

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-8862/2019

«29» января 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: <...>а,

членов Комиссии: <...>ой, <...>ой,

рассмотрев дело № 077/05/18-8862/2019, возбужденное в отношении ПАО «ВымпелКом», АО «Юникредит банк», ООО «ОСК» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении посредством СМС-сообщений на телефонный номер <...> следующей рекламы:

«Александр Николович, получайте больше с накопительным счетом «Клик»: теперь до 6,5% годовых. Разместите от 10 000 руб. и на сумму от 1 до 100 000 руб. будет начисляться 6,5%, на сумму от 100 000 до 8 000 000 руб. - 4%. АО ЮниКредит Банк 88007001020», поступившей 27.06.2019 в 11:00, отправитель: UniCredit,

«Александр Николович, для Вас 1 200 00 р. в кредит до 5 лет под 10.9% годовых и кредитная карта: лимит 400 000 р., 1 год обслуживания — 0 р., 0% до 55 дней, кэшбэк до 5%. До 30.04.19 оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившей 05.04.2019 в 14:45, отправитель UniCredit,

«Александр Николович, для Вас 1 200 000 р. в кредит под 11.9% годовых или кредитная карта с лимитом 400 000 р., 0 р. за 1 год обслуживания, 0% - до 55 дней, кэшбэк до 5%. До 28.02.19 оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившей 08.02.2019 в 14:58 отправитель: UniCredit,

«Александр Николович, для Вас 1 200 000 р. в кредит до 5 лет под 10.9% годовых или кредитная карта: лимит 400 000 р., 1 год обслуживания — 0р., 0 % - до 55 дней, далее от 19,9 до 25,9%, кэшбэк до 5%. До 31.03.19 оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившей 05.03.2019 в 15:21 от отправителя: UniCredit,

«Alexandr Nikolovich, dlya Vas 1 200 000 r. v kredit do 5 let pod 9.9% godovyh i kreditnaya karta: limit 400 000 r., 1 god obsluzhivaniya – 0 r., 0% do 55 dnei, cashback do 5%. do 30.11.19 oformite po pasportu i spravke o dohodah. АО UniCredit Bank 88007002636», поступившей 07.11.2019 в 16:49 от отправителя: UniCredit,

в отсутствие ПАО «ВымпелКом», АО «Юникредит банк», ООО «ОСК»

(уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-8862/2019 возбуждено в отношении ПАО «ВымпелКом», АО «Юникредит банк», ООО «ОСК» на основании заявления физического лица по факту распространения посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> от отправителя UniCredit рекламы следующего содержания:

«Александр Николович, получайте больше с накопительным счетом «Клик»: теперь до 6,5% годовых. Разместите от 10 000 руб. и на сумму от 1 до 100 000 руб. будет начисляться 6,5%, на сумму от 100 000 до 8 000 000 руб. - 4%. АО ЮниКредит Банк 88007001020», поступившей 27.06.2019 в 11:00,

«Александр Николович, для Вас 1 200 00 р. в кредит до 5 лет под 10.9% годовых и кредитная карта: лимит 400 000 р., 1 год обслуживания — 0 р., 0% до 55 дней, кэшбэк до 5%. До 30.04.19 оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившей 05.04.2019 в 14:45,

«Александр Николович, для Вас 1 200 000 р. в кредит под 11.9% годовых или кредитная карта с лимитом 400 000 р., 0 р. за 1 год обслуживания, 0% - до 55 дней, кэшбэк до 5%. До 28.02.19 оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившей 08.02.2019 в 14:58,

«Александр Николович, для Вас 1 200 000 р. в кредит до 5 лет под 10.9% годовых или кредитная карта: лимит 400 000 р., 1 год обслуживания — 0р., 0 % - до 55 дней, далее от 19,9 до 25,9%, кэшбэк до 5%. До 31.03.19 оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившей 05.03.2019 в 15:21,

«Alexandr Nikolovich, dlya Vas 1 200 000 r. v kredit do 5 let pod 9.9% godovyh i kreditnaya karta: limit 400 000 r., 1 god obsluzhivaniya – 0 r., 0% do 55 dnei, cashback do 5%. do 30.11.19 oformite po pasportu i spravke o dohodah. АО UniCredit Bank 88007002636», поступившей 07.11.2019 в 16:49.

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 «Юникредит банк» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 19.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027739082106, ИНН 7710030411, КПП: 770401001.

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 770401001.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается скриншотами экрана мобильного телефона, а также детализированной выпиской, представленными заявителем и оператором связи.

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.

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 предоставлению банковских услуг, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

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.

Вместе с тем, в тексте рассматриваемой 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.

Согласно письменным пояснениям АО «Юникредит банк» рассматриваемая информация не является рекламой, поскольку была направлена конкретному абоненту и содержала персональное для него предложение, и в целом представляла собой информирование о возможности получения в банке конкретной услуги, а не привлечение внимания к ним.

В свою очередь Комиссией установлено, что спорные смс-сообщения были сформированы банком по определенному шаблону: «..., получайте больше с накопительным счетом «Клик»: теперь до ... % годовых. Разместите от ... руб. и на сумму от ... до ... руб. будет начисляться ... %, на сумму от ... до ... руб. - ... %. АО ЮниКредит Банк 88007001020»; «... , для Вас ... р. в кредит до ... лет под ... % годовых и кредитная карта: лимит ... р., ... год обслуживания — ... р., ... % до ... дней, кэшбэк до ... %. До ... оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636». Также

установлено, что по указанным шаблонам АО «Юникредит банк» в период с апреля по июнь 2019 года было направлено 34 434 смс-сообщений и 679 265 смс-сообщений соответственно.

В этой связи, оценивая в совокупности имеющийся в материалах дела объем информации, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что рассматриваемые смс-сообщения, в частности о возможности воспользоваться персональными предложениями и иными маркетинговыми акциями и скидками, имеет регулярный характер, направляется не одному абоненту, а неопределенному кругу лиц, содержит в себе сведения, направленные на побуждение абонента пользоваться услугами продавца товаров.

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

При этом сам факт автоматического формирования такой информации и направления ее адресату свидетельствует о цели банка по привлечению внимания неопределенного круга лиц к собственным услугам, в том числе путем предоставления определенных предложений, бонусов, скидок и т. п., формируемых на основании зарегистрированных в базе данных отдельных абонентов.

Представляется безусловным существенное изменение со временем условий распространения рекламы с использованием автоматизированных систем и иного программного обеспечения, а также учитывая наличие у рекламораспространителя большого объема персональных данных лиц (абонентов). Подобная «клиентоориентированность» и способность видоизменять рекламу под конкретного получателя (адресата) представляется логичным развитием способов распространения рекламы и не может свидетельствовать о нерекламном характере таких сообщений.

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

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

Кроме того немаловажным является то обстоятельство, что положения статьи 18 Закона о рекламе должны распространяться на всю нежелательную информацию, которая направляется абоненту и тем или иным образом направлена на привлечение или поддержание его интереса к определенному товару. Не может служить исключением информация от продавца, у которого абонент приобрел товар, услугу и который в силу специфики своего статуса

имеет широкий доступ к информации об абоненте и использует это в коммерческих целях.

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

Иное толкование привело бы к тому, что продавцу абонента предоставлен особый статус среди иных потенциальных распространителей рекламы в силу наличия у него информации об абоненте и противоречило бы самой сути ограничения, установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Исходя из текста смс-сообщений, в которых содержится предложение оформить кредит, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

На основании вышеизложенного установлено, что информация, распространенная посредством отправки смс-сообщений на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку представленная в тексте сообщения информация носит обобщенный характер и способна формировать интерес у широкого круга лиц; 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 Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. Вместе с тем,

согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

В 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.

Также в соответствии с Письмом ФАС России № АК/13563/16 от 03.03.2016, согласие должно носить явно выраженный характер и не может быть выполнено в форме согласия на получение какой-либо иной информации.

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

Заявитель прямо указал на то, что не давал согласие на получение рекламной рассылки.

Таким образом, в настоящем случае отсутствует выраженное согласие абонента именно на получение рекламы, в том числе от конкретного рекламодателя. Более того, АО «Юникредит банк» в материалы дела не представлены документы, свидетельствующие о наличии согласия абонента на получение рекламной информации.

Из материалов дела установлено, что 19.09.2007 абонентом телефонного номера <...> заполнено и подписано заявление на открытие текущего счета в ЗАО «Международный Московский Банк». ЗАО «Международный Московский Банк» с 10.12.2014 переименовано в АО «Юникредит банк».

Согласно пояснениям АО «Юникредит банк» в соответствии с указанным заявлением на открытие счета клиент сообщил о том, что ему вручены

Стандартные правила по текущим счетам в рублях и иностранной валюте, условия которых для клиента являются обязательными, и в силу пункта 43 которых банк проводит обработку персональных данных клиента, которые клиент сообщил банку, в том числе в целях маркетинговых исследований. При этом, АО «Юникредит банк» обратило внимание, что от абонента отзыва согласия на получение сообщений в целях маркетинга не поступало.

Таким образом, АО «Юникредит банк» считает, что реклама была направлена при наличии согласия клиента — абонента телефонного номера <...> на получение от банка рекламы.

В свою очередь, Комиссия установила следующее.

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. По мнению Комиссии Московского УФАС России, включение обязательного условия о даче согласия при заключении договора на оказание каких-либо услуг, в данном случае — банковских услуг, противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Согласно представленным документам и сведениям, договор комплексного банковского обслуживания по своей природе является договором присоединения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 428 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — 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.

При этом оценивая подобное содержание заявления, Комиссия приходит к выводу, что Общество сформировало данный документ таким образом, что у клиента в момент заключения договора отсутствует возможность не соглашаться с получением рекламы на свой мобильный номер телефона.

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 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.

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 или иными обычно предъявляемыми требованиями.

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.

ПАО «Юникредит банк» в настоящем случае не предприняло достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Таким образом, в настоящем случае отсутствует выраженное согласие абонента именно на получение рекламы, в том числе от конкретного рекламораспространителя.

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что реклама, поступившая на номер телефона <...> от отправителя «UniCredit», была направлена в отсутствие надлежащего согласия абонента на ее получение.

На основании вышеизложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что поступившая на телефонный номер <...> от отправителя UniCredit реклама следующего содержания:

«Александр Николович, получайте больше с накопительным счетом «Клик»: теперь до 6,5% годовых. Разместите от 10 000 руб. и на сумму от 1 до 100 000 руб. будет начисляться 6,5%, на сумму от 100 000 до 8 000 000 руб. - 4%. АО ЮниКредит Банк 88007001020», поступившая 27.06.2019 в 11:00,

«Александр Николович, для Вас 1 200 00 р. в кредит до 5 лет под 10.9% годовых и кредитная карта: лимит 400 000 р., 1 год обслуживания — 0 р., 0% до 55 дней, кэшбэк до 5%. До 30.04.19 оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившая 05.04.2019 в 14:45,

«Александр Николович, для Вас 1 200 000 р. в кредит под 11.9% годовых или кредитная карта с лимитом 400 000 р., 0 р. за 1 год обслуживания, 0% - до 55 дней, кэшбэк до 5%. До 28.02.19 оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившая 08.02.2019 в 14:58,

«Александр Николович, для Вас 1 200 000 р. в кредит до 5 лет под 10.9% годовых или кредитная карта: лимит 400 000 р., 1 год обслуживания — 0р., 0 % - до 55 дней, далее от 19,9 до 25,9%, кэшбэк до 5%. До 31.03.19 оформите по

паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившая 05.03.2019 в 15:21,

«Alexandr Nikolovich, dlya Vas 1 200 000 r. v kredit do 5 let pod 9.9% godovyh I kreditnaya karta: limit 400 000 r., 1 god obsluzhivaniya – 0 r., 0% do 55 dnej, cashback do 5%. do 30.11.19 oformite po pasportu i spravke o dohodah. АО UniCredit Bank 88007002636», поступившая 07.11.2019 в 16:49, нарушает положения части 1 статьи 18 Закона о рекламе и является ненадлежащей.

Согласно материалам дела указанная реклама распространялась на основании следующих договоров:

- договора № sms-850/11/2018 от 12.04.2018 (далее — Договор 1), заключенного между АО «ЮниКредит банк» и ООО «ОСК»;
- договора № 544959199 от 01.01.2015 (далее — Договор 2), а также дополнительного соглашения № 5 от 30.11.2018 к Договору 2 (далее — Соглашение к Договору 2), заключенных между ПАО «ВымпелКом» и ООО «ОСК».

В соответствии с пунктом 1.1 Договора 1 в соответствии с условиями настоящего договора ООО «ОСК» оказывает АО «ЮниКредит банк» услуги, согласовываемые сторонами в соответствующих приложениях к настоящему договору, а АО «ЮниКредит банк» обязуется принимать и оплачивать надлежащим образом оказанные услуги.

В силу пункта 1.3 Договора 1 услуги предоставляются в соответствии с установленными ООО «ОСК» правилами предоставления услуг (приложение № 2 к Договору 1) и оплачиваются согласно действующим тарифам. Тарифы и правила предоставления услуг являются неотъемлемой частью Договора 1.

Исходя из содержания пунктов 2.1-2.2.3 приложения № 1 к Договору 1 ООО «ОСК» предоставляет АО «ЮниКредит банк» доступ к системе — программе для ЭВМ «Платформа MFMS, позволяющей формировать и отправлять сообщения, а также получать отчеты о доставке отправленных сообщений. Передача от АО «ЮниКредит банк» к ООО «ОСК» информации по отправляемым сообщениям (текст сообщения, номер телефона абонента и др. Требуемая информация) происходит в системе через сеть Интернет.

В силу пункта 2.2.9 приложения № 1 к Договору 1 АО «ЮниКредит банк» обязуется не использовать услуги для передачи или приема материалов грубого, оскорбительного, унижительного или угрожающего характера, в нарушение авторских и других прав или материалов, противоречащих действующему российскому или международному законодательству. Обязуется не использовать услугу для распространения ненужной получателю, не запрошенной последним информации, информации вида СПАМ.

В соответствии с пунктом 4.1 Договора 1 ООО «ОСК» вправе приостановить оказание услуг по договору, что подразумевает что услуги не оказываются с момента письменного уведомления ООО «ОСК» АО «ЮниКредит банк» о приостановке в оказании услуг до момента получения ООО «ОСК» письменного уведомления от АО «ЮниКредит банк» о том, что

невыполненное обязательство АО «Юникредит банк» исполнено в полном объеме, либо существовавшее нарушение в исполнении АО «Юникредит банк» собственных обязательств, либо порядка пользования услугами устранено и/или прекращено, с приложением подтверждающих документов.

В соответствии с пунктом 1.1 Договора 2 ПАО «Вымпелком» оказывает услуги связи «Билайн», а ООО «ОСК» оплачивает их на условиях Договора 2.

Согласно пункту 2.4 Договора 2, дополнительные услуги, технологически неразрывно связанные с услугами по Договору 1 и направленные на повышение их потребительской ценности, оказываются ПАО «Вымпелком» или третьими лицами, имеющие право на оказание соответствующих услуг, и оплачиваются ООО «ОСК» в порядке, предусмотренном Договором 1 (приложениями/дополнительными соглашениями/дополнениями к Договору 1).

Согласно пункту 1.1 Соглашения к Договору 2 ПАО «ВымпелКом» предоставляет ООО «ОСК» услуги доступа к программно-аппаратному комплексу ПАО «ВымпелКом» для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц партнерам ООО «ОСК».

В соответствии с пунктом 4.2 Соглашения к Договору 2, 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, а также обязуется сообщать ПАО «Вымпелком» актуальные даты получения согласий ООО «ОСК» и/или партнерами до даты осуществления рассылок на номера соответствующих пользователей. 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 сообщений, включая копию договора с партнером.

Согласно пункту 4.8 Соглашения к Договору 2 в случае нарушения ООО «ОСК», в том числе, вышеуказанного пункта ПАО «Вымпелком» вправе с предварительным уведомлением приостановить оказание услуг по до устранения ООО «ОСК» соответствующих нарушений, в частности до представления подтверждения согласия пользователей или расторгнуть Соглашение к Договору 2 в одностороннем порядке.

Таким образом, каждое лицо, участвующее в деле, является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

ПАО «ВымпелКом», АО «Юникредит банк», ООО «ОСК» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

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

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

Обратного ПАО «ВымпелКом», АО «Юникредит банк», ООО «ОСК» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям.

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

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

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

В этой связи, заключив вышеупомянутые договоры, ПАО «ВымпелКом», АО «Юникредит банк», ООО «ОСК» 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 «Юникредит банк», ООО «ОСК» 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 <...> от отправителя UniCredit рекламы следующего содержания:

«Александр Николович, получайте больше с накопительным счетом «Клик»: теперь до 6,5% годовых. Разместите от 10 000 руб. и на сумму от 1 до 100 000 руб. будет начисляться 6,5%, на сумму от 100 000 до 8 000 000 руб. - 4%. АО ЮниКредит Банк 88007001020», поступившей 27.06.2019 в 11:00,

«Александр Николович, для Вас 1 200 00 р. в кредит до 5 лет под 10.9% годовых и кредитная карта: лимит 400 000 р., 1 год обслуживания — 0 р., 0% до 55 дней, кэшбэк до 5%. До 30.04.19 оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившей 05.04.2019 в 14:45,

«Александр Николович, для Вас 1 200 000 р. в кредит под 11.9% годовых или кредитная карта с лимитом 400 000 р., 0 р. за 1 год обслуживания, 0% - до 55 дней, кэшбэк до 5%. До 28.02.19 оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившей 08.02.2019 в 14:58,

«Александр Николович, для Вас 1 200 000 р. в кредит до 5 лет под 10.9% годовых или кредитная карта: лимит 400 000 р., 1 год обслуживания — 0р., 0 % - до 55 дней, далее от 19,9 до 25,9%, кэшбэк до 5%. До 31.03.19 оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившей 05.03.2019 в 15:21,

«Alexandr Nikolovich, dlya Vas 1 200 000 r. v kredit do 5 let pod 9.9% godovyh i kreditnaya karta: limit 400 000 r., 1 god obsluzhivaniya – 0 r., 0% do 55 dnei, cashback do 5%. do 30.11.19 oformite po pasportu i spravke o dohodah. АО UniCredit Bank 88007002636», поступившей 07.11.2019 в 16:49, 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 распространитель.

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 номера <...>

осуществлено в силу гражданско-правовых отношений, сложившихся между ПАО «ВымпелКом», АО «Юникредит банк», ООО «ОСК».

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 «Юникредит банк», ООО «ОСК» являются рекламораспространителями рекламы, поступившей посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> от отправителя UniCredit.

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 рекламораспространителями, 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 «Юникредит банк», ООО «ОСК» выявлено правонарушение, выраженное в распространении на телефонный номер <...> от отправителя UniCredit рекламы следующего содержания:

«Александр Николович, получайте больше с накопительным счетом «Клик»: теперь до 6,5% годовых. Разместите от 10 000 руб. и на сумму от 1 до 100 000 руб. будет начисляться 6,5%, на сумму от 100 000 до 8 000 000 руб. - 4%. АО ЮниКредит Банк 88007001020», поступившей 27.06.2019 в 11:00,

«Александр Николович, для Вас 1 200 00 р. в кредит до 5 лет под 10.9% годовых и кредитная карта: лимит 400 000 р., 1 год обслуживания — 0 р., 0% до 55 дней, кэшбэк до 5%. До 30.04.19 оформите по паспорту и справке о доходах.

АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившей 05.04.2019 в 14:45,

«Александр Николович, для Вас 1 200 000 р. в кредит под 11.9% годовых или кредитная карта с лимитом 400 000 р., 0 р. за 1 год обслуживания, 0% - до 55 дней, кэшбэк до 5%. До 28.02.19 оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившей 08.02.2019 в 14:58,

«Александр Николович, для Вас 1 200 000 р. в кредит до 5 лет под 10.9% годовых или кредитная карта: лимит 400 000 р., 1 год обслуживания — 0р., 0 % - до 55 дней, далее от 19,9 до 25,9%, кэшбэк до 5%. До 31.03.19 оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившей 05.03.2019 в 15:21,

«Alexandr Nikolovich, dlya Vas 1 200 000 r. v kredit do 5 let pod 9.9% godovyh I kreditnaya karta: limit 400 000 r., 1 god obsluzhivaniya – 0 r., 0% do 55 dnei, cashback do 5%. do 30.11.19 oformite po pasportu i spravke o dohodah. АО UniCredit Bank 88007002636», поступившей 07.11.2019 в 16:49.

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 «ЮниКредит банк», ООО «ОСК» 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», АО «Юникредит банк», ООО «ОСК» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> от отправителя UniCredit рекламы следующего содержания:

«Александр Николович, получайте больше с накопительным счетом «Клик»: теперь до 6,5% годовых. Разместите от 10 000 руб. и на сумму от 1 до 100 000 руб. будет начисляться 6,5%, на сумму от 100 000 до 8 000 000 руб. - 4%. АО ЮниКредит Банк 88007001020», поступившей 27.06.2019 в 11:00,

«Александр Николович, для Вас 1 200 00 р. в кредит до 5 лет под 10.9% годовых и кредитная карта: лимит 400 000 р., 1 год обслуживания — 0 р., 0% до 55 дней, кэшбэк до 5%. До 30.04.19 оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившей 05.04.2019 в 14:45,

«Александр Николович, для Вас 1 200 000 р. в кредит под 11.9% годовых или кредитная карта с лимитом 400 000 р., 0 р. за 1 год обслуживания, 0% - до 55 дней, кэшбэк до 5%. До 28.02.19 оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившей 08.02.2019 в 14:58,

«Александр Николович, для Вас 1 200 000 р. в кредит до 5 лет под 10.9% годовых или кредитная карта: лимит 400 000 р., 1 год обслуживания — 0р., 0 % - до 55 дней, далее от 19,9 до 25,9%, кэшбэк до 5%. До 31.03.19 оформите по паспорту и справке о доходах. АО ЮниКредит Банк 88007002636», поступившей 05.03.2019 в 15:21,

«Alexandr Nikolovich, dlya Vas 1 200 000 r. v kredit do 5 let pod 9.9% godovyh i kreditnaya karta: limit 400 000 r., 1 god obsluzhivaniya – 0 r., 0% do 55 dnei, cashback do 5%. do 30.11.19 oformite po pasportu i spravke o dohodah. АО UniCredit Bank 88007002636», поступившей 07.11.2019 в 16:49, в отсутствие согласия абонента на получение рекламы.

2. Выдать ПАО «ВымпелКом», АО «Юникредит банк», ООО «ОСК» 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

<...>a

<...>a