

ПО/715/20 от 13.01.2020

АО «Тинькофф Банк»

1-й Волоколамский проезд, д. 10,
стр. 1, г. Москва, 123060

ООО «ИБВ»

194044, г. Санкт-Петербург,
пер. Крапивный, д. 5, литер А,
часть пом. 1-Н, комн. 397-398

ИП Русакову В.А.

<...>

РЕШЕНИЕ

по делу № 3-18-307/77-18

«29» мая 2019 года
Москва

г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России) в составе:

председателя Комиссии – <...>

членов Комиссии:<...><...>

рассмотрев дело № 3-18-307/77-18 по признакам нарушения ИП Русаковым В.А. <...> части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении на адрес электронной почты <...> рекламы содержания:

«Какую квартиру выбрать», поступившей 19.10.2018 в 12:47 с электронного адреса: inform@emails.tinkoff.ru;

«Сбербанк повысил ставку по ипотеке», поступившей 29.10.2018 в 05:15 с электронного адреса: inform@emails.tinkoff.ru,

в отсутствие представителей: АО «Тинькофф Банк», ООО «ИБВ», ИП Русакова В.А. (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-307/77-18 возбуждено в отношении ИП Русакова В.А. на основании заявления физического лица по факту распространения на адрес электронной почты <...> рекламы содержания:

«Какую квартиру выбрать», поступившей 19.10.2018 в 12:47 с электронного адреса: inform@emails.tinkoff.ru;

«Сбербанк повысил ставку по ипотеке», поступившей 29.10.2018 в 05:15 с электронного адреса: inform@emails.tinkoff.ru.

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.

АО «Тинькофф Банк» (место нахождения: 123060, г. Москва, 1 й Волоколамский пр-д, д. 10, стр. 1) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 28.11.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027739642281, ИНН 7710140679, КПП 773401001.

ООО «ИБВ» (место нахождения: 195279, г. Санкт-Петербург, Индустриальный пр-т, д. 40, стр. 1, пом. 323) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 16.05.2007 за основным государственным

регистрационным номером 1077847401158, ИНН 7806361573, КПП 780601001.

ИП Русаков В.А. <...>

Согласно материалам дела № 3-18-307/77-18, 19.10.2018 в 12:47 и 29.10.2018 в 05:15 на адрес электронной почты <...> поступила спорная реклама.

Поступление указанной рекламы на электронную почту <...> подтверждается представленными в Московское УФАС России скриншотами сообщения, содержащего текст рассматриваемого сообщения, а также сведения о дате и времени поступления рекламы, ее отправителе и получателе.

Принимая во внимание тот факт, что заявитель представил в адрес Московского УФАС России изображения рекламы, содержащие полный текст электронного письма, а также сведения о дате и времени поступления рекламы, ее отправителе, получателе, специалисты отдела приходят в выводу о принадлежности электронной почты <...> заявителю.

Заявитель прямо указал на то, что не давал согласие на получение рекламной рассылки. Более того, заявитель 09.10.2018 направил в адрес АО «Тинькофф Банк» отзыв согласия на обработку персональных данных и требование о прекращении распространения рекламы. Указанное письмо АО «Тинькофф Банк» было получено 10.10.2018, в соответствии с представленными заявителем документами, в том числе выпиской из Почты России. Однако 19.10.2018 в 12:47 и 29.10.2018 в 05:15 <...> вновь поступили рекламные e-mail-сообщения.

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 излучения, 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 распространенных e-mail-сообщений.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации. При этом исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации, указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

Данная информация направлена на привлечение внимания к услугам АО «Тинькофф Банк», имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

В материалы дела не представлено доказательств направления спорных e-mail-сообщений исключительно по адресу одного заявителя.

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

Таким образом, оценивая в совокупности имеющийся в материалах дела объем информации, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что рассматриваемые e-mail-сообщения, в частности об

услугах АО «Тинькофф Банк» имеют регулярный характер, направляются не одному адресату, а неопределенному кругу лиц, содержат в себе сведения, направленные на побуждение адресата пользоваться услугами продавца товаров.

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

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.

В данном случае объектом рекламирования являлись услуги АО «Тинькофф Банк».

Рекламораспространитель, осуществляя e-mail-сообщения определенному абоненту, имел цель довести до него информацию исключительно рекламного характера, а не какую-либо иную (справочную, личную и т. д.).

Таким образом, информация, распространенная на адрес электронной почты <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством e-mail-сообщений; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку не представляется возможным установить, для кого именно созданы данные сообщения и на восприятие кого они направлены; 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 адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты 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.

В настоящем случае отсутствует выражение согласия адресата именно на получение рекламы, в том числе, от конкретного рекламораспространителя.

Согласно письменным пояснениям ИП Русакова В.А., 19.10.2018 в 12:47 и 29.10.2018 в 05:15 направлялись рекламные сообщения с электронного адреса inform@emails.tinkoff.ru на электронный адрес заявителя с целью привлечения анкет потенциальных клиентов в банк АО «Тинькофф Банк».

В силу специфики способа распространения рекламы по сетям электросвязи следует исходить из возможности направления однообразных предложений с несколько отличающимися условиями разным адресатам.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие адресата на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту адресатов от получения нежелательной рекламы.

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что реклама, поступившая на адрес электронной почты <...> была направлена в отсутствие надлежащего согласия адресата на ее получение.

Размещение указанной рекламы осуществлялось на основании следующих договоров: договор № 05-ИБВ-17 от 01.09.2017, заключенный между АО «Тинькофф Банк» и ООО «ИБВ» (далее — Договор 1); договор № 04/2-ИБВ-17 от 01.11.2017, заключенный между ООО «ИБВ» и ИП Русаковым В.А. (далее — Договор 2).

Согласно пункту 2.1 Договора 1 ООО «ИБВ» обязуется оказывать услуги, направленные на привлечение потенциальных клиентов на приобретение продукта АО «Тинькофф Банк», а АО «Тинькофф Банк» обязуется принимать и оплачивать указанные услуги в соответствии с Договором 1.

В соответствии с пунктом 3.2.1 Договора 1, ООО «ИБВ» обязуется оказывать услуги, в соответствии с условиями настоящего договора и требованиями действующего законодательства.

Согласно пункту 3.2.5 Договора 1, ООО «ИБВ» гарантирует, что рассылка сообщений не является СПАМом.

Между тем, согласно терминологии Договора 1, СПАМ — это рассылка сообщений (включая СМС-сообщения, MMS-сообщения, e-mail-сообщения) рекламного характера, осуществленная на мобильные телефоны, электронные адреса потенциальных клиентов без предварительного согласия потенциальных клиентов, и не позволяющая определить отправителя этого сообщения, в том числе ввиду указания в нем несуществующего или фальсифицированного адреса отправителя. Потенциальный клиент — физическое лицо, имеющее потребность в использовании продуктов АО «Тинькофф Банк».

Согласно разделу 1 Договора 2, ИП Русаков В.А. обязуется оказывать услуги ООО «ИБВ», направленные на привлечение потенциальных клиентов, формирование базы потенциальных клиентов, анкетирование и получение согласия от потенциальных клиентов на получение ими предложений рекламного характера по средствам коротких смс-сообщений, голосовых телефонных вызовов и e mail сообщений от кредитных организаций, страховых компаний, микрофинансовых организаций, форекс-клубов, туристических компаний, автосектора, недвижимости и других компаний, являющимися клиентами ООО «ИБВ», а ООО «ИБВ» обязуется оплачивать указанные услуги в соответствии с Договором 2.

В соответствии с пунктом 2.1.1 Договора 2, ИП Русаков В.А. обязуется

доводить до сведения потенциальных клиентов всю информацию о продуктах клиентов ООО «ИБВ», и в случае явно выраженного согласия потенциального клиента на заполнение анкеты — заполнять от имени клиента анкету.

Кроме того, согласно пункту 5.3 Договора 2 стороны гарантируют и подтверждают, что оказывают услуги по Договору 2 в соответствии с действующим законодательством о защите персональных данных и о рекламе.

При этом в соответствии с разделом «Термины и определения» Договора 2, под потенциальным клиентом понимаются физические лица, граждане Российской Федерации, имеющие прямую или косвенную потребность в использовании продуктов клиента ООО «ИБВ».

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

В этой связи действия ИП Русакова В.А. противоречат ранее приведенным положениям договоров.

Обратного ИП Русаковым В.А. не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на ИП Русакова В.А. не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламодателям.

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.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение 19.10.2018 в 12:47 и 29.10.2018 в 05:15 на адрес электронной почты <...> рекламы работ, услуг 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, 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.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что непосредственное доведение рассматриваемой рекламы до потребителя осуществлял ИП Русаков В.А. в силу прямого доступа к электронному адресу, с которого направлены электронные письма.

Таким образом, ИП Русаков В.А. в рамках рассмотрения данного дела, признается рекламодателем, а равно несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

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, ИП Русаковым В.А. не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ИП Русакова В.А. установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 19.10.2018 в 12:47 и 29.10.2018 в 05:15 на адрес электронной почты <...> с электронного адреса inform@emails.tinkoff.ru рекламы без предварительного согласия адресата на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения рассматриваемой рекламы, указанным способом ИП Русаковым В.А. 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 ИП Русакову В.А. предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно распространения рекламы нарушающим положения Закона о рекламе способом, а также организации и инициации такого распространения.

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 ИП Русакова В.А. <...>нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением на адрес электронной почты <...> рекламы содержания:

«Какую квартиру выбрать», поступившей 19.10.2018 в 12:47 с электронного адреса: inform@emails.tinkoff.ru;

«Сбербанк повысил ставку по ипотеке», поступившей 29.10.2018 в 05:15 с

электронного адреса: inform@emails.tinkoff.ru, выразившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи, в отсутствие согласия абонента на получение рекламы.

2. Выдать ИП Русакову В.А. <...>предписание о прекращении, недопущении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3 . Выдать АО «Тинькофф Банк» (ОГРН 1027739642281, ИНН 7710140679), ООО «ИБВ» (ОГРН 1077847401158, ИНН 7806361573) предписания о принятии мер по предотвращению использования ИП Русаковым В.А. электронного адреса inform@emails.tinkoff.ru в целях распространения рекламы на адрес электронной почты <...>.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

<...>