

ПАО «ВымпелКом»

8-го Марта ул., д. 10, стр. 14,

г. Москва, 127083

АО «Загрузка»

Ленинская Слобода, д. 19, комн. 21Ф,

г. Москва, 115280

АО «НПФ Открытие»

129110, г. Москва, ул. Гиляровского,

д. 39, стр. 3

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-6992/2020

«15» июля 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 № 077/05/18-6992/2020, возбужденное в отношении ПАО «ВымпелКом» (место нахождения: 8-го Марта ул., д. 10, стр. 14, г. Москва, 127083; ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301), АО «Загрузка» (место нахождения: Ленинская Слобода, д. 19, комн. 21Ф, г. Москва, 115280; ОГРН 1057746396113; ИНН 7703544582), АО «НПФ Открытие» (место нахождения: 129110, г. Москва, ул. Гиляровского, д. 39, стр. 3; ОГРН 1147799009104; ИНН 7704300571) по факту распространения посредством СМС-сообщения на телефонный номер <...> -925-047-90-80 рекламы: «Антон Сергеевич, свежие новости от Вашего НПФ «Открытие»: итоги 9 месяцев 2019 года, новые онлайн-сервисы, как начать копить на достойную пенсию open-npf.ru/news/?id=rEOL», поступившей 26.11.2019 в 15:31 от отправителя «OPEN_NPF», выразившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи, в отсутствие согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии представителя АО «НПФ Открытие» в лице <...>,

в отсутствие ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка» (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-6992/2020 возбуждено в отношении ПАО «ВымпелКом», ООО «ИнфоБип», АО «НПФ Открытие» на основании заявления физического лица по факту распространения посредством СМС-сообщения на телефонный номер <...> -925-047-90-80 рекламы: «Антон Сергеевич, свежие новости от Вашего НПФ «Открытие»: итоги 9 месяцев 2019 года, новые онлайн-сервисы, как начать копить на достойную пенсию open-npf.ru/news/?id=rEOL», поступившей 26.11.2019 в 15:31 от отправителя «OPEN_NPF».

От ПАО «Вымпелком» поступило ходатайство от 26.06.2020 (вх. № 45050-ЭП/20 от 29.06.2020) о рассмотрении дела в отсутствие представителей Общества.

В своих письменных пояснениях ПАО «Вымпелком» также обращает внимание на то, что Письмом ФАС России от 03.04.2020 № ИА/27895/20 «О дистанционном рассмотрении жалоб, проведении внеплановых проверок, рассмотрении обращений о включении сведений в отношении участников закупок, поставщиков (подрядчиков, исполнителей) в реестр недобросовестных поставщиков» установлен перечень контрольных мероприятий в отношении субъектов контроля, осуществляемых в дистанционном режиме. При этом, как верно указано ПАО «Вымпелком», в указанный перечень не были включены мероприятия, направленные на реализацию прав при рассмотрении антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, поскольку данное письмо касается иных процедур, в частности проводимых в рамках Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Кроме того, данное письмо направлено на обеспечение непрерывного функционирования антимонопольного органа в период нерабочих дней, установленных Указами Президента Российской Федерации от 25.03.2020 № 206 «Об объявлении в Российской Федерации нерабочих дней», от 02.04.2020 № 239 «О мерах по обеспечению санитарно-эпидемиологического благополучия населения на территории Российской Федерации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19)».

Целесообразно отметить, что вышеуказанные меры также распространяются на период, установленный Указом Президента Российской Федерации от 28.04.2020 № 294 «О продлении действия мер по обеспечению санитарно-эпидемиологического благополучия населения на территории Российской Федерации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19)».

При этом, данное письмо ФАС России относится к организациям, на которые не распространяется действие Указов, а равно которые не приостанавливали свою деятельность в период объявленных нерабочими дней.

Однако с 12.05.2020 период нерабочих дней отменен на территории Российской Федерации, а с 09.06.2020 на территории города Москвы Указом Мэра от 08.06.2020 № 68-УП «Об этапах снятия ограничений, установленных в связи с введением режима повышенной готовности» отменены ограничения. В частности в соответствии с пунктом 5 данного указа в случае, если настоящим указом не предусмотрено установление уполномоченным органом исполнительной власти города Москвы на основании предписания Управления Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека по городу Москве специальных требований, доступ посетителей и (или) работников в здания, строения, сооружения (помещения в них), на территории организаций и индивидуальных предпринимателей возобновляется с соблюдением требований, установленных Управлением Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека по городу Москве, указом Мэра Москвы № 12-УМ.

Таким образом, организации, для которых не установлен особый режим функционирования и возобновления работы, например кафе, рестораны, фитнес-клубы, бассейны и т. п., с 09.06.2020 имеют возможность возобновить свою работу в полном объеме с соблюдением мер предосторожности и профилактики распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-19).

Кроме того, ПАО «Вымпелком» является оператором связи, который в силу законодательства Российской Федерации и выданных лицензий обязан непрерывно оказывать услуги связи. Общество относится к категории непрерывно действующих организаций (Письмо Минтруда от 27.03.2020 № 14-4/10/П-274П «О дополнении Рекомендаций работникам и работодателям в связи с Указом Президента

РФ от 25.03.2020 № 206», Указ Мэра Москвы от 29.03.2020 № 34-УМ).

Комиссия Московского УФАС России была назначена на 17.06.2020, то есть после снятия ограничительных мер на территории города Москвы и возобновления деятельности большинства организаций, за исключением тех, для которых установлен особый режим выхода из таких ограничений.

В соответствии с поручением руководителя Федеральной антимонопольной службы от 12.05.2020 № 01-016-ИА/ПР (далее - Поручение) структурным подразделениям и территориальным органам ФАС России необходимо возобновить в полном объеме рассмотрение дел о нарушениях антимонопольного законодательства, дел о нарушениях законодательства о рекламе, дел об административных правонарушениях, ходатайств в рамках экономической концентрации. При этом согласно Поручению, рассмотрение вышеуказанных дел осуществлять преимущественно с использованием видеоконференцсвязи.

Комиссия приходит к выводу о том, что рассмотрение настоящего дела с использованием видеоконференцсвязи не нарушает процессуальные права лиц, участвующих в деле. В частности стороны по делу не лишены возможности представлять документы и сведения, которые, по их мнению, имеют значение для принятия окончательного решения; давать устные и письменные пояснения, заявлять ходатайства, задавать вопросы, пользоваться иными процессуальными правами. Также лица, участвующие в деле, не были лишены возможности знакомиться с материалами дела.

От лиц, участвующих в деле, также не поступали мотивированные ходатайства или заявления о проведении очного рассмотрения настоящего дела.

Таким образом, процедура рассмотрения настоящего дела посредством видеоконференцсвязи в настоящий момент в полной мере отвечает как интересам сторон по делу, так и публичным интересам по возможному принятию мер для предотвращения распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-19).

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 «Вымпелком» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 28.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700166636, ИНН 7713076301, КПП 771301001.

АО «Загрузка» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 10.03.2005 за основным государственным регистрационным номером 1057746396113, ИНН 7703544582, КПП 772501001.

АО «НПФ «Открытие» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 09.06.2014 за основным государственным регистрационным номером 1147799009104, ИНН 7704300571, КПП 770201001.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> -925-047-90-80 подтверждается скриншотом экрана мобильного телефона, а также детализированной выпиской, представленной заявителем и ПАО «Вымпелком».

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» (далее — Закон 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 рекламы по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный телефонный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного СМС-сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

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

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

В материалы дела не представлено доказательств направления спорного СМС-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

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.

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

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.

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

Установлено, что информация, распространенная посредством отправки СМС-сообщения на номер телефона +7-925-047-90-80, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством СМС-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационных сообщений не представляется возможным установить, для кого именно созданы данные сообщения

и на восприятие кого они направлены; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Между тем АО «НПФ «Открытие» представлены письменные пояснения, согласно которым, по мнению общества, спорная информация рекламой не является ввиду того, что в соответствии с подпунктом 16 пункта 4 Договора об обязательном пенсионном страховании АО «НПФ «Открытие» обязан бесплатно консультировать застрахованное лицо по вопросам деятельности фонда в области обязательного пенсионного страхования.

Комиссией Московского УФАС России был произведен анализ содержания СМС-сообщения, из которого следует, что в спорном сообщении клиенту предлагают перейти по ссылке, указанной в тексте письма, и ознакомиться с информацией относительно негосударственной пенсии, в том числе ее расчет и предварительная онлайн-подача заявления.

Следовательно данное сообщение не носит информационный характер ввиду того, что оно направлено на привлечение внимания потребителя к определенным услугам и лицу, предоставляемому данные услуги. В свою очередь каких-либо сведений об уже оказываемых заявителю услугах в тексте сообщения указано не было.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС России приходит к однозначному выводу, что, не смотря на доводы АО «НПФ «Открытие», спорная информация является рекламой в понимании статьи 3 Закона о рекламе и полностью должно отвечать требованиям Закона о рекламе.

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.

В целях защиты прав и законных интересов абонента, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Следует отметить, что предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера +7-925-047-90-80, согласие на получение рекламы от «OPEN_NPF» он не давал.

В соответствии с письменными пояснениями АО «НПФ «Открытие», рассматриваемая реклама распространялась абоненту телефонного номера +7-925-047-90-80 в связи с заключением договора об обязательном пенсионном страховании от 06.09.2013 № 1340252/14340422617. По мнению АО «НПФ «Открытие», абонент с телефонным номером +7-925-047-90-80 предоставил свое согласие на получение бесплатной консультации по вопросам деятельности фонда. АО «НПФ «Открытие» представлена в материалы дела копия Договора, в которой, по мнению Общества, заявитель предоставил свое согласие на обработку персональных данных и информирование, а также путем подключения услуги «Личный кабинет» от 06.09.2013, что подтверждается скриншотом из личного кабинета заявителя.

При этом, исходя из содержания заявления на подключения услуги «Личный кабинет», клиент, подписывая его дает свое согласие не только на обработку персональных данных, но и «для целей проведения маркетинговых и иных подобных исследований, направленных на улучшение качества обслуживания клиентов фонда, для направления по сетям электросвязи или обзвона с целью информирования об услугах и продуктах фонда, а равно ведением фондом пенсионных счетов».

Однако при указании персональных данных, не согласившись на распространение рекламы у потребителей отсутствует возможность воспользоваться услугами фонда. Лишь согласившись подписав заявление, в которое входит согласие на получение сообщений рекламного характера, у потребителя возникает возможность воспользоваться той или иной услугой, предоставляемой фондом.

Такие действия фонда обусловлены лишь желанием получить необоснованные преимущества при осуществлении предпринимательской деятельности, в том числе путем направления рекламных писем всем пользователям, которые оставляют заявки на сайте, а также в дальнейшем побуждением пользователей к совершению дополнительных действий, направленных на отказ от распространения рекламы в их адрес.

В целях защиты прав и законных интересов абонента, при получении согласия на распространение рекламы абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Следует отметить, что предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

Согласие должно носить явно выраженный характер и не может быть выполнено в форме согласия на получение какой-либо информации.

Таким образом, сам по себе факт подписания заявки на использование определенных услуг не является свидетельством надлежащего согласия гражданина на получение рекламных сообщений.

Исходя из вышеизложенного, при оформлении заявки, подтверждая свое согласие с условиями фонда, пользователь фактически лишен возможности отказаться от распространения в его адрес рекламы.

В данном случае у лица, которое принимает условия фонда, возникает необходимость для отказа от получения рекламных сообщений совершить ряд дополнительных действий. В то время, когда для их получения достаточно лишь подписать заявление. Подобное положение прямо противоречит самой цели правила предварительного получения согласия абонента, и нарушает его право на возможность не соглашаться на распространение на его телефон (электронную почту и т. п.) рекламы.

Исходя из вышеизложенного, принимая положения Политики, клиент фактически лишен возможности отказаться от распространения в его адрес рекламы.

Таким образом, по мнению Комиссии Московского УФАС России, включение таких условий о даче согласия на получение рекламы при оформлении заявки, противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

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

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что реклама, поступившая на номер телефона +7-925-047-90-80 26.11.2019 в 15:31 от отправителя «OPEN_NPF», была направлена в отсутствие надлежащего согласия абонента на ее получение.

Исходя из материалов дела № 077/05/18-6992/2020, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров:

- договор № 496629095 от 30.12.2013, заключенный между ПАО «Вымпелком» и АО «Загрузка», (далее — Договор 1);
- договор № НПФО-10/19 от 01.10.2019, заключенный между АО «Загрузка» и АО «НПФ «Открытие» (далее — Договор 2).

Согласно пункту 1.1 Дополнительного соглашения к Договору 1, в рамках услуги «Партнерские SMS-сервисы» ПАО «Вымпелком» предоставляет АО «Загрузка» услуги доступа к программно-аппаратному комплексу ПАО «Вымпелком» для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц партнерами АО «Загрузка» и/или АО «Загрузка». При этом под рассылкой подразумевается отправление сообщений на программно-аппаратный комплекс ПАО «Вымпелком» для дальнейшей отправки ПАО «Вымпелком» данного сообщения на мобильный терминал пользователя.

В соответствии с пунктом 4.2 Дополнительного соглашения к Договору 1, АО «Загрузка» осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех пользователей, которые предоставили АО «Загрузка» и/или партнерам свое предварительное согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений, а также обязуется сообщать ПАО «Вымпелком» актуальные даты получения согласий АО «Загрузка» и/или партнерами до даты осуществления рассылок на номера соответствующих пользователей.

Согласно пункту 4.9 Дополнительного соглашения к Договору 1 в случае нарушения АО «Загрузка», в том числе, вышеуказанного пункта ПАО «Вымпелком» вправе с предварительным уведомлением приостановить оказание услуг по до устранения АО «Загрузка» соответствующих нарушений, в частности до представления подтверждения согласия пользователей или расторгнуть Дополнительное соглашение к Договору 1 в одностороннем порядке.

В соответствии с пунктом 2.1.1 Договора 2 АО «НПФ «Открытие» поручает, а АО «Загрузка» берет на себя обязательства по оказанию услуги по предоставлению АО «НПФ «Открытие» доступа к коммуникационной платформе исполнителя (КПИ) через личный кабинет для технологического осуществления передачи телематических электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы АО «НПФ «Открытие» либо клиента АО «НПФ «Открытие» (информация о самом АО «НПФ «Открытие»/клиенте АО «НПФ «Открытие» или о предоставляемых АО «НПФ «Открытие»/клиентом АО «НПФ «Открытие» услугах), формируемых и отправляемых АО «НПФ «Открытие», для дальнейшей отправки СМС-сообщений АО «НПФ «Открытие» абонентам.

При этом согласно Разделу 1 Договора 2 под абонентами понимаются лица, получающие информацию с помощью СМС-сообщений, с использованием СМСЦ оператора и являющиеся также пользователями услуг сотовой связи стандарта GSM, предоставившие АО «НПФ «Открытие» согласие на получение от него рекламных и/или информационных материалов в СМС-сообщениях. Коммуникационной платформой исполнителя (КПИ) признается аппаратно-программный комплекс, принадлежащий АО «Загрузка», способный осуществлять передачу телематических электронных сообщений от АО «НПФ «Открытие» до СМСЦ либо иного оборудования Оператора/партнера оператора в реальном масштабе времени для дальнейшей конвертации оператором телематических электронных сообщений в СМС-сообщения и отправки СМС-сообщений на мобильные телефоны абонентов. Оператором является оператор мобильной сотовой связи, имеющий лицензию на осуществление соответствующей деятельности. Под СПАМом понимается рассылка СМС-сообщений рекламного или иного характера, которая инициирована АО «НПФ «Открытие» без согласия абонентов и/или вводящая абонентов в заблуждение относительно характера таких СМС-сообщений или их отправителя.

В соответствии с пунктом 3.1.3 Договора 2 АО «НПФ «Открытие» обязуется обеспечить соблюдение требований действующего законодательства Российской Федерации при формировании СМС-сообщений и гарантировать, что СМС-сообщения не содержат информации, распространение которой запрещено действующим законодательством Российской Федерации, не содержит нецензурных слов и выражений на любом языке, объект рекламирования соответствует политике и требованиям операторов, а также что СМС-сообщения не нанесут ущерб деловой репутации операторов, не содержат политическую агитацию.

Согласно пункту 3.1.4 Договора 2 АО «НПФ «Открытие» обязуется не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ. В частности, сообщения, согласие абонента на получение которых отсутствует, объявляются СПАМом.

В соответствии с пунктом 3.4.4 Договора 2 АО «Загрузка» вправе не принимать сообщения к отправке, а также незамедлительно приостановить или прекратить оказание услуг в случае признаков нарушения АО «НПФ «Открытие» в том числе вышеуказанных требований и/или действующего законодательства Российской Федерации, в том числе поступлении запросов от партнеров АО «Загрузка», в том числе операторов и/или контролирующих органов. Возобновление оказания АО «Загрузка» услуг производится только после устранения АО «НПФ «Открытие» допущенных нарушений. Такая приостановка/прекращение оказания услуг не является нарушением АО «Загрузка» своих обязательств по Договору 2.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение СМС-сообщения осуществляется путем их передачи последовательно от АО «НПФ «Открытие» к АО «Загрузка», от АО «Загрузка» к ПАО «Вымпелком» в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

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 «Вымпелком», АО «Загрузка», АО «НПФ «Открытие» 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 «Вымпелком», АО «Загрузка», АО «НПФ «Открытие» 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 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 договора ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», АО «НПФ «Открытие» 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 «Вымпелком», АО «Загрузка», АО «НПФ «Открытие» рекламодателями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

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

Таким образом, распространение рекламы на телефонный номер +7-925-047-90-80 26.11.2019 в 15:31 от отправителя «OPEN_NPF», с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

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

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.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер +7-925-047-90-80 осуществлено в силу имеющихся между ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», АО «НПФ «Открытие» 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 «Вымпелком», АО «Загрузка», АО «НПФ «Открытие» являются рекламодателями рекламы от отправителя «OPEN_NPF» следующего содержания: «Антон Сергеевич, свежие новости от Вашего НПФ «Открытие»: итоги 9 месяцев 2019 года, новые онлайн-сервисы, как начать копить на доступную пенсию open-npf.ru/news/?id=rEOL», поступившей 26.11.2019 в 15:31.

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», АО «Загрузка», АО «НПФ «Открытие» 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. 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 договор, 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 «Вымпелком», АО «Загрузка», АО «НПФ «Открытие» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы от отправителя «OPEN_NPF»: «Антон Сергеевич, свежие новости от Вашего НПФ «Открытие»: итоги 9 месяцев 2019 года, новые онлайн-сервисы, как начать коптить на достойную пенсию open-npf.ru/news/?id=rEOL», поступившей 26.11.2019 в 15:31.

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 ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», АО «НПФ «Открытие» предписаний о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «ВымпелКом» (место нахождения: 8-го Марта ул., д. 10, стр. 14, г. Москва, 127083; ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301), АО «Загрузка» (место нахождения: Ленинская Слобода, д. 19, комн. 21Ф, г. Москва, 115280; ОГРН 1057746396113; ИНН 7703544582), АО «НПФ Открытие» (место нахождения: 129110, г. Москва, ул. Гиляровского, д. 39, стр. 3; ОГРН 1147799009104; ИНН 7704300571) нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе по факту распространения посредством СМС-сообщения на телефонный номер <...> -925-047-90-80 рекламы: «Антон Сергеевич, свежие новости от Вашего НПФ «Открытие»: итоги 9 месяцев 2019 года, новые онлайн-сервисы, как начать коптить на достойную пенсию open-npf.ru/news/?id=rEOL», поступившей 26.11.2019 в 15:31 от отправителя «OPEN_NPF».

2. Выдать ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», АО «НПФ «Открытие» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

Исполнитель: <...>