

ПАО «МТС-Банк»

115432, г. Москва, пр-т. Андропова,
д. 18, корп. 1

Заинтересованные лица:

1. ПАО «Мегафон»

127006, г. Москва, Оружейный
переулок, 41

2. ООО «СМС-центр»

123112, г. Москва, Пресненская
наб., 12, офис А35

3. ООО «Интеллин»

117246, г. Москва, научный проезд,
д. 19, пом. 26

4. ООО «Телематика»

115280, г. Москва, вн. тер.
г. муниципальный округ Даниловский, ул.
Ленинская слобода, д. 19, ком. 21Ж1

Заявитель: вх. № 1534/3 от 07.02.2022

РЕШЕНИЕ

по делу № 002/05/18-577/2022

01.06.2022 года

г. Уфа, ул. Пушкина, 95

Решение в полном объеме изготовлено «08» июня 2022 года

Комиссия Башкортостанского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

Председатель Комиссии:

<...> – заместитель руководителя – начальник отдела взаимодействия с государственными органами, аналитической работы и рекламы;

Члены Комиссии:

<...> – заместитель начальника отдела взаимодействия с государственными органами, аналитической работы и рекламы;

<...> – специалист-эксперт отдела взаимодействия с государственными органами, аналитической работы и рекламы;

рассмотрев дело № 002/05/18-577/2022, возбужденное по обращению физического лица в отношении ПАО «МТС-Банк» (ОГРН: 1027739053704, ИНН: 7702045051), по факту распространения рекламы с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе»), Закон о рекламе),

в присутствии:

- <...> (доверенность от 28.12.2021) – представитель ПАО «МТС-Банк»;

- <...> (доверенность от 19.04.2022) – представитель ООО «Телематика» путем использования систем видео-конференц-связи;

в отсутствие остальных лиц, участвующих в деле, надлежащим образом извещенных о дате и времени рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

07.02.2022 года в Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан (далее - УФАС по РБ, антимонопольная служба) посредством электронной почты (solutions@fas.gov.ru) поступило обращение гражданина (вх. № 1534/3 срок рассмотрения продлен) указывающее на признаки нарушения ФЗ «О рекламе».

В обращение Заявитель сообщил, что 29.01.2022 года в 16:15 (время московское) получил на телефонный номер нежелательное СМС от абонента с буквенным обозначением «**MTS-Bank**» (номер устройства IMEI 860295042535700) следующего содержания:

«Откройте вклад с повышенной ставкой в мобильном приложении МТС Банк <https://mtsmoney.page/link/vHQ8>».

Согласно заявлению, согласие на получение данного рекламного сообщения Заявитель не давал.

Дополнительно Заявителем приложено заявление на открытие банковского вклада № 000-70/21-019061613 от 10.03.2021 года заключенного с ПАО «МТС-Банк» в рамках которого, по его мнению, и было направлено данное рекламное сообщение. В указанном заявлении Заявитель отказался от дачи согласия на направление в его адрес (в том числе по сетям электросвязи) рекламной информации от Банка. Кроме этого, Заявителем приложен скриншот от 19.03.2022 (вх. № 3798 от 21.03.2022 электронная почта) в котором служба поддержки клиентов ПАО «МТС-Банк» (ответ на обращение № 19756721) сообщает, что информационные и рекламные рассылки банка отключены.

В рамках рассмотрения заявления, антимонопольной службой установлено следующее.

Оператором связи (ПАО «Мегафон») подтвержден факт поступления СМС в указанное время и дату от указанного лица, а также принадлежность абонентского номера Заявителю (вх. № 2686 от 01.03.2022, электронная почта).

Кроме этого, оператор сообщил, что отправка указанного сообщения осуществлена ООО «СМС-центр» на основании договора № ДМИ-СМСЦ-260220 от

26.02.2020 года и соглашением о передаче прав и обязанностей от 01.05.2021 года. Отправка данного СМС была осуществлена по базе абонентов Заказчика.

ООО «СМС-центр» на запрос антимонопольного органа представлена информация (вх. № 3394 от 15.03.2022 электронная почта) что указанное сообщение было передано заказчиком рассылки ООО «Интеллин» (ОГРН: 1027739189675, ИНН: 7715232595) через клиентский доступ, предоставленный в рамках договора оказания услуг № 413054 от 22.09.2015 года. Также ООО «СМС-центр» представлен ответ от клиента Заказчика ООО «Телематика» по факту направления указанного сообщения.

Письмо ООО «Телематика»: «...Между ООО «Телематика» (далее Исполнитель) и ПАО «МТС-Банк» (далее - Заказчик) 01.11.2020 г. заключен Договор оказания услуг № 1120-2511 (далее - Договор). В силу указанного Договора Исполнитель обязуется оказывать услуги контакт-центра, в том числе направлять СМС-сообщения по заданию Заказчика.

СМС-сообщения перечисленные в запросе УФАС по Республике Башкортостан, были направлены ООО «Телематика» по поручению и на основании заявки, поступившей от ПАО «МТС-Банк» в рамках исполнения обязанностей по Договору.

При этом п. 2.1.22 Договора предусмотрено: «Заказчик гарантирует Исполнителю, что он надлежащим образом получил согласия абонента или адресата на получение распространяемой Исполнителем рекламы в порядке, установленном ст. 18 ФЗ от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе».

Таким образом, на момент направления СМС-сообщения у ООО «Телематика» имелись достаточные и достоверные основания полагать, что согласие абонента на получение сообщений рекламного характера было получено ПАО «МТС-Банк» заблаговременно и в соответствии с нормами действующего законодательства.

В свою очередь, поскольку Договором не предусмотрено обязанности по предоставлению Заказчиком Исполнителю копий документов, подтверждающих факт выражения согласия абонента на получение рекламной информации, ООО «Телематика» такими документами не располагает. Соответственно за предоставлением документов, подтверждающих выражение согласия абонентом. Вы вправе обратиться непосредственно в ПАО «МТС-Банк».

Помимо прочего сообщаем, что в настоящий момент телефонный номер исключен из базы данных номеров для направления рекламных сообщений».

ООО «Интеллин» представлена информация (вх. № 4000 от 23.03.2022 электронная почта), что данная рассылка была осуществлена по заказу ООО «Телематика» (ОГРН: 1057424582709, ИНН: 7453148262) в рамках исполнения Договора № 5087-1/2299 на предоставление услуг связи от 23.10.2020 года.

Пунктом 28 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (утв. Постановление Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922) установлено, что лицами, участвующими в деле, являются стороны и заинтересованные лица.

Заинтересованными лицами могут быть лица, чьи права и законные интересы

нарушены либо могут быть нарушены лицами, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также лица, на чьи права или обязанности по отношению к одной из сторон дела может повлиять принятое антимонопольным органом решение.

31.03.2022 года Башкортостанским УФАС России, в порядке части 2 статьи 36 Закона о рекламе возбуждено дело № 002/05/18-577/2022 по признакам нарушения требований ФЗ «О рекламе». К участию в деле привлечены:

• **Заявитель:**

- вх. № 1534/3 от 07.02.2022.

• **Лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:**

- ПАО «МТС-Банк» (ОГРН: 1027739053704, ИНН: 7702045051).

• **Заинтересованные лица:**

- ПАО «Мегафон» (ОГРН: 1027809169585, ИНН: 7812014560);

- ООО «СМС-центр» (ОГРН: 1117746756489, ИНН: 7724805644);

- ООО «Интеллин» (ОГРН: 1027739189675, ИНН: 7715232595);

- ООО «Телематика» (ОГРН: 1057424582709, ИНН: 7453148262).

Рассмотрение дела назначено на 25.04.2022 года.

31.03.2022 года от Заявителя поступили дополнительные пояснения по делу (вх. № 4616 электронная почта).

01.04.2022 года ПАО «Мегафон» представлены пояснения в рамках дела (вх. № 4680 электронная почта).

20.04.2022 года запрошенные сведения (документы и материалы) поступили от ООО «Телематика» (вх. № 5919 электронная почта). Кроме того, Обществом заявлено ходатайство о рассмотрении дела назначенного на 25.04.2022 года путем использования систем видео-конференц-связи.

21.04.2022 года запрошенные сведения (документы и материалы) поступили от ПАО «МТС-Банк» (вх. № 5997 электронная почта).

22.04.2022 года от ООО «СМС-центр» поступило ходатайство о рассмотрении дела назначенного на 25.04.2022 года без участия представителя Общества (вх. № 6048 электронная почта).

25.04.2022 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-577/2022 по признакам нарушения законодательства о рекламе путем видео-конференц-связи присутствовали:

- Кононов А.А. (доверенность от 19.04.2022) – представитель ООО «Телематика» (ходатайство о ВКС от 20.04.2022 удовлетворено);

- Дидоха О.В. (доверенность от 01.01.2022) – представитель ООО «Интеллин» (ходатайство о ВКС от 25.04.2022 удовлетворено).

Путем личного присутствия:

- Амирханова Н.Д. (доверенность от 28.12.2021) – представитель ПАО «МТС-Банк».

Ходатайство ООО «СМС-центр» о рассмотрении дела без их участия удовлетворено.

Остальные лица не присутствовали.

Представителями сторон озвучена позиция по делу.

25.04.2022 года Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. продлить срок рассмотрения дела № 002/05/18-577/2022.
2. отложить рассмотрение дела на другую дату - 01.06.2022 года.

20.05.2022 года ООО «СМС-центр» представлены пояснения по делу, а также ходатайство о рассмотрении дела, назначенного на 01.06.2022 года без участия представителя Общества (вх. № 7319 электронная почта и вх. № 7733 от 27.05.2022 почта России).

26.05.2022 года пояснения поступили от ООО «Телематика» (вх. № 7630 электронная почта). Также заявлено ходатайство о рассмотрении дела, назначенного на 01.06.2022 года, путем использования систем видео-конференц-связи.

27.05.2022 года запрошенные сведения поступили от ПАО «Мегафон» (вх. № 7693 электронная почта).

30.05.2022 года пояснения поступили от ООО «Интеллин» (вх. № 7756 электронная почта). Также заявлено ходатайство о рассмотрении дела, назначенного на 01.06.2022 года, путем использования систем видео-конференц-связи.

01.06.2022 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-577/2022 по признакам нарушения законодательства о рекламе путем видео-конференц-связи присутствовали:

- <...> (доверенность от 19.04.2022) – представитель ООО «Телематика» (ходатайство о ВКС от 26.05.2022 удовлетворено).

Путем личного присутствия:

- <...> (доверенность от 28.12.2021) – представитель ПАО «МТС-Банк».

Ходатайство (вх. № 7630 от 20.05.2022) ООО «СМС-центр» о рассмотрении дела без их участия удовлетворено.

Остальные лица не присутствовали.

Представителями сторон озвучена позиция по делу.

Исследовав материалы дела, заслушав пояснения сторон, Комиссия приходит к выводу, что реклама, распространенная путем СМС 29.01.2022 года в 16:15 на телефонный номер от абонента с буквенным обозначением «**MTS-Bank**» (номер устройства IMEI 860295042535700) следующего содержания:

«Откройте вклад с повышенной ставкой в мобильном приложении МТС Банк <https://mtsmoney.page/link/vHQ8>».

нарушает часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе». При этом Комиссия исходит из следующего.

В соответствии с пунктами 1, 2, 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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.

Объект рекламирования - товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на

привлечение внимания к которым направлена реклама.

Товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

По смыслу законодательного определения рекламой считается та информация, которая, во-первых, была распространена, во-вторых, адресована неопределенному кругу лиц, в-третьих, направляет внимание и интерес на объект рекламирования, в-четвертых, имеет цель продвинуть объект рекламы на рынок. Иными словами, реклама призвана выделить рекламируемый объект из ряда других объектов и привлечь к нему внимание, а также побуждать лиц из числа неопределенного круга, среди которых распространялась реклама, обратиться за приобретением товара.

Сотрудниками Башкортостанского УФАС России произведен осмотр сайта указанного в тексте СМС – <https://mtsmoney.page/link/vHQ8> (акт с приложением фотоматериалов от 07.02.2022).

В процессе входа адресная строка автоматически изменяется на – sso.mtsbank.ru/login/mtsmoney/auth/. На указанной странице предложено ввести номер телефона для входа на сайт МТС Деньги.

Указанный сайт принадлежит ПАО «МТС-Банк» (ОГРН: 1027739053704, ИНН: 7702045051). Таким образом, содержание спорного СМС в том числе направлено на поддержание интереса к ПАО «МТС-Банк».

Распространенная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками:

- распространена путем использования телефонной связи (направление СМС на абонентский номер);
- является общедоступной для восприятия неопределенного круга лиц и не является персонализированной;
- направлена на привлечения внимания потребителей к услугам и товарам, предоставляемым соответствующим рекламодателем (ПАО «МТС-Банк») и осуществляемой им деятельности и способствует формированию интереса к реализуемым товарам и их продвижение на рынке;
- объектом рекламирования выступает товар (услуги) – банковские услуги, предоставляемые ПАО «МТС-Банк», в частности услуги по открытию вкладов. Рассматриваемая информация формирует и поддерживает потребительский интерес к данному товару – «откройте вклад с повышенной ставкой».
- целью распространения рекламы является увеличение спроса на рекламируемый товар (услуги).

Частью 1 статьи 5 ФЗ «О рекламе» установлено, что реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Требования к рекламе, распространяющейся по сетям электросвязи, установлены статьей 18 Закона о рекламе.

Согласно части 1 статьи 18 ФЗ «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.

Каждый рекламодатель обязан соблюдать требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

При этом, из данной нормы закона следует, что отсутствие согласия абонента на получение рекламы предполагается, если иное не доказано рекламодателем.

Бремя доказывания наличия предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы по сетям электросвязи лежит на рекламодателе, при этом, заявитель не обязан доказывать факт отсутствия подобного согласия.

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.

Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя (Постановление пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 28 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (Пленум)).

В рассматриваемом случае под абонентом надлежит понимать владельца абонентского номера (факт принадлежности номера заявителю подтвержден оператором связи ПАО «Мегафон»), который сообщил антимонопольному органу о том, что он не давал согласия на получение рекламных сообщений от абонента с буквенным обозначением **«MTS-Bank»**.

Факт поступления указанного сообщения Заявителю, а также принадлежность буквенного обозначения **«MTS-Bank»** ПАО «МТС-Банк» подтверждается материалами дела и сторонами не оспаривается.

Из материалов дела установлена следующая цепочка лиц, участвующая в направлении данного сообщения:

1. ПАО «МТС-Банк» (Заказчик) - ООО «Телематика» (Исполнитель). Договор № 1120-2511 от 01.11.2020 года.

Предмет договора: оказание Исполнителем услуг контактного центра по осуществлению исходящих вызовов и обработки входящих звонков клиентов Заказчика и оплата их Заказчиком. В рамках данного договора Исполнитель также направляет смс-сообщения по заданию Заказчика.

Пунктом 2.1.22 Договора предусмотрено, что Заказчик гарантирует Исполнителю, что он надлежащим образом получил согласия абонентов или адресата на получение распространяемой Исполнителем рекламы в порядке, установленном ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Пункт 8.7 Заказчик гарантирует:

- персональные данные получены законами способами, цели сбора персональных данных совместимы с целями, указанными в настоящем договоре;
- наличие согласий клиентов Заказчика на обработку их персональных данных и на их передачу Исполнителю для обработки способами, необходимыми для исполнения Договора.

Пояснения ООО «Телематика»: Указанное смс-сообщение было направлено по поручению ПАО «МТС-Банк» в рамках договора № 1120-2511 от 01.11.2020 года. Текст указанного сообщения был утвержден и направлен в адрес ООО «Телематика» по средством электронной почты для осуществления дальнейшей рассылки абонентам (в материалы дела представлен скриншот почтового ящика с текстом рассматриваемого сообщения от сотрудника ПАО «МТС-Банк»). При этом Договором не предусмотрена возможность создания, редактирования и (или) внесения изменений Исполнителем в текст направляемых смс-сообщений.

Поскольку в Договоре предусмотрены п. 2.1.22, п. 8.7, устанавливающие гарантии получения Заказчиком согласий абонентов на осуществление рекламной рассылки, обществом (с учетом принципа добросовестного поведения сторон в гражданско – правовых отношениях) проверка соблюдения данных условий не осуществлялась.

2. ООО «Телематика» (Абонент) – ООО «Интеллин» (Оператор). Договор № 5087-1/2299 на предоставление услуг связи от 23.10.2020 года. Дополнительное соглашение № 1-СМС от 23.10.2020 года к Договору № 5087-1/2299.

Предмет договора: Оператор оказывает Абоненту услуги связи, в соответствии с условиями Лицензий, выданных Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций, а Абонент принимает и оплачивает услуги на условиях Договора, дополнительного соглашения и заказов на оказание услуг связи.

Пункт 4.2 Договора установлено, что Оператор не несет ответственности за содержание информации, передаваемой Абонентом по сетям связи.

Состав оказываемых услуг в рамках Дополнительного соглашения: Оператор предоставляет Абоненту услуги по предоставлению доступа к программному приложению (SMS-Центр Оператора), обеспечивающему формирование, отправку и информацию о статусе доставки сообщений, HLR-запросов, VIBER-сообщений и СМ-сообщений.

Согласно условиям Дополнительного соглашения, Абонент обязан:

- самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получить от клиентов согласие на получение сообщений (п. 2.2.2).
- не использовать услугу, права и (или) технические возможности, полученные в соответствии с Дополнительным соглашением, для осуществления действий, запрещенных законодательством РФ, ФЗ «О рекламе». (п. 2.2.6).
- не использовать услугу для распространения ненужной получателю, не запрошенной информации, в частности рассылка не согласованных предварительно с получателями смс-сообщений (п. 2.2.12).

Пункт 2.4. В связи с тем, что Оператор не является создателем

(изготовителем) и распространителем сообщений, начиная с подготовки текста, его редактирования и заканчивая их отправкой клиентам, а лишь обеспечивает пропуск сообщений в их неизменном содержании и объеме, являясь при этом лишь техническим каналом для передачи сообщений, Оператор не вправе осуществлять проверку содержания передаваемых сообщений и нести за них ответственность.

Пункт 4.2. Оператор предоставляет Абоненту услуги доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование и отправку смс-сообщений. Передача информации происходит от Абонента к Оператору через сеть Интернет, протокол передачи согласовывается с Абонентом дополнительно: возможные протоколы: HTTP, HTTPS (SSL), SMPP, SMTP.

Пункт 4.5. Абонент несет полную ответственность перед Оператором и третьими лицами, в частности, компетентными государственными органами, за содержание смс-сообщений и факт их приема-передачи в рамках оказания услуг.

Пояснения ООО «Интеллин»: *Оператор предоставляет Абоненту услуги по предоставлению доступа к программному приложению (СМС Центр Оператора), обеспечивающему формирование, отправку и информацию о статусе доставки смс-сообщений.*

Система «СМС Центр Оператора» - это комплекс программных средств, позволяющих Абоненту зарегистрироваться, отправлять смс-сообщения, отслеживать их статус. Оператор предоставляет Абоненту услуги доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование и отправку смс-сообщений.

При регистрации Абонент получает индивидуальные логин и пароль для доступа в Личный кабинет, в котором возможно в том числе, рассылать смс-сообщения и редактировать список рассылки; редактировать содержание отправляемых сообщений.

Таким образом, ООО «Интеллин» не определяет ни содержание сообщений, ни круг лиц-получателей, ни место и время распространения сообщений, а только предоставляет техническую возможность направлять смс-сообщения в рамках заключенного Договора.

3. ООО «Интеллин» (Заказчик) - ООО «СМС-центр» (Исполнитель). Договор оказания услуг № 413054 от 22.09.2015 года.

Предмет Договора: Исполнитель предоставляет Заказчику услуги доступа к сервису SMC.RU для самостоятельной отправки сообщений из личного кабинета. При пользовании услугами Заказчик самостоятельно без участия Исполнителя формирует базу телефонных номеров Абонентов (адресов электронной почты) для рассылки сообщений, определяет содержание сообщений, производит набор текста и осуществляет рассылку сообщений Абонентам и адресатам в соответствии с требованиями законодательства и условиями Договора.

Условиями Договора Заказчик обязан:

- в обязательном порядке получить от Абонента или адресата согласие на получение сообщений, выраженного посредством совершения ими действий, однозначно идентифицирующих этого абонента или адресата (п. 3.2.3).
- не использовать подключение к сервису для рассылки спама (п. 3.2.5).

Пункт 6.6. В случае предъявлении претензий, связанных с отправкой сообщений Заказчиком через сервис SMSC.RU, органами ФАС и другими контролирующими организациями, в том числе предъявленных в связи с отсутствием согласия Абонентов на получение сообщений, Заказчик признается непосредственным рекламодателем и самостоятельно несет ответственность в соответствии с законодательством РФ.

Пояснения ООО «СМС-центр»: «Сервис SMSC.RU» - совокупность аппаратных устройств и программного обеспечения, принадлежащих Обществу и позволяющих осуществлять маршрутизацию сообщений от заказчика рассылки до операторов связи. При этом ООО «СМС-центр» не определяет содержание и лиц-получателей сообщений, место и время передачи сообщений, не передает сообщения непосредственно абонентам и адресатам (потребителям информации), тем самым не преследует целей привлечения внимания к объекту рекламирования. Общество предоставляет технический канал для передачи сообщения от Заказчика рассылки только к Оператору связи, у ООО «СМС-центр» отсутствует техническая возможность передачи сообщения напрямую потребителю информации (абоненту). Перечень лиц (абонентов), которым будет осуществляться рассылка Смс-сообщений, набор текста сообщения и ввод телефонного номера абонента осуществляется Заказчиком рассылки самостоятельно без участия Исполнителя.

В соответствии с договором оказания услуг ООО «СМС-центр» прямо запрещает Заказчику отправку любых сообщений, нарушающих требования законодательства, в том числе без предварительного согласия абонента, поэтому Общество не преследует цель и не допускает возможности распространения ненадлежащей рекламы, т.е. не имеет и не может иметь умысла на нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Следовательно, Заказчик самостоятельно осуществил отправку указанного смс-сообщения (в том числе набор текста и ввод номера абонента, определение места и времени отправки) через выделенный доступ к технической платформе сервиса.

В свою очередь, ООО «СМС-центр» получает команду от Заказчика только на маршрутизацию сообщения конкретному оператору связи, однако не имеет юридического права и технической возможности контролировать либо изменять содержание каждого сообщения и проверять наличие согласия абонентов на их получение, так как в рамках договора уже получило гарантию об их наличии.

4. ООО «СМС-центр» (Заказчик) - ПАО «Мегафон» (Исполнитель). Договор № ДМИ-СМСЦ-260220 от 26.02.2020 года.

Предмет Договора – Исполнитель обязуется оказывать Заказчику за вознаграждение услуги, а Заказчик обязуется оплачивать их в порядке и в сроки, предусмотренные Договором, приложениями к нему и Заявками.

Пункт 3.9 Договора - в случае размещения РИМ (рекламно информационных материалов) среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика, Заказчик обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их

упоминания в Смс-сообщение) для целей размещения РИМ.

Пункт 4.7 Договора - Заказчик гарантирует соответствие размещаемых РИМ требованиям ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации, точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в РИМ.

Пункт 4.8 - Заказчик при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика, гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких Абонентов на получение рекламы.

Пункт 4.10 - Заказчик обязуется использовать в Интерфейсе только те абонентские номера, по которым Заказчиком получено предварительное согласие Абонентов на получение рекламы. В случае неподтверждения либо отзыва согласия Абонента на получение РИМ от Заказчика Заказчик обязуется незамедлительно прекратить размещение SMS-сообщений посредством Интерфейса, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия от Исполнителя.

Пункт 7.11 - Во избежание сомнений Стороны пришли к соглашению, что Исполнитель не несет ответственность за содержание РИМ поскольку Исполнитель не осуществляет постоянный мониторинг (премодерацию) РИМ, размещаемых Заказчиком посредством Интерфейса. Также Исполнитель не несет ответственность за наличие согласия Абонентов на получение рекламы при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика.

Пояснения ПАО «МегаФон»: Оказывая услугу по передаче коротких текстовых сообщений в рамках договора об оказании услуг связи, ПАО «МегаФон» осуществляет только передачу получателю информации, сформированной Заказчиком (клиентом Заказчика), имея целью не распространение рекламы, а оказание услуг связи.

Таким образом, распространителем рекламы в данном случае является Заказчик или третье лицо, рассылку чьих материалов он заказывает, то есть лицо, определяющее объект рекламирования и использующее для распространения рекламы услуги связи, оказываемые ПАО «МегаФон».

Поскольку ПАО «МегаФон» оказывает именно услуги связи на основании публичных договоров, то оператором не может быть отказано в передаче сообщений по сети подвижной связи. При этом оператор связи не может являться распространителем рекламы, в связи с чем в действиях ПАО «МегаФон» отсутствуют нарушения законодательства о рекламе.

ПАО «МегаФон» были приняты все зависящие от него меры по соблюдению абонентами требований законодательства, в т.ч. в договоре с Заказчиком предусмотрены вышеуказанные обязательства Заказчика и меры ответственности за их неисполнение. ПАО «МегаФон» не может предвидеть, что Заказчиком и его клиентами будут нарушаться положения договора, а также законодательства в сфере рекламы и связи, и исходит из презумпции добросовестности участников гражданского оборота.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что рассматриваемое смс-сообщение осуществлено путем передачи от ПАО «МТС-Банк» к ООО «Телематика», от него последовательно к ООО «Интеллин», ООО «СМС-центр», ПАО «МегаФон», и

абоненту (Заявителю).

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации 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.

Из анализа договоров следует, что ответственность предусмотренная законодательством РФ за передачу сообщений возлагается на непосредственно на Заказчика рекламной рассылки.

В постановлении Верховного суда Российской Федерации от 30.03.2015 года при рассмотрении дела №305-АД15-1441 указано, что именно конечный заказчик рекламы (инициатор рассылки) является рекламодателем в силу положений Закона «О рекламе», если это прямо предусмотрено положениями договоров, заключенных с лицами, осуществляющими рассылку сообщений.

В указанном выше Постановлении Верховного суда также отмечено, что, если положениями договора предусмотрено, что именно заказчик является единственным составителем всех SMS-сообщений, отправляемых в рамках договора, то есть именно он является рекламодателем и рекламодателем указанных сообщений, именно он определяет их конечных получателей (абонентов), а исполнитель лишь создает техническую возможность для отправки этих сообщений, то оператор связи не может рассматриваться как рекламодатель SMS-сообщений.

В письме ФАС России от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе», Федеральной антимонопольной службой разъяснено, что обязанность по получению согласия и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе. При этом рекламодателем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя. В названном письме также обращено внимание на то, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламодателем не является.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1. Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ «О связи», рассылка, в частности, рекламного характера, признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

Таким образом, статус рекламодателя в случае распространения рекламных рассылок по сети электросвязи фактически имеет лицо, по чьей инициативе происходит рассылка, то есть, либо заказчик рассылки, инициировавший рекламную рассылку в рамках соответствующего договора на осуществление рассылки, либо, непосредственно, сам оператор связи, если рассылка происходит по его инициативе.

В данном случае, ООО «Телематика», ООО «Интеллин», ООО «СМС-центр» и ПАО «Мегафон» не участвуют в определении получателя, содержания, времени отправки, круга получателей СМС-рассылки, а также иных характеристик смс-сообщений. Указанные лица, предоставляют техническую возможность для отправки сообщений, ПАО «МТС-Банк».

Материалами дела установлено, что ПАО «МТС-Банк» выступило инициатором отправки рассматриваемого смс-сообщения, и именно на данный субъект возложена обязанность по получению и доказыванию факта наличия согласия абонента на получение рекламы.

Пояснения ПАО «МТС-Банк»: *При обращении в Банк, Заявителем не было дано согласие на обработку персональных данных, на получение рекламной информации по почте и по сетям электросвязи, и на передачу его данных третьим лицам. Однако в связи с технической ошибкой в системе сохранились данные о наличии согласия Заявителя на получение рассылок, в связи с чем номер Заявителя попал в базу рассылки. На данный момент номер Заявителя исключен из всех дальнейших рассылок.*

Таким образом, данное рекламное смс-сообщение нарушает часть 1 статью 18 Закона о рекламе.

Ответственность за нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», в соответствии с частью 7 статьи 38 данного Закона, возложена на рекламораспространителя.

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Закона о рекламе).

ПАО «МТС-Банк» как владелец абонентского номера с буквенным обозначением (**MTS-Bank**), с которого было направлено ненадлежащее смс-сообщение, выступило рекламораспространителем данной рекламы.

Согласно пункту 49 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.

В силу пункта 54 Правил при добровольном устранении лицом (лицами) совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В

этом случае основания нецелесообразности выдачи предписания излагаются в мотивировочной части решения по делу.

Комиссией принято решение предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ПАО «МТС-Банк» не выдавать, так как Обществом и заинтересованными лицами представлены пояснения, что абонентский номер Заявителя исключен из рассылок., а Заявителем доказательства повторного получения рекламных сообщений не представлено.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 42-48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «МТС-Банк» рекламораспространителем рекламы.

2. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную путем смс-сообщения 29.01.2022 года в 16:15 на телефонный номер от абонента с буквенным обозначением «**MTS-Bank**», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

3. В соответствии с пунктом 54 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Башкортостанского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ПАО «МТС-Банк».

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>