

ИГ/30355/17 от 21.06.2017

АО «ОТП Банк»

Ленинградское шоссе, д. 16А, стр. 1,  
г. Москва, 125171

АО «Связной Загрузка»

Ленинская слобода ул., д. 26,  
пом. XI, ком. 8,  
г. Москва, 115280

ПАО «МТС»

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

## **РЕШЕНИЕ**

«06» апреля 2017 г. 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, Комиссия) в составе:

председателя Комиссии – <...> ,

членов Комиссии – <...> , <...> ,

рассмотрев дело № 3-18-39/77-17, возбужденное по факту распространения на телефонный номер +7-915-487-49-54 посредством смс-сообщения рекламы «30000 rub. Bez 15 minut Vashi! Neobhodim tol'ko Pasport RF I SNILS. Individual'noe predlozhenie

deistvuet do 01/01/2017 Podrobnnee 88001005555, <...>, <...>. Promokod: KH2022006 ОТП Банк», поступившей 26.10.2016 в 14:03 от отправителя «ОТП», с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе),

в присутствии представителе й <...> в лице <...> (по доверенности № 129 от 30.01.2015 ) и <...> в лице <...> (по доверенности № 0272/15 от 01.12.2015),

в отсутствие представителя АО «Связной Загрузка» (уведомлено надлежащим образом),

#### УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-39/77-17 возбуждено в отношении ПАО «МТС», АО «Связной Загрузка», АО «ОТП Банк», на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения рекламы «30000 rub. Bez 15 minut Vashi! Neobhodim tol'ko Pasport RF I SNILS. Individual'noe predlozhenie deistvuet do 01/01/2017 Podrobnnee 88001005555, <...>, <...>. Promokod: KH2022006 ОТП Банк», поступившей 26.10.2016 в 14:03 от отправителя «ОТП» , с признаками нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, выслушав доводы ПАО «МТС» и АО «ОТП Банк», оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

ПАО «МТС» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 22.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700149124, ИНН 7740000076, КПП 770901001 .

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

АО «ОТП Банк» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 11.09.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027739176563 , ИНН 7708001614 , КПП 774301001.

Согласно материалам дела № 3-18-39/77-17 рассматриваемая реклама поступила на номер телефона <...> 26.10.2016 в 14:03 от отправителя «ОТП».

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается

фотографиями экрана мобильного телефона, содержащими текст рассматриваемых сообщений, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем в материалы дела.

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 – любое излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер 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 материалы 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 сообщения, в котором содержатся информация о возможности воспользоваться финансовой услугой банка, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки sms-сообщений на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством sms-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.

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 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 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.

АО «ОТП Банк» ссылается на то, что согласие было получено от клиента банка в рамках договора о выпуске и обслуживании банковской карты № 2687562358 (далее-Договор), а также в рамках договоров срочного вклада:

№ 001/053541 от 25.12.2014;

№ 001/053560 от 25.12.2014;

№ 001/053506 от 25.012.2014;

№ 001/07330 от 18.05.2015 (далее — Договоры срочного вклада).

В соответствии с заявлением о заключении договора о выпуске и обслуживании банковской карты АО «ОТП Банк» к договору № 2687562358 от 25.12.2014, Договор между Банком и Клиентом состоит из заявления, правил и тарифов. Действия банка по открытию Клиенту банковского счета считаются акцептом банка оферты Клиента об открытии банковского счета.

Ознакомившись и согласившись с полным текстом «Правил дистанционного банковского обслуживания физических лиц посредством системы «ОТПдирект» в АО «ОТП Банк», а также «Тарифами на услуги дистанционного банковского обслуживания физических лиц посредством системы «ОТПдирект» в АО «ОТП Банк», содержание которых клиенту полностью понятны, клиент просит заключить с ним договор дистанционного банковского обслуживания физического лица посредством системы «ОТПдирект» в АО «ОТП Банк» в соответствии с Правилами ДБО, при условии, если между клиентом и банком на момент регистрации учетных данных клиента в системе «ОТПдирект» уже не заключен такой договор ДБО.

Клиент заявляет, что подписанное им заявление с просьбой о заключении Договора ДБО следует рассматривать как оферту на заключение договора ДБО, направленную клиентом в банк. Клиент присоединяется к правилам ДБО и Тарифам ДБО, составляющим неотъемлемую часть Договора ДБО.

Клиент дает согласие на обработку Банком своих персональных данных (любой информации, относящейся к клиенту, в том числе фамилии, имени, отчества, года, месяца, даты и места рождения, адреса, семейного, социального, имущественного положения, образования, профессии, доходов, состояния здоровья, привлечения к уголовной или административной ответственности, наличие непогашенной/неснятой судимости, биометрических персональных данных), в том числе на их передачу иным организациям (привлекаемым банком для обработки персональных данных Клиента, включая организации, осуществляющие деятельность по взысканию/сбору задолженности на основании договоров/соглашений, заключенных с банком, в целях открытия и ведения банковского счета, выпуска и обслуживания карты, предоставления овердрафта, заключения и исполнения договора банковского счета, договора о выдаче и обслуживании карты, кредитного договора, договора ДБО, иных договоров, заключаемых в соответствии с порядком и условиями, содержащимися в правилах

ДБО, а также в целях продвижения Клиенту услуг банка и иных организаций, в том числе путем осуществления прямых контактов с клиентом с помощью средств связи.

Комиссия Московского УФАС России проанализировав форму и положения договора приходит к выводу, что данный Договор по своей природе является договором присоединения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 428 ГК РФ, договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Таким образом, у потенциального клиента банка нет объективной возможности каким-либо образом повлиять на условия договора. Отказ лица от одного из условий такого договора приравнивается к отказу от заключения договора в целом.

Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

В данном случае у лица, заключившего договор, возникает необходимость для отказа от получения рекламных сообщений совершить ряд дополнительных действий. В то время, когда для их получения достаточно совершить ряд дополнительных действий. В то время, когда для их получения достаточно лишь заключить договор. Подобное положение, по мнению Комиссии, прямо противоречит самой цели установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе правила предварительного получения согласия абонента, и нарушает его право на возможность не соглашаться на распространение на его телефон (электронную почту и т. п.) рекламы.

По мнению Комиссии Московского УФАС России, включение обязательного условия о даче согласия на получение рекламы при заключении договора о выпуске и обслуживании банковской карты, 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.

В дополнение к вышеизложенному, согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...> согласие на получение рекламы АО «ОТП Банк» было отозвано.

Письменные доводы, представленные в материалы дела АО «ОТП Банк», о том, что согласие на получение рассматриваемой рекламы было получено не от заявителя, а от иного лица, отклоняются Комиссией как необоснованные в связи со следующим.

Представленный в материалы дела договор был заключен <...>, которая указала в

качестве контактного телефона номер <...>, но при этом не является абонентом данного телефонного номера. При этом телефонный номер <...> принадлежит <...>, что подтверждается как самим абонентом, так и оператором связи ПАО «МТС».

Следовательно, доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «МТС», АО «ОТП Банк», АО «Связной Загрузка», не представлено.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ПАО «МТС», АО «ОТП Банк», АО «Связной Загрузка» информации о наличии либо отсутствие согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на распространение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

В соответствии с письменными пояснениями, номер <...> с которого поступили спорные смс-сообщения принадлежит номерной емкости ПАО «МТС». Кроме того, в соответствии с письменными пояснениями ПАО «МТС», рассматриваемое смс-сообщение от отправителя «ОТР» поступило на сервисную платформу ПАО «МТС» с последующей доставкой на абонентский номер заявителя с короткого сервисного номера, выделенного АО «Связной Загрузка» в рамках заключенного между Обществами договора.

Исходя из материалов дела № 3-18-39/77-17, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: договора <...> от 08.12.2014, заключенного между ПАО «МТС» и АО «Связной Загрузка» (далее — Договор 1); договора <...> от 29.02.2016, заключенного АО «Связной Загрузка» и АО «ОТП Банк» (далее — Договор 2).

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 1, ПАО «МТС» поручает, а АО «Связной Загрузка» обязуется от своего имени, но за счет ПАО «МТС» совершать юридические и фактические действия по реализации комплекса мероприятий по обеспечению оказанию услуг заказчикам рассылки, а именно:

- осуществлять поиск и привлечение заказчиков рассылки;
- заключать договоры на оказание услуг в порядке и на условиях, предусмотренных Приложением № 6 к Договору 1, при необходимости подписывать соглашения об изменении/расторжении договоров на услуги;
- обеспечивать доступ заказчикам рассылки к SMS-центру ПАО «МТС» через оборудование для целей оказания услуг;
- осуществлять расчеты с заказчиками рассылки за услуги по ценам, приведенным в Приложении № 6 к Договору 1, и введения всей отчетной документации;
- осуществлять взаимодействие с заказчиками рассылки по всем вопросам, связанным с оказанием услуг, готовить и направлять ответы на запросы/претензии заказчиков рассылки.

При этом, согласно пункту 1.3 Договора 1 под Услугой понимается рассылка SMS - сообщений от Заказчиков рассылки Пользователям и связанные с ней дополнительные услуги.

В соответствии с пунктом 3.3.3 Договора 1, АО «Связной Загрузка» до начала оказания Услуг обязан получить от Заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений, - рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи (п. 22.1 ст. 2 ФЗ «О связи»). В случае направления Пользователям рекламных сообщений, то также обеспечить получение от Заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласия от Пользователей на получение ими рекламных сообщений, отправляемых по сетям электросвязи. Согласие Пользователей на рекламу по сети электросвязи и на рассылку по сети подвижной связи должно быть выражено посредством совершения им действия, однозначно идентифицирующих Пользователя и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламных сообщений и сообщений согласно п. 22.1 ст. 2 ФЗ «О связи».

Согласно пункту 3.5.4 Договора 1, в случае нарушения АО «Связной Загрузка» пунктов 2.1.4, 3.3.3, 3.3.4, 3.3.6, 3.3.8 Договора 1 ПАО «МТС» вправе приостановить оказание услуг, исполнение поручения до полного устранения АО «Связной Загрузка» выявленных нарушений, которые должны быть устранены в течении 30 календарных дней со дня выявления нарушения.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 2 АО «ОТП Банк» поручает, а АО «Связной Загрузка» берет на себя обязательство по оказанию следующих услуг:

- услуг по предоставлению АО «ОТП Банк» доступа к коммуникационной платформе АО «Связной Загрузка» для технологического осуществления передачи телематических электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы АО «ОТП Банк», формируемых и отправляемых АО «ОТП Банк» для дальнейшей отправки смс-сообщений АО «ОТП Банк» абонентам;
- услугу по организации от имени АО «Связной Загрузка», но по поручению и за счет ПАО «МТС» комплекса мероприятий, направленных на оказание ПАО «МТС» АО «ОТП Банк» услуги по смс-рассылке;
- услуги по осуществлению информационно-технического обслуживания: обработке трафика и разделению (сепарации) его по операторам, установление принадлежности абонентского номера какому-либо оператору по базе MNP, технической поддержке.

Согласно пункту 3.1.4 Договора 2, АО «ОТП Банк» 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 1 Договора 2, под СПАМом понимает рассылка смс-сообщений рекламного или иного характера, которая инициирована АО «ОТП Банк» без согласия абонентов и/или вводящая абонентов в заблуждение относительно характера таких смс-сообщений или их отправителя.

Согласно пункту 3.1.6 Договора 2, в случае запроса АО «Связной Загрузка» АО «ОТП Банк» обязан предоставить документы, подтверждающие предварительное согласие абонента на получение смс-сообщений АО «ОТП Банк».



При этом согласно пункту 3.4.7 Договора 2, АО «Связной Загрузка», в праве в случае регистрации жалоб Абонентов на получение смс - сообщений от Заказчика, на которые Абонент не давал согласие, Оператор вправе самостоятельно запрашивать или проверять наличие согласия Абонента перед доставкой ему смс-сообщений. В случае отказа Абонента от получения смс-сообщений Заказчика сообщение ему не будет доставлено.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от АО «ОТП Банк» к АО «Связной Загрузка» и от него ПАО «МТС» 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 «МТС», АО «Связной Загрузка», АО «ОТП Банк» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, исходя из положений договоров, следует, что субъекты приняли на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе, при распространении рекламных сообщений, а также по осуществлению отправки сообщений только тем пользователям, которые выразили свое согласие на их получение.

В этой связи действия лиц, участвующих в деле, противоречат ранее приведенным положениям договоров и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке смс-сообщений информационного и рекламного характера неопределенному кругу лиц.

Обратного ПАО «МТС», АО «Связной Загрузка», АО «ОТП Банк» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям. Дополнительным квалифицирующим признаком является также и то, что заявителем неоднократно направлялись заявления в адрес рекламораспространителя с требованиями прекратить рекламную рассылку на его телефонный номер.

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

Желание лиц, участвующих в деле, получать обусловленную договором плату за оказание услуг по передаче смс-сообщений, в том числе, рекламного характера и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче представляет собой исключительное злоупотребление правом, которое в силу части 2 статьи 10 ГК РФ не подлежит защите.

Кроме того, согласно части 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, предпринимательская деятельность направленная на систематическое извлечение прибыли осуществляется субъектом на свой риск. Право общества на осуществление предпринимательской деятельности не должно нарушать права и интересы лица, не изъявившего желание получать рекламные сообщения.

В этой связи, заключив вышеупомянутые договоры ПАО «МТС», АО «Связной Загрузка», АО «ОТП Банк» приняли на себя все обязательства по указанным договорам (в том числе по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение) со всеми вытекающими правовыми последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщений до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ПАО «МТС», АО «Связной Загрузка», АО «ОТП Банк» 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 на телефонный номер <...> посредством смс-сообщений рекламы, поступившей 26.10.2016 в 14:03 от отправителя «ОТП» 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.

При этом законодательно установленное определенное распространителя рекламы не поставлено в зависимость от обязательной осведомленности им относительно ее содержания.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> осуществлено в силу имеющихся между ПАО «МТС», АО «Связной Загрузка», АО «ОТП Банк»

гражданско-правовых отношений.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу и исключительно в совокупности которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий данными лицами рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы. На основании изложенного, ПАО «МТС», АО «Связной Загрузка», АО «ОТП Банк» являются рекламодателем и рекламодателями рекламы «30000 rub. Bez 15 minut Vashi! Neobhodim tol'ko Pasport RF I SNILS. Individual'noe predlozhenie deistvuet do 01/01/2017 Podrobnее 88001005555, <...>, <...>. Promokod: KH2022006 OTP Bank», поступившей 26.10.2016 в 14:03 от отправителя «ОТР».

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «МТС», АО «Связной Загрузка», АО «ОТП Банк» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

Ссылки лиц, участвующих в деле, на Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее — Закон о связи), в частности на тот факт, что данным законом исключается ответственность оператора связи за рассылку его клиентами смс-сообщений, не соответствующих требованиям закона и условиям договора, не может быть принята Комиссией Московского УФАС России в связи со следующим.

Согласно части 3 статьи 3 Закона о связи, отношения в области связи, не урегулированные Законом о связи, регулируются другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации в области связи.

Так отношения по распространению посредством средств связи рекламной информации регулируется законодательством Российской Федерации о рекламе, в том числе в части ответственности лиц, признаваемых рекламодателями.

Нормы Закона о связи сами по себе не исключают ответственность того или иного лица в соответствии с Законом о рекламе.

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

Субъект договорных отношений, предполагая возможность нарушения контрагентом законодательства Российской Федерации, ответственность за которое будет нести он, может включить в договор условия о компенсации понесенных убытков. Однако, данные положения договора лишь регулируют

взаимоотношения между лицами, заключившими такой договора, но не могут влиять на привлечение таких лиц к ответственности за нарушения законодательства Российской Федерации.

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

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

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «МТС», АО «Связной Загрузка», АО «ОТП Банк» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 26.10.2016 в 14:03 рекламы на телефонный номер <...> от отправителя «ОТР» без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, в материалы дела 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 ПАО «МТС», АО «Связной Загрузка», АО «ОТП Банк» 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 «МТС», АО «Связной Загрузка», АО «ОТП Банк» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством смс-сообщений рекламы «30000 rub. Bez 15 minut Vashi! Neobhodim tol'ko Pasport RF I SNILS. Individual'noe predlozhenie deistvuet do 01/01/2017 Podrobnnee 88001005555, <...>,<...>. Promokod: KH2022006 OTP Bank», поступившей 26.10.2016 в 14:03 от отправителя «ОТП», без согласия абонента на её получение.

2 . Выдать ПАО «МТС», АО «Связной Загрузка», АО «ОТП Банк» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

Исполнитель: <...>.

тел. 8 (495) 784-75-05 (доб. <...>)