

ПАО «Вымпелком»

8-го Марта ул., д. 10, стр. 14,
г. Москва, 127083

ООО «ОСК»

119270, г. Москва, наб. Лужнецкая, д. 10А, стр. 3, эт. 3, пом. 1, ком. 14

АО «Тинькофф Банк»

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

ООО «Онтопадверт»

115035, г. Москва, ул. Рождественская, д. 5/7, стр. 2, пом. 5, ком. 7

115035, г. Москва, Аврора Бизнес парк, Садовническая ул., д. 82, стр. 2,
под. 6, 2-ой эт., БЦ «Регус»

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-5741/2020

«12» августа 2020

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 № 077/05/18-5741/2020, возбужденное в отношении ПАО «ВымпелКом» (место нахождения: 8-го Марта ул., д. 10, стр. 14, г. Москва, 127083; ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301), ООО «ОСК» (место нахождения: 119270, г. Москва, наб. Лужнецкая, д. 10А, стр. 3, эт. 3, пом. 1, ком. 14; ОГРН 1057746705631; ИНН 7705658056), АО «Тинькофф банк» (место нахождения: 123060, г. Москва, п-д Волоколамский 1-й, д. 10, стр. 1; ОГРН 1027739642281; ИНН 7710140679) части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении на телефонный номер <...> -903-943-78-11 рекламы посредством СМС сообщения: «Продолжите заполнять заявку на карту Тинькофф Платинум: <https://tinkoff.ru/sl/18nB4S3wpcB>», поступившего 27.11.2019 в 10:59 от отправителя «Tinkoff»,

в присутствии представителей ООО «Онтопадверт» в лице <...>; АО «Тинькофф Банк» в лице <...>,

в отсутствие представителей ООО «ОСК», ПАО «ВымпелКом» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-5741/2020 возбуждено в отношении ПАО «ВымпелКом» (место нахождения: 8-го Марта ул., д. 10, стр. 14, г. Москва, 127083; ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301), ООО «ОСК» (место нахождения: 119270, г. Москва, наб. Лужнецкая, д. 10А, стр. 3, эт. 3, пом. 1, ком. 14; ОГРН 1057746705631; ИНН 7705658056), АО «Тинькофф банк» (место нахождения: 123060, г. Москва, п-д Волоколамский 1-й, д. 10, стр. 1; ОГРН 1027739642281; ИНН 7710140679) на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер +7-903-943-78-11 рекламы посредством СМС сообщения: «Продолжите заполнять заявку на карту Тинькофф Платинум: <https://tinkoff.ru/sl/18nB4S3wpcB>», поступившего 27.11.2019 в 10:59 от отправителя «Tinkoff».

От ПАО «Вымпелком» поступило ходатайство от 15.07.2020 (вх. № 49920-ЭП/20 от 15.07.2020) 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 ознакомиться 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.

ООО «ОСК» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 18.04.2005 за основным государственным регистрационным номером 1057746705631, ИНН 7705658056, КПП 770501001.

АО «Тинькофф банк» 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 775001001.

Поступление указанной рекламы на номер телефона +7-903-943-78-11 подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемый сообщений, а также оператором связи 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», 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 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 тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалах дела не представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес 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 сообщений, в котором содержится информация об услугах, предоставляемых «Тинькофф Банк», Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона +7-903-943-78-11, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством СМС-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Между тем АО «Тинькофф Банк» представлены письменные пояснения, согласно которым, по мнению общества, спорная информация рекламой не является ввиду того, что полученное абонентом СМС-сообщение с текстом «Продолжите заполнять заявку на карту Тинькофф Платинум: <https://www.tinkoff.ru/sl/18nB4S3wpcB>» содержало гиперссылку, сформированную Банком персонально

для абонента, по клику на которую абонент имел возможность дозаполнить ранее не до конца заполненную заявку (то есть часть информации, предоставленной абонентом партнеру Банка при подаче первичной заявки, отображается для абонента в заявке). СМС-сообщение представляло интерес для одного конкретно-определенного идентифицированного лица – абонента, и носило информационный характер. СМС-сообщение было направлено в связи с волеизъявлением абонента получить продукт Банка – кредитную карту Тинькофф Платинум (в ответ на заявку, оформленную абонентом) и сообщало о возможности Абонента завершить самостоятельно начатое ранее оформление заявки.

Банк получил заявку от абонента на получение продукта АО «Тинькофф Банк», а именно кредита от АО «Тинькофф Банк», в которой указывается сумма желаемого кредита, через сайт kb-dubin.ru.

ИП Дубин Д.С. является владельцем сайта kb-dubin.ru, который заключил с ООО «Онтопадверт» договор об оказании информационных услуг № 01052019-050 от 01.05.2019. Согласно договору ИП Дубин Д.С. обязуется оказать ООО «Онтопадверт» информационные услуги в сети Интернет, а именно размещать анкеты, вопросники, формы заявок и иные подобные визуализированные и формализованные предложения пользователю предоставить определенные сведения в целях приобретения услуг и/или товаров.

В свою очередь у ООО «Онтопадверт» заключен договор с Банком № 01012016-018 от 11.01.2016). В соответствии с вышеуказанным договором ООО «Онтопадверт» привлекает на обслуживание в Банк потенциальных клиентов путем передачи Банку анкет (заявок) от абонентов. Привлечение потенциальных клиентов осуществляется ООО «Онтопадверт» путем размещения рекламных материалов ООО «Онтопадверт» о АО «Тинькофф Банк» на согласованных АО «Тинькофф Банк» страницах в сети Интернет.

Комиссией Московского УФАС России был произведен анализ содержания СМС-сообщения и представленных договоров, из которого следует, что в спорном сообщении клиенту предлагают перейти по ссылке, указанной в тексте письма, для дозаполнения заявки на получение кредита от Банка, а равно привлечение его внимания к банковским услугам посредством использования поданных анкет через вышеупомянутый сайт, что подтверждается цепочкой заключенных договоров.

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.

Более того, из представленных лицами, участвующих в деле, доказательств не представляется возможным идентифицировать лицо, заполнившее заявку на сайте kb-dubin.ru. При этом направление подобной информации на телефонный номер руководствуется только его указанием на сайте, в отсутствие сведений о владельце такого телефонного номера и лица, заполнявшего заявку, свидетельствует о не проявлении распространителем должностной осмотрительности.

При этом поступление подобной информации лицу, которое заявку не заполняло и не изъявляло желание на получение услуг банка, свидетельствует именно о намерении привлечь внимание неопределенного круга лиц к услугам банка.

Таким образом, представленные в материалы дела доказательства и свидетельства не только не подтверждают наличие согласия владельца телефонного номера на получение спорного СМС-сообщения, но и не исключают его рекламный характер.

Иной подход к сложившейся ситуации мог привести к тому, что любое лицо, обладающее информацией о телефонном номере гражданина, может указать его на любом ресурсе и гражданин (владелец телефонного номера) не может быть огражден от получения нежелательной информации по сетям электросвязи на свой телефонный номер <...> что прямо противоречит положению части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС России приходит к однозначному выводу, что, не смотря на доводы АО «Тинькофф Банк», 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 ВАС 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 рекламодателю 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 рекламодателей, 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 +7-903-943-78-11, согласие на получение рекламы от «Tinkoff» он не давал.

ООО «Онтопадверт» ссылается на то, что согласие было получено от заявителя 11.09.2019 при заполнении заявки на сайте kb-dubin.ru, неотъемлемой частью которого является обязательное заполнение формы (анкеты).

На данном сайте пользователю предлагается оформить заявку и иные подобные предложения на приобретение тех или иных услуг/товаров.

При вводе/заполнении данных в форме запросов, размещенных на сайте, после проставления «галочки» в графе согласие, что обусловлено необходимостью обработки персональных данных потенциального клиента, при этом, основной целью обработки персональных данных является передача анкеты принятия решения кредитной организацией/микрофинансовой организацией о предоставлении кредита/займа заявителю (электронные взаимоотношения между заявителем и финансовой организацией).

Между тем Комиссией была изучена Политика конфиденциальности, размещенная на сайте kb-dubin.ru, при соглашении с которой, по мнению ООО «Онтопадверт», клиент выражает свое согласие.

Согласно данной Политике, она предоставляет право компании на сбор, запись, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение, использование, передачу (распространение, предоставление, доступ), обезличивание, блокирование, удаление, уничтожение персональных данных, в том числе их передачу третьим лицам. При этом согласия на получение каких-либо рекламных сведений клиент не дает.

Таким образом, по мнению Комиссии Московского УФАС России, такое согласие на предоставление своих персональных данных третьим лицам, не может считаться надлежащим согласием на получение рекламной информации.

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что реклама, поступившая на номер телефона +7-903-943-78-11 27.11.2019 в 10:59 от отправителя «Tinkoff», была направлена в отсутствие надлежащего согласия абонента на ее получение.

Исходя из материалов дела № 077/05/18-5741/2020, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров:

- договор № 544959199 от 01.01.2015, заключенный между ПАО «ВымпелКом» и ООО «ОСК» (далее — Договор 1);
- договор № 29/06-09 от 29.06.2009, заключенный между ООО «ОСК» и АО «Тинькофф Банк» (далее — Договор 2);

В соответствии с пунктом 1.1 Договора, ПАО «ВымпелКом» оказывает услуги связи Билайн, а ООО «ОСК» оплачивает на условиях Договора оказанные услуги связи.

Согласно пункту 3.2 Договора 1, ООО «ВымпелКом» вправе приостановить оказания услуг ООО «ОСК», в порядке, определенном правилами в случае нарушения ООО «ОСК» действующего законодательства и условий Договора.

Согласно пункту 4.2 Дополнительного Соглашения № 5 от 30.11.2018 к Договору 1 (далее— Соглашение), ООО «ОСК» осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех Пользователей, которые предоставили ООО «ОСК» и/или Партнерам свое предварительное согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений. Также ООО «ОСК» по требованию ПАО «ВымпелКом» в течение срока указанного в требовании, но не более 10 (десяти) рабочих дней с даты получения соответствующего запроса предоставляет ПАО «ВымпелКом» данные и документы, подтверждающие наличие предварительного согласия пользователей, а также информацию о партнерах, являющихся инициаторами рассылки коротких текстовых сообщений, включая копию договора с партнером. При этом ООО «ОСК» обязуется обеспечить наличие согласия партнера на предоставление данной информации ООО «ОСК» и третьим лицам. Согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления пользователей на получение коротких текстовых сообщений от ООО «ОСК» и/или партнеров.

Согласно пункту 4.7 Соглашения, ООО «ОСК» обеспечивает соблюдение требований действующего законодательства Российской Федерации при формировании текстов коротких текстовых сообщений и гарантирует, что короткие текстовые сообщения не содержат информации, распространение которой запрещено действующим законодательством Российской Федерации, в том числе недобросовестной, недостоверной рекламы/информации, вводящей в заблуждение, побуждающей к совершению противоправных действий и/или призывающей к насилию и жестокости, представляющей собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте, являющейся политической рекламой. При этом в текстах коротких текстовых сообщений не могут быть использованы нецензурные слова и выражения (на любом языке), либо слова им созвучные (орфоэпические), либо иные слова оскорбительного содержания (включая, но, не ограничиваясь, слова, оскорбляющие национальные, религиозные и иные чувства). Также запрещается рассылка коротких текстовых сообщений, содержащих угрозы любого характера, в том числе угрозы применения насилия, причинения материального ущерба. В случае нарушения ООО «ОСК» предусмотренных Соглашению обязательств ПАО «ВымпелКом» вправе взыскать с ООО «ОСК» штраф и/или незамедлительно приостановить оказание услуг ООО «ОСК» до устранения ООО «ОСК» упомянутых нарушений, либо расторгнуть Дополнительное Соглашение в одностороннем порядке.

В соответствии с пунктом 4.8 Соглашения, в случае нарушения любого из обязательств Соглашения, ПАО «ВымпелКом» вправе с предварительным уведомлением приостановить оказание услуг до устранения ООО «ОСК» соответствующих нарушений. В том числе, до предоставления подтверждения согласия, или расторгнуть Дополнительное Соглашение в одностороннем порядке.

Согласно пункту 2.1 Договора 2, ООО «ОСК» оказывает АО «Тинькофф Банк» техническую услугу предоставления доступа к программному обеспечению, обеспечивающему доставку смс-сообщений клиента смс-сервер оператор связи.

В соответствии с пунктом 3.2.3 Договора 2 АО «Тинькофф Банк» обязан не использовать услугу в нарушение действующего Закона о рекламе при отправке абонентам смс-сообщений рекламного характера.

В соответствии с пунктом 3.3.2 Договора 2 ООО «ОСК» вправе приостановить оказание услуг при

поступлении претензий от оператора по вопросам нарушения АО «Тинькофф Банк» пункта 3.2.3 Договора 2 при рассылке СМС-сообщений.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение СМС-сообщения осуществляется путем их передачи последовательно от АО «Тинькофф Банк» к ООО «ОСК», от ООО «ОСК» 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.

АО «Тинькофф Банк», ООО «ОСК, ПАО «ВымпелКом» 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 АО «Тинькофф Банк», ООО «ОСК, ПАО «ВымпелКом» 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-сообщения, 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 АО «Тинькофф Банк», ООО «ОСК, ПАО «ВымпелКом» 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 АО «Тинькофф Банк», ООО «ОСК, ПАО «ВымпелКом» 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, распространение рекламы на телефонный номер +7-903-943-78-11 27.11.2019 в 10:59 от отправителя «Tinkoff», 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 рекламодатель и 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.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер +7-903-943-78-11 осуществлено в силу имеющихся между АО «Тинькофф Банк», ООО «ОСК, ПАО «ВымпелКом» 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 АО «Тинькофф Банк», ООО «ОСК, ПАО «ВымпелКом» являются рекламодателями рекламы следующего содержания: «Продолжите заполнять заявку на карту Тинькофф Платинум: <https://tinkoff.ru/sl/18nB4S3wpcB>», поступившего 27.11.2019 в 10:59 от отправителя «Tinkoff».

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 АО «Тинькофф Банк», ООО «ОСК, ПАО «ВымпелКом» 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 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 АО «Тинькофф Банк», ООО «ОСК», ПАО «ВымпелКом» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы: «Продолжите заполнять заявку на карту Тинькофф Платинум: <https://tinkoff.ru/sl/18nB4S3wpcB>», поступившего 27.11.2019 в 10:59 от отправителя «Tinkoff».

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 АО «Тинькофф Банк», ООО «ОСК», ПАО «ВымпелКом» 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), ООО «ОСК» (место нахождения: 119270, г. Москва, наб. Лужнецкая, д. 10А, стр. 3, эт. 3, пом. 1, ком. 14; ОГРН 1057746705631; ИНН 7705658056), АО «Тинькофф банк» (место нахождения: 123060, г. Москва, п-д Волоколамский 1-й, д. 10, стр. 1; ОГРН 1027739642281; ИНН 7710140679) нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе по факту распространения посредством СМС-сообщений на телефонный номер <...> -903-943-78-11 рекламы: «Продолжите заполнять заявку на карту Тинькофф Платинум: <https://tinkoff.ru/sl/18nB4S3wpcB>», поступившего 27.11.2019 в 10:59 от отправителя «Tinkoff», направленного без предварительного согласия абонента.

2. Выдать АО «Тинькофф Банк», ООО «ОСК», ПАО «ВымпелКом» 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: <...>