправителя «Kuntsevo».

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, ООО «Реклама Телеком», ПАО «МТС» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

Ссылки лиц, участвующих в деле, на Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее — Закон о связи), в частности на тот факт, что данным законом исключается ответственность оператора связи за рассылку его клиентами смс-сообщений, не соответствующих требованиям закона и условиям договора, не может быть приняты Комиссией Московского УФАС России в связи со следующим.

Согласно части 3 статьи 3 Закона о связи, отношения в области связи, не урегулированные Законом о связи, регулируются другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации в области связи.

Так отношения по распространению посредством средств связи рекламной информации регулируется законодательством Российской Федерации о рекламе, в том числе в части ответственности лиц, признаваемых рекламодателями.



Нормы Закона о связи сами по себе не исключают ответственность того или иного лица в соответствии с Законом о рекламе.

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 ООО «Реклама Телеком», ПАО «МТС» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы на телефонный номер <...> от отправителя «Kuntsevo», без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, в материалы дела не представлено.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, 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 Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «Реклама Телеком», ООО «Мобильная Периодика» предписаний о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона 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 Московского УФАС России

#### РЕШИЛА:

1. Признать ООО «Реклама Телеком», ПАО «МТС» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщения следующего содержания:

«Для тех кто ждал! Только ТЦ Кунцево а/м Volkswagen по спец. Цене: Polo с выгодой 85 000 руб., Jetta с выгодой до 195 000 руб., Passat с выгодой до 310 000 руб., Taureg с выгодой до 770 000 руб., а также НОВЫЙ Tiguan в наличии! Спешите! Кол-во а/м ограничено! Звоните +7 (495) 933-40-33», поступившего 12.04.2017 в 12:17 от отправителя Kuntsevo, без согласия абонента на её получение.

2. Выдать ООО «Реклама Телеком», ПАО «МТС» предписания 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 <...>

<...>

Исполнитель: <...>, тел. 8 (495) 784-75-05 <...>