

ПАО «ВымпелКом»

<...> ПАО

«Сбербанк»

<...>

РЕШЕНИЕ по делу № 077/05/18-17489/2023 «27» февраля 2024 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 № 077/05/18-17489/2023 по признакам нарушения ПАО «Вымпелком» (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636), ПАО «Сбербанк» (ИНН 7707083893, ОГРН 1027700132195) части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе) по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМСсообщения рекламы следующего содержания: «<...> , вы оплатили картой СберБанка первую покупку от 1000 р. в рамках нашей акции. Еще четыре до 31.10.2023 — и вы станете претендентом на 1 000 000 бонусов СберСпасибо и другие призы...», поступившей 11.10.2023 в 16:53 от отправителя «900», в присутствии представителя ПАО «Сбербанк» (по доверенности), в отсутствие представителя ПАО «Вымпелком» (уведомлен надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-17489/2023 возбуждено в отношении ПАО «Вымпелком» (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636) и ПАО «Сбербанк» (ИНН 7707083893, ОГРН 1027700132195) на основании заявления физического лица и материалов по факту распространения телефонный номер <...> посредством СМСсообщения рекламы следующего содержания: «<...> , вы оплатили картой СберБанка первую покупку от 1000 р. в рамках нашей акции. Еще четыре до 31.10.2023 — и вы станете претендентом на 1 000 000 бонусов СберСпасибо и другие призы...», поступившей 11.10.2023 в 16:53 от отправителя «900». Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, а также детализированной выпиской, представленной заявителем. 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. Согласно пункту 3 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922 (далее — Правила), дела по фактам распространения рекламы, содержащей признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, возбуждаются и рассматриваются территориальным органом Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, за исключением случаев, указанных в пунктах 4, 5 и 7 настоящих Правил. В соответствии с пунктом 4 Правил дела по фактам

распространения рекламы, содержащей признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, возбуждаются и рассматриваются территориальным органом Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) юридического или физического лица, подавшего заявление в антимонопольный орган, указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее - заявление о нарушении законодательства). Как следует из материалов заявления, местом жительства заявителя <...> является <...>. Таким образом, дело было возбуждено и рассмотрено Московским УФАС России по месту нахождения (месту жительства) заявителя в <...>.

На заседании Комиссии, а также в письменных пояснениях представитель ПАО «Сбербанк» пояснил, что рассматриваемое смс-сообщение направлено в рамках заключенного с Клиентом договора на выпуск и обслуживание дебетовой карты Банка с номером счета <...> от <...>.

Основанием для направления смс-сообщения являлась оплата Клиентом покупки в аптеке. Заявление на получение на получение карты, надлежащим образом заполненное и подписанное Клиентом, Условия выпуска и обслуживания дебетовой карты Банка, открытия и обслуживания «Платежного счета Банка» (ранее - Условия выпуска и обслуживания дебетовой карты Банка (далее — Условия выпуска) в совокупности с памяткой держателя карт, Тарифами и Памяткой по безопасности при использовании карт является заключенными между Клиентом и банком договором на выпуск и обслуживание дебетовой карты Банка.

Из п. 6.2 Условий выпуска следует, что банк осуществляет отправку клиенту смс-сообщений/Push-уведомления по каждой совершенной операции по платежному счету, подключенному к услуге, уведомление об операциях по карте, подключенной к услуге уведомление об операциях.

Из вышеизложенного следует, что рассматриваемое смс-сообщение было направлено Клиенту в соответствии с условиями Договора и в силу исполнения Банком публично-правовой обязанности, установленной Федеральным законом от 27.06.2011 «161-ФЗ «О национальной платежной системе», в связи в действиях ПАО «Сбербанк» отсутствует нарушение Закона о рекламе и дело подлежит прекращению.

В подтверждении указанной позиции ПАО «Сбербанк» представил типовую форму заявления на получение дебетовой карты «МИР социальная» (далее - Заявление), а также Договор о вкладе «Лучший %».

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.

В тексте рекламы присутствует имя и отчество лица, на восприятие которого направлена распространенная информация.

Однако Комиссия приходит к выводу, что обращение к абоненту в данном случае не является фактором, определенно идентифицирующим получателя распространяемой информации.

Подобное обращение к потенциальному клиенту является нормальным общепринятым поведением в обществе, соответствующим правилам обычного и делового этикета и лишь свидетельствует о клиентоориентированной направленности деятельности рекламораспространителя при продвижении своей продукции на рынке.

При этом в случае направления посредством смс-сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный 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 неопределенного круга лиц и являются рекламой.

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.

Заявитель прямо указал на то, что не давал согласие на получение рекламного СМС-сообщения.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента должно быть выражено в форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

В настоящем случае отсутствует выраженное согласие абонента именно на получение рекламы, в том числе от конкретного рекламодателя.

Вместе с тем распространяемая посредством смс-сообщения информация о дополнительных услугах банка тем клиентам, которые заключили договор, может рассматриваться в качестве рекламы, если такая услуга выступает в качестве объекта рекламирования.

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

Кроме того немаловажным является то обстоятельство, что положения статьи 18 Закона о рекламе должны распространяться на всю нежелательную информацию, которая направляется абоненту и тем или иным образом направлена на привлечение или поддержание его интереса к определенному товару.

Не может служить исключением информация от продавца, у которого абонент приобретал товар, услугу и который в силу специфики своего статуса имеет широкий доступ к информации об абоненте и использует это в коммерческих целях.

Вместе с тем распространяемая посредством смс-сообщений информация о дополнительных услугах банка тем клиентам, которые заключили договор, может рассматриваться в качестве рекламы, если такая услуга выступает в качестве объекта рекламирования. Рассматриваемая информация направлена на привлечение внимания к банковским услугам, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

Данная позиция Комиссии Московского УФАС России подтверждается судебной практикой (например, Решение Арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-70670/2021, Определение Верховного Суда по делу № А40-146238/20).

Сам по себе текст смс-сообщения не содержит сведений, позволяющих говорить о персональной направленности спорного сообщения.

Заявитель прямо указал на то, что не давал согласие на получение рекламных СМС-сообщений.

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

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.

В тексте смс-сообщения содержится предложение принять участие в акции, для которой необходима регистрация в программе «СберСпасибо».

Согласно информации размещенной в сети Интернет по адресу <https://spasibosberbank.ru> в разделе «С картой другого банка» указано следующее: «Присоединиться к Программе можно на сайте СберСпасибо, а также в приложении партнёров после регистрации и/или аутентификации по кнопке «Войти по Сбер ID», «Получать бонусы при оплате покупок любой картой, а также наличными». Таким образом «СберСпасибо» является отдельным продуктом банка, присоединится к которому могут пользователи не имеющие карту ПАО «Сбербанк».

Исходя из текста смс-сообщения Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

В своих пояснениях ПАО «Сбербанк» прикладывает Заявление, при этом из данного заявления не следует, что оно подписано банком и Заявителем.

При этом, тем не менее, оценивая представленную форму Заявления, не следует, что клиенту банка дается выбор на согласие или отказ от получения рекламный рассылок. На основании вышеизложенного установлено, что информация, распространенная посредством отправки смс-сообщения на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку представленная в тексте сообщения информация носит обобщенный характер и способна формировать интерес у широкого круга лица; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Таким образом, при распространении указанной рекламы усматриваются признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно материалам дела указанная реклама распространялась на основании следующих договора об оказании услуг связи Билайн <...> от <...>, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ПАО «Сбербанк России» (далее — Договор) и Дополнительное соглашение №1 от 22.09.2014, а также Дополнительное соглашение №15 от 30.12.2021. Согласно пункту 4.2 дополнительного соглашения <...> от <...> к Договору ПАО «Сбербанк России» обязуется рассылать короткие текстовые

сообщения, содержащие рекламную информацию, только тем пользователям, которые представили ПАО «Сбербанк России» свое согласие на получение рекламы от ПАО «Сбербанк России».

В соответствии с пунктом 4.7 дополнительного соглашения <...> от <...> к Договору ПАО «Сбербанк России» самостоятельно определяет содержание коротких текстовых сообщений и обеспечивает соблюдение требований действующего законодательства Российской Федерации при отправке коротких текстовых сообщений.

ПАО «Сбербанк России» гарантирует, что короткие текстовые сообщения не содержат информации, распространение которой запрещено действующим законодательством Российской Федерации.

В случае нарушения ПАО «Сбербанк России» предусмотренных настоящим пунктом обязательств ПАО «ВымпелКом» вправе с предварительным уведомлением приостановить предоставление услуг ПАО «Сбербанк России» до устранения ПАО «Сбербанк России» упомянутых нарушений.

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. ПАО «ВымпелКом», ПАО «Сбербанк России» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «ВымпелКом», ПАО «Сбербанк» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров). В этой связи действия лиц, участвующих в деле, противоречат ранее приведенным положениям законодательства и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке СМС-сообщений информационного и рекламного характера неопределенному кругу лиц. Обратного ПАО «ВымпелКом», ПАО «Сбербанк России» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества 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 ГК РФ предпринимательская деятельность направленная на систематическое извлечение прибыли осуществляется субъектом на свой риск.

Право общества на осуществление предпринимательской деятельности не должно нарушать права и интересы лица, не изъявившего желание получать рекламные сообщения. В этой связи, заключив вышеупомянутые договоры, ПАО «ВымпелКом», ПАО «Сбербанк» 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-сообщения до его конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ПАО «ВымпелКом», ПАО «Сбербанк» 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, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «ВымпелКом», ПАО «Сбербанк» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «<...> , вы оплатили картой СберБанка первую покупку от 1000 р. в рамках нашей акции. Еще четыре до 31.10.2023 — и вы станете претендентом на 1 000 000 бонусов СберСпасибо и другие призы...», поступившей 11.10.2023 в 16:53 от отправителя «900».

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.

При разрешении вопроса о необходимости выдаче предписания представитель

ПАО «Сбербанк» изменил представленную позицию, ссылаясь на то, что указанное смс-сообщение было направлено ошибочно ввиду того что Заявитель отказался от получения рекламной рассылки, но в связи с технической ошибкой такая пометка не проставлена.

При этом ПАО «Сбербанк» уже выдавалось предписание в рамках дела № 077/05/08-18711/2019.

На основании изложенного Комиссия приходит к выводу о нецелесообразности выдачи предписания лицу, в чьих действиях установлено нарушение положений Закона о рекламе. При этом, в случае выявления новых фактов распространения ПАО «Сбербанк» рекламы с нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе заявитель не лишен возможности подать в антимонопольный орган новое заявление.

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. Признать ПАО «Вымпелком» (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636), ПАО «Сбербанк» (ИНН 7707083893, ОГРН 1027700132195) нарушившими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе) по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «<...>, вы оплатили картой СберБанка первую покупку от 1000 р. в рамках нашей акции. Еще четыре до 31.10.2023 — и вы станете претендентом на 1 000 000 бонусов СберСпасибо и другие призы...», поступившей 11.10.2023 в 16:53 от отправителя «900».

2. 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 комиссии <...> Члены комиссии: <...> <...>