ИП Б.

адрес регистрации
жительства: "..."

адрес эл. почты: "..."

заявитель - гр. А

адрес эл. почты: "..."

РЕШЕНИЕ

по делу **№ 017/05/28-16/2020**

31 декабря 2020 года г.
Кызыл

Резолютивная часть решения объявлена 24 декабря 2020 года

Решение изготовлено в полном объеме 31 декабря 2020 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Тыва (далее - Тывинское УФАС России) по рассмотрению дела № 017/05/28-16/2020 по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии:

"..." - руководитель Тывинского УФАС России,

Члены Комиссии:

"..." – начальник отдела антимонопольного контроля и рекламы Тывинского УФАС России,

"..." – специалист – эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы Тывинского УФАС России,

в отсутствии надлежащим образом извещенных индивидуального предпринимателя Б. (отчет о направлении определения по электронной почте от 11.12.2020 года, телеграмма с указанием даты и времени рассмотрения дела, направленная в адрес регистрации места жительства подтверждается отчетом о доставке от 24.12.2020 года), заявителя – гражданина А (отчет об отправке электронного письма от 11.12.2020 года),

рассмотрев дело № 017/05/28-16/2020, возбужденное в отношении индивидуального предпринимателя Б. (ИНН "..." , ОГРНИП "..." , адрес регистрации: "...") (далее – ИП Б.) по признакам нарушения требований части 7 статьи 5, части 1 статьи 18, частей 1, 3 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Тывинского УФАС России 21.10.2020 года (вх. № 5516) поступили обращения гражданина А (далее – гр. А., заявитель) о распространении рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента, направленные с ФАС России.

21.10.2020 года в 07:58 гр. А. на свой абонентский номер <...> "..." получил смс-сообщение, отправленное с «zaimm24.ru» следующего содержания:

«Вам одобрен займ 21500рублей под 0%. Оформить –"..." ».

По данному факту определением Тывинского УФАС России от 10.12.2020 года в отношении ИП Б. возбуждено дело № 017/05/28-16/2020 по признакам нарушения требований части 7 статьи 5, части 1 статьи 18, частей 1, 3 статьи 28 Закона о рекламе.

Исследовав материалы дела № 017/05/28-16/2020, Комиссией

Тывинского УФАС России установлены следующие обстоятельства.

Согласно 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.

Объект рекламирования - 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, п.3 указанной статьи товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Указанные выше смс-сообщения является рекламой, так как адресованы неопределенному кругу лиц и направлены на привлечение внимания к объекту рекламирования – финансовой услуге займ, для формирования, поддержания интереса к которым и продвижению на рынке в сообщении указывается об одобрении займа на сумму 21500 рублей, который возможно оформить, перейдя в сети интернет по ссылку: «...».

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации абонентский номер заявителя +7"..." принадлежит номерной емкости оператора связи – Публичное акционерное общество «М» (далее -ПАО «М»).

Тывинским УФАС России в рамках рассмотрения заявления гр. А. был направлен запрос ПАО «М» (от 13.11.2020 года за исх. № 4-5812) о предоставлении сведений и документов по существу рассматриваемого заявления.

Согласно информации ПАО «М» от 19.11.2020 (вх. № 5971) абонентский номер <...> "..." выделен в пользование гражданину А., что подтверждается договором от "..." года. Договор о предоставлении услуг подвижной радиотелефонной связи М представляет собой совокупность нескольких документов: регистрационной формы, Условия оказания услуг подвижной связи М (далее – Условия М) и условий выбранного Абонентом тарифного

плана. Подписанием Договора о предоставлении услуг подвижной радиотелефонной связи М абонент А. присоединился к Условиям М, выразив безусловное согласие с данными Условиями и иными частями Договора (пункт 3.2 Условий).

Кроме того, ПАО «М» сообщило, что 21.10.2020 года в 07:58 на абонентский номер <...> "..." зафиксировано входящее смс-сообщение с короткого номера «zaimm24.ru». Данная рассылка осуществлялась в соответствии с заключенным между ПАО «М» и индивидуальным предпринимателем Б. договором о предоставлении услуг сети сотовой радиотелефонной связи № "..." от 19.08.2020 в рамках подключенной абонентом услуги «М-К». При подключении услуги в соответствии с заявлением абонент подтверждает, что он ознакомлен и согласен с условиями Соглашения о пользовании с услугой «М-К».

Согласно части 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.

В соответствии с пунктом 22.1 статьи 2 Федерального Закона от 07.07.2003 года № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее - рассылка) - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи. Пунктом 1 статьи 44.1 Закона о связи установлено, что рассылка должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действия, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без

предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе не докажет, что такое согласие было получено.

В своем обращении гр. А. указал, что предварительного согласия на получение вышеуказанной рекламы посредством сотовой (подвижной радиотелефонной) связи не давал.

Определением Тывинского УФАС России от 10.12.2020 года (исх. № 4-6239) от ИП Б. были запрошены документы, свидетельствующие получение от гр. А. предварительного согласия на получение смс-сообщения с указанной рекламой.

Согласно информации ИП Б. от 17.12.2020 (вх. № 6404) следует, что личные данные были введены пользователем (номер <...> "...") на сайте "..." . Передача сообщений по контактным данным Пользователя невозможна без его согласия на обработку и передачу персональных данных.

К письменным пояснениям ИП Б., приложил копии следующих документов: согласие на обработку персональных данных клиентов – физических лиц, анкета физического лица, оформление заявки.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее:

Согласно части 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 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 Федеральный закон «О рекламе» не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой

форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Согласно письму ФАС России от 11.11.2019 года № ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» следует, что согласие, полученное посредством заполнения каких-либо форм на сайтах в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», не позволяющих однозначно установить, кто именно дал согласие на получение рекламы, является ненадлежащим и влечет нарушение указанного требования статьи 18 Закона о рекламе, поскольку не позволяет подтвердить волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

В свою очередь, согласие абонента на получение рекламы, содержащееся в договоре, заключенном в письменной форме, подписанном абонентом, в том числе в договоре на оказание услуг связи, позволяет однозначно идентифицировать абонента и может рассматриваться как надлежащее (определение Верховного Суда Российской Федерации от 12.02.2018 № 309-КГ17-22298 по делу № А60-63378/2016).

Таким образом, представленное ИП Б. согласие на обработку персональных данных, анкета физического лица, содержащие только абонентский номер <...> "..." и ФИО заявителя, не подписанны и не подтверждает факт подачи заявки на получение займа гр. А.

Следовательно, документального свидетельства, по которому возможно было однозначно идентифицировать гр. А., где он выражает свое согласие на получение смс-сообщений с рекламой на свой абонентский номер в адрес Тывинского УФАС России не представлено.

Кроме того, гр. А. в пояснениях от 17.12.2020 года (вх. № 6414) указал, что на этот сайт он никогда не заходил и никакого согласия он не давал.

Кроме того, в соответствии с Соглашением заключенным между ПАО «М» и ИП Б., услуга «М-К» - это комплекс услуг М по передаче, приему смс-сообщений (коротких текстовых сообщений) от Пользователя к Получателю смс-сообщений и/или от Получателя смс-сообщений к Пользователю согласно настоящему соглашению о пользовании Услугой и согласно описанию, приведенного на сайте Услуги

www.mcommunicator.ru. Фактом оказания Услуги по указанному Соглашению является отправка смс-сообщения, сформированного и отправленного Пользователем от своего оборудования к смс-центру Оператора для получателя смс сообщения либо отправка смс-сообщения от смс-центра Оператора Пользователю (при получении ответных сообщений).

В соответствии с разделом 3 Соглашения Пользователь обязан до начала использования Услуги и/или Авторизации в Услуге полностью ознакомиться и согласиться с текстом указанного Соглашения. Факт регистрации и/или первой Авторизации в Услуге означает полное и безоговорочное принятие Пользователем условий указанного Соглашения с соответствующего момента времени. При этом, Пользователь гарантирует Оператору, что отправка сообщений осуществляется им в рамках действующего законодательства Российской Федерации и автоматическая рассылка по сети подвижной связи или рекламные смс-сообщения отправляются только тем получателям, которые дали Пользователю предварительное и надлежаще оформленное согласие.

Следовательно, в соответствии с условиями заключенного между ПАО «М» ИП Б. соглашения, обязанность по получению согласия от абонента А. лежит на пользователе – ИП Б.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению СМС-сообщения до конечного получателя осуществлены лицом, участвующим в деле, а также то, что он был осведомлен относительно передаваемого сообщения и о цели оказания им соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ИП Б. рекламораспространителем в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Таким образом, в нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе ИП Б. 21.10.2020 года в 07:58 с абонентского номера с индивидуальной подписью «zaimm24.ru» осуществили рассылку смс-сообщения с рекламой следующего содержания: «Вам одобрен займ 21500рублей под 0%. Оформить – "..." » на абонентский номер гр. А. без предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Кроме того, в соответствии с частью 1 статьи 28 Закона о рекламе, реклама банковских, страховых и иных финансовых услуг должна содержать наименование или имя лица, оказывающего эти услуги (для юридического лица - наименование, для индивидуального

предпринимателя - фамилию, имя, отчество).

В этой связи, в случае размещения в рекламе какого-либо товара информации о возможности приобретения данного товара в кредит, подобная реклама должна соответствовать положениям статьи 28 Закона о рекламе, в том числе, в части указания имени или наименования лица, предоставляющего кредит.

В соответствии с пунктом 2 статьи 4 данного закона финансовая услуга – это банковская услуга, страховая услуга, услуга на рынке ценных бумаг, услуга по договору лизинга, а также услуга, оказываемая финансовой организацией и связанная с привлечением и (или) размещением денежных средств юридических и физических лиц.

В связи с изложенным, услуги по предоставлению займов являются финансовыми, и, следовательно, в рекламе таких услуг должно быть указано наименование лица, оказывающего услуги по предоставлению денежных займов.

В вышеуказанной рекламе информация о лице, оказывающем финансовую услугу (предоставляющем займы), отсутствует, следовательно, указанная реклама нарушает требования части 1 статьи 28 Закона о рекламе.

Кроме того, Тывинским УФАС России установлено, что для привлечения внимания к объекту рекламирования, формированию или поддержанию интереса к нему и его продвижение на рынке в рекламе сообщается о нулевой процентной ставке на займ и сумме займа при отсутствии остальных условий договора, влияющих на стоимость займа: «Вам одобрен займ 21500рублей под 0%. Оформить – "..." ».

В силу части 3 статьи 28 Закона о рекламе, если реклама услуг, связанных с предоставлением кредита или займа, пользованием им и погашением кредита или займа, содержит хотя бы одно условие, влияющее на его стоимость, такая реклама должна содержать все остальные условия, определяющие полную стоимость кредита (займа), определяемую в соответствии с Федеральным законом «О потребительском кредите (займе)», для заемщика и влияющие на нее.

Согласно пункту 25 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 года № 58 «О некоторых вопросах практики применения

арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» к условиям, влияющим на стоимость кредита, в частности, могут относиться условия о размере процентной ставки, сумме и сроке кредита, платежах и комиссиях по кредитным операциям, а также о дополнительных расходах заемщика, связанных с получением кредита (по страхованию рисков, в том числе жизни, здоровья потенциального заемщика, нотариальному заверению документов, предоставлению обеспечения по кредитному договору, оценке имущества, передаваемого в залог, и др.).

В соответствии с частью 7 статьи 5 Закона о рекламе не допускается реклама, в которой отсутствует часть существенной информации о рекламируемом товаре, об условиях его приобретения или использования, если при этом искажается смысл информации и вводятся в заблуждение потребители рекламы.

В свою очередь, в рассматриваемой рекламе финансовых услуг указано одно из условий предоставления займа «21500рублей под 0%», однако, не указаны иные существенные условия предоставления займа, влияющие на сумму расходов, которую понесут воспользовавшиеся услугой лица, а также определяющие фактическую стоимость займа для заемщика и влияющие на нее: условия о размере процентной ставки, сумме и сроке займа, платежах и комиссиях по финансовым операциям, а также о дополнительных расходах заемщика, связанных с получением займа (по страхованию рисков, в том числе жизни, здоровья потенциального заемщика, нотариальному заверению документов, предоставлению обеспечения по договору займа, оценке имущества, передаваемого в залог, и др.) в нарушение части 3 статьи 28 Закона о рекламе.

Более того, поскольку в рекламе указывается финансовая услуга - займ, которая направлена на формирование у потребителей желания ею воспользоваться, то существенной является также подробная информация, относящаяся к займу, поэтому отсутствие в рекламе какой-либо существенной части информации о денежном займе приводит к искажению смысла рекламы и способствует введению в заблуждение потребителей, имеющих намерение воспользоваться рекламируемым займом.

Реклама должна быть добросовестной и достоверной и не должна вводить в заблуждение потребителей. Отсутствующая информация о лице, предоставляющих финансовую услугу, об условиях, определяющих фактическую стоимость займа для заемщика и

влияющие на нее, является существенной, следовательно, ее отсутствие нарушает требования части 7 статьи 5 Закона о рекламе.

В соответствии с изложенными выше фактами, рассматриваемая реклама нарушает требования части 7 статьи 5, части 1 статьи 18, частей 1, 3 статьи 28 Закона о рекламе.

Определением Тывинского УФАС России от 10.12.2020 года (исх. № 4-6239) от ИП Б. также были запрошены документы и сведения о рекламируемых финансовых услугах, с приложением подтверждающих документов.

Вместе с тем, ИП Б. документов, материалов, указывающих, что им приняты достаточные меры по соблюдению требований части 7 статьи 5, частей 1, 3 статьи 28 Закона о рекламе при направлении sms-сообщения с рекламой на телефонный номер абонента +7"..." , Тывинским УФАС России при рассмотрении дела не получено, ИП Б. не представлено.

В силу частями 6, 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьями 5, 18, 28 указанного закона, несет как рекламодатель, так и рекламораспространитель.

Законом о рекламе определены понятия «рекламодатель», «рекламораспространитель» и «рекламопроизводитель». В соответствии с пунктами 5 - 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель – это изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель – это лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель – это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Абонентский номер «...», с которого направлено рассматриваемое sms-сообщение, выделен в соответствии с договором № "..." от 19.08.2020 ИП Б. Следовательно, рекламодателем, рекламораспространителем и рекламопроизводителем рассматриваемой информации является ИП Б. Более того, факт направления указанного sms-сообщения ИП Б. заявителю гр. А. не оспаривается.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения рекламы гр. А. на его абонентский номер без

получения предварительного его согласия на получение рекламы в материалах дела № 017/05/28-16/2020 отсутствуют, в связи с чем Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению настоящего дела приходит к выводу о необходимости выдачи рекламораспространителю предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь частью 1 статьи 18, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 года № 508, Комиссия Тывинского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу следующего содержания: «Вам одобрен займ 21500рублей под 0%. Оформить – ...», распространенную индивидуальным предпринимателем Б. ИНН "..." , ОГРНИП "..." , адрес регистрации: "..." по сети подвижной радиотелефонной связи путем направления sms-сообщения 21.10.2020 года в 07:58 на номер <...> "..." , ненадлежащей, нарушающей требования части 7 статьи 5, части 1 статьи 18, частей 1, 3 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать индивидуальному предпринимателю Б. ИНН "..." , ОГРНИП "..." , адрес регистрации: "..." предписание о прекращении нарушения части 7 статьи 5, части 1 статьи 18, частей 1, 3 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тывинского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении виновных лиц.

Председатель Комиссии "..."

Члены Комиссии "..."

"..."

Согласно статьи 37 Закона о рекламе решение может быть оспорено в суде или арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.