

ПАО «МТС»

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

ООО «СЕВЕНТЕХ»

Хорошевское ш., д. 32 А,
под. 9, эт. 4, оф. 415-1,
г. Москва, 123007

ООО «ЛОДЖИК ТЕЛЕКОМ»

Заводская ул., д. 1Б, стр. 1,
эт. 1, комн. 5,
г. Зеленоград, 124365

ООО «ЮТЕЛЕ»

117246, г. Москва,
пр. Научный, д. 8, стр. 1, оф. 521

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-17828/2019

«22» апреля 2020 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: <...>,

членов Комиссии: <...>, <...>,

рассмотрев дело № 077/05/18-17828/2019, возбужденное в отношении ПАО «МТС» (ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076), ООО «СЕВЕНТЕХ» (ОГРН 1096316004674, ИНН 6316145067), ООО «ЛОДЖИК ТЕЛЕКОМ» (ОГРН 1097746715934, ИНН 7735564052), ООО «ЮТЕЛЕ» (ОГРН 1197746082577, ИНН 7728459385), по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания:

«Два последних дня — скидка 70% на фитнес карту! Спешите!»



Т 84951282752», поступившего 25.04.2019 в 13:30 от отправителя Orange-Fit;
«Купи фитнес карту сейчас — плати потом. Только до 29.05! 8(495)128-2163», поступившего 22.05.2019 в 16:50 от отправителя Orange-Fit;
«Только 29.06! Карта за 18900! Звони прямо сейчас! Т: 8(495)128-2163», поступившего 28.06.2019 в 13:05 от отправителя Orange-Fit, с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, без предварительного согласия абонента на получение рекламы, в отсутствие представителей ПАО «МТС», ООО «СЕВЕНТЕХ», ООО «ЛЮДЖИК ТЕЛЕКОМ», ООО «ЮТЕЛЕ» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-17828/2019 возбуждено в отношении ПАО «МТС», ООО «СЕВЕНТЕХ», ООО «ЛЮДЖИК ТЕЛЕКОМ», ООО «ЮТЕЛЕ» на основании заявления физического лица по факту распространения посредством СМС-сообщения на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания:

«Два последних дня — скидка 70% на фитнес карту! Спешите! Т 84951282752», поступившего 25.04.2019 в 13:30 от отправителя Orange-Fit;
«Купи фитнес карту сейчас — плати потом. Только до 29.05! 8(495)128-2163», поступившего 22.05.2019 в 16:50 от отправителя Orange-Fit;
«Только 29.06! Карта за 18900! Звони прямо сейчас! Т: 8(495)128-2163», поступившего 28.06.2019 в 13:05 от отправителя Orange-Fit.

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 «СЕВЕНТЕХ» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 18.06.2009 за основным государственным регистрационным номером 1096316004674, ИНН 6316145067, КПП 771401001.

ООО «ЮТЕЛЕ» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 11.02.2019 за основным государственным регистрационным номером

1197746082577, ИНН 7728459385, КПП 772801001.

Согласно материалам дела № 077/05/18-17828/2019 на номер телефона <...> 25.04.2019 в 13:30, 22.05.2019 в 16:50, 28.06.2019 в 13:05 от отправителя: «Orange-Fit» поступила спорная реклама.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается представленной заявителем фотографии экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализацией связи, представленной заявителем и ПАО «МТС».

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 телефонного звонка.

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-сообщений 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.

В рассматриваемой рекламе отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространённая 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.

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

Данная информация направлена на привлечение внимания к услугам фитнеса, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

В материалы дела не представлено доказательств осуществления рекламных СМС-сообщений исключительно на телефонный номер 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 содержится информация об услугах фитнеса, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространённая посредством осуществления на номер телефона <...> СМС-сообщений, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством СМС-сообщений; адресована неопределённому кругу лиц; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

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

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы он не давал. Доказательств обратного в материалы дела не представлено.

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-сообщений следующего содержания:

«Два последних дня — скидка 70% на фитнес карту! Спешите! Т 84951282752», поступившего 25.04.2019 в 13:30 от отправителя Orange-Fit;

«Купи фитнес карту сейчас — плати потом. Только до 29.05! 8(495)128-2163», поступившего 22.05.2019 в 16:50 от отправителя Orange-Fit;

«Только 29.06! Карта за 18900! Звони прямо сейчас! Т: 8(495)128-2163», поступившего 28.06.2019 в 13:05 от отправителя Orange-Fit, 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 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 документам и сведениям, рассматриваемые СМС-сообщения направлялись в соответствии с договором № МТС/SMS-1/01082018 от 13.08.2018, заключенным между ПАО «МТС» и ООО «СЕВЕНТЕХ» (ранее — ООО «ДЭНИТЕХ») (далее — Договор 1), договором № СМС-09/19 от 28.03.2019, заключенным между ООО «СЕВЕНТЕХ» и ООО «ЮТЕЛЕ» (далее — Договор 2).

Согласно пункту 2.1 Договора 1, ПАО «МТС» оказывает ООО «СЕВЕНТЕХ» рассылки СМС-рассылку в соответствии с требованиями Договора, а ООО «СЕВЕНТЕХ» обязуется оплачивать оказанные услуги СМС-рассылки.

ПАО «МТС» обязуется предоставить ООО «СЕВЕНТЕХ» доступ к сети по каналу самостоятельно или с привлечением третьих лиц в соответствии с пунктом 3.2.1 Договора 1.

Согласно пункту 3.3.3 Договора 1, ООО «СЕВЕНТЕХ» обязан получить от Пользователей предварительное согласие на получение пользователями СМС-сообщений путем регистрации пользователей в информационных системах ООО «СЕВЕНТЕХ».

Согласно пункту 3.3.16 Договора 1, ООО «СЕВЕНТЕХ» обязан до начала оказания своих услуг обеспечить наличие согласий от пользователей на получение ими СМС-сообщений.

За неисполнение или ненадлежащее исполнение Договора 1, стороны несут ответственность, предусмотренную в том числе действующим законодательством.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 2, ООО «ЮТЕЛЕ» поручает, а ООО «СЕВЕНТЕХ» берет на себя обязательства по оказанию в том числе услуг по предоставлению доступа в платформу через личный кабинет для технологического осуществления передачи тематических электронных сообщений.

Согласно пункту 3.1.4 Договора 2, ООО «ЮТЕЛЕ» обязуется не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ. В частности, сообщения, согласие абонента на получение которых отсутствуют, объявляются СПАМОМ.

В соответствии с пунктом 3.1.5.7 Договора 2, ООО «СЕВЕНТЕХ» вправе блокировать возможность использования ООО «ЮТЕЛЕ» имени отправителя в случае нарушения ООО «ЮТЕЛЕ» требований к сообщениям, в том числе требований по получению согласий абонентов на получение рекламы.

Согласно пункту 3.5 Договора 2, ООО «ЮТЕЛЕ» уведомлен, что оператор вправе самостоятельно запрашивать или проверять наличие согласия абонента перед доставкой ему сообщений.

Между тем, Комиссией Московского УФАС России установлено, что в данном конкретном случае в действиях ООО «ЛОДЖИК ТЕЛЕКОМ» признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе не установлены.

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

Согласно статье 309 ГК РФ, обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

ПАО «МТС», ООО «СЕВЕНТЕХ», ООО «ЮТЕЛЕ» 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 ПАО «МТС», ООО «СЕВЕНТЕХ», ООО «ЮТЕЛЕ» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на этих лиц не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к

рекламораспространителям.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

Желание лиц, участвующих в деле, получать обусловленную договором плату за оказание услуг по передаче СМС-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 вышеупомянутые договоры ПАО «МТС», ООО «СЕВЕНТЕХ», ООО «ЮТЕЛЕ» и дополнительные соглашения к нему, приняли на себя все обязательства по указанным договорам (в том числе по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение) со всеми вытекающими правовыми последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению СМС-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 «МТС», ООО «СЕВЕНТЕХ», ООО «ЮТЕЛЕ» рекламораспространителями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> осуществлено в силу ПАО «МТС», ООО «СЕВЕНТЕХ», ООО «ЮТЕЛЕ» 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 ПАО «МТС», ООО «СЕВЕНТЕХ», ООО «ЮТЕЛЕ» являются рекламодателями рекламы следующего содержания: «Два последних дня — скидка 70% на фитнес карту! Спешите! Т 84951282752», поступившего 25.04.2019 в 13:30 от отправителя Orange-Fit;

«Купи фитнес карту сейчас — плати потом. Только до 29.05! 8(495)128-2163», поступившего 22.05.2019 в 16:50 от отправителя Orange-Fit;

«Только 29.06! Карта за 18900! Звони прямо сейчас! Т: 8(495)128-2163», поступившего 28.06.2019 в 13:05 от отправителя Orange-Fit.

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

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

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

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

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

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «МТС», ООО «СЕВЕНТЕХ», ООО «ЮТЕЛЕ» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания:

«Два последних дня — скидка 70% на фитнес карту! Спешите!

Т 84951282752», поступившего 25.04.2019 в 13:30 от отправителя Orange-Fit;
 «Купи фитнес карту сейчас — плати потом. Только до 29.05!
 8(495)128-2163», поступившего 22.05.2019 в 16:50 от отправителя Orange-Fit;
 «Только 29.06! Карта за 18900! Звони прямо сейчас! Т: 8(495)128-2163»,
 поступившего 28.06.2019 в 13:05 от отправителя Orange-Fit, без
 предварительного согласия абонента на ее получение.

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 ПАО «МТС» (ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076), ООО «СЕВЕНТЕХ» (ОГРН 1096316004674, ИНН 6316145067), ООО «ЮТЕЛЕ» (ОГРН 1197746082577, ИНН 7728459385) нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе, при распространении посредством СМС-сообщения на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания:

«Два последних дня — скидка 70% на фитнес карту! Спешите! Т 84951282752», поступившего 25.04.2019 в 13:30 от отправителя Orange-Fit;
 «Купи фитнес карту сейчас — плати потом. Только до 29.05!
 8(495)128-2163», поступившего 22.05.2019 в 16:50 от отправителя Orange-Fit;
 «Только 29.06! Карта за 18900! Звони прямо сейчас! Т: 8(495)128-2163»,
 поступившего 28.06.2019 в 13:05 от отправителя Orange-Fit, в отсутствие согласия абонента на получение рекламы.

2. Предписания ПАО «МТС» (ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076), ООО «СЕВЕНТЕХ» (ОГРН 1096316004674, ИНН 6316145067), ООО «ЮТЕЛЕ» (ОГРН 1197746082577, ИНН 7728459385) не выдавать.

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

Председатель Комиссии <...>,

Члены Комиссии <...>,

<...>,

<...>