

Заявитель:

<...>

Лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:

ПАО Банк «ФК Открытие» (ИНН 7706092528, ОГРН 102773901920, юридический адрес: 115114, г. Москва, ул. Летниковская, д.2, стр. 4)

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 045/05/18-19/2020

г. Курган

Резолютивная часть решения оглашена 10.12.2020 года

Решение в полном объеме изготовлено 14.12.2020 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Курганской области (далее по тексту - Курганское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии: <...> – врио руководителя Курганского УФАС России,

Члены комиссии:

<...> – старший государственный инспектор отдела контроля товарных, финансовых рынков и рекламного законодательства Курганского УФАС России;

<...> – заместитель начальника отдела контроля товарных, финансовых рынков и рекламного законодательства Курганского УФАС России,

рассмотрев дело № 045/05/18-19/2020 по факту нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», выразившегося в распространении посредством использования подвижной радиотелефонной связи в виде SMS-сообщения на абонентский номер +<...>рекламы,

в отсутствие заявителя <...>

в присутствии представителя ПАО Банк «ФК Открытие» - Гаркуша Ларисы Петровны (доверенность № 5Ф/101 от 28.02.2019 г.),

УСТАНОВИЛА:

17.09.2020 года в Управление Федеральной антимонопольной службы по Курганской области (далее - Курганское УФАС России) поступило заявление <...> (вх. 4322) с жалобой на получение смс-сообщения рекламного характера с «буквенного» номера без предварительного согласия абонента.

Заявитель сообщил, что 16.09.2020 года получил на свой абонентский номер <...> нежелательное смс-сообщение с «буквенного» номера следующего содержания: «Осень-отличное время для приятных перемен! Николай, получите 89000 руб. на новый ремонт под 6,9% в первый год! А разницу потратите на что захотите. Не забудьте сообщить нашему сотруднику свой промокод 1144842134. Обсудим

подробности? 88005050160 ПАО Банк «ФК Открытие»».

По результатам рассмотрения заявления Курганским УФАС России установлено следующее.

Согласно информации и детализации смс-сообщений представленных ПАО «МТС» на запрос информации в Курганское УФАС России (вх.4475 от 21.10.2020 года) установлено, что на абонентский номер заявителя +<...> поступили входящее смс-сообщение 16.09.2020 г. в 20:42:08, 20:42:08, 20:42:09, 20:42:09, 20:42:08 с «буквенного» номера принадлежащего Публичному акционерному обществу Банк «Финансовая Корпорация Открытие» (далее- ПАО Банк «ФК Открытие») (ИНН 7706092528, ОГРН 102773901920, юридический адрес: 115114, г. Москва, ул. Летниковская, д.2, стр. 4) на основании договора об оказании услуг связи №Н16299 от 13.03.2012г. Вместе с тем, ПАО «МТС» сообщило, что не является инициатором сообщения, направленного абоненту с буквенного номера «ОТКРЫТИЕ», и, если такое сообщение содержало в себе информацию рекламного характера, то ПАО «МТС» не являлось ни рекламодателем, ни распространителем такой рекламы.

Согласно статье 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), под рекламой понимается 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.

Информация, поступившая 16.09.2020 г. 20:42:08, 20:42:08, 20:42:09, 20:42:09, 20:42:08 на абонентский номер заявителя +<...> в силу статьи 3 Закона о рекламе является рекламой, поскольку направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей.

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.

Пункт 21.1 статьи 2 Закона о рекламе закрепляет понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) 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.

Поскольку Федеральный закон от 07.07.2003 N 126-ФЗ (ред. от 07.04.2020) "О связи" (далее – Закон о связи) не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые 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 (то есть, например, с использованием "коротких" или "буквенных" номеров) и сообщения, направляемые автоматически. Сообщения, рассылаемые с номеров, входящих в российскую систему и план нумерации или предусмотренные договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи, и не являющиеся автоматическими, не подпадают под указанное понятие рассылки.

Статья 44.1 Закона о связи устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Федерального закона "О связи".

Согласно части 1 статьи 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, 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 или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с данной нормой согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

Заявитель предварительного согласия на получение вышеуказанной рекламы посредством телефонной связи (электросвязи) не давал.

Таким образом, вышеуказанная реклама распространялась посредством использования телефонной связи (электросвязи) с признаками нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации является ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе рекламодатель несет ответственность за нарушение требований установленных статьей 18 Закона о рекламе, а именно распространение рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на ее получение.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

10.12.2020 года на рассмотрение дела Комиссией Курганского УФАС России представителем ПАО Банк «ФК Открытие» подтверждена позиция, изложенная в письменных объяснениях на Определение о возбуждении дела №045/05/18-19/2020 от 18.11.2020 г., представленные (вх.№5339 от 10.12.2020 г.), в которых указано, что после получения Определения Банком была организована служебная проверка с целью выявления факторов, повлиявших на возникновение изложенного инцидента.

В рамках проведенной проверки подтверждена отправка 16.09.2020г. смс-сообщения на абонентский номер <...> +<...>. Источником получения персональных данных Заявителя являются информационные базы, полученные в результате интеграции розничной сети Банка с ПАО «Бинбанк» и АО «БИНБАНК Диджитал», правопреемником которых в настоящее время является Банк. База данных присоединившихся банков содержала информацию о наличии согласия Заявителя на отправку рекламно-информационных материалов. Документы, свидетельствующие о наличии согласия абонента на получение рекламы от Банка, не найдены.

Также представитель Общества, сообщила, что Банк прекратил распространение информации на абонентский номер Заявителя 02.11.2020 г. до возбуждения производства по делу №045/05/18-19/2020. Сделано это было после поступления запроса Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Калмыкия исх. №08/1839 от 27.10.2020 о наличии претензии получателя смс-сообщения. Банком проведены соответствующие мероприятия и 02.11.2020 г. абонентский номер +<...> исключен из базы данных рассылок. ПАО Банк «ФК Открытие» осуществило рассылку SMS-сообщений на абонентский номер <...> + <...> с целью информации, в котором было обращение по имени и содержалась информация о персональном промокоде. Таким образом, SMS -сообщение было направлено конкретному лицу и содержало персонифицированное предложение, следовательно, SMS -сообщение Заявителю рекламой не является, так как не было адресовано неопределенному кругу лиц.

Комиссия Курганского УФАС России считает данные выводы ошибочными и противоречащими фактическим обстоятельствам дела на основании следующего.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования (Письмо Федеральной антимонопольной службы №АД/43482/16 от 27.06.2016 «Об отнесении к рекламе информации с личным обращением»).

Следовательно, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

В случае направления посредством SMS -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 в сообщении

(упоминание имени абонента), представляет интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

Текст, содержащийся в рассматриваемом SMS -сообщении: «Осень-отличное время для приятных перемен! Николай, получите 89000 руб. на новый ремонт под 6,9% в первый год! А разницу потратите на что захотите. Не забудьте сообщить нашему сотруднику свой промокод 1144842134. Обсудим подробности? 88005050160 ПАО Банк «ФК Открытие» вызывает интерес у неопределенного круга лиц, привлекает внимание к объекту - ПАО Банк «ФК Открытие» посредством указания на наличие «выгодных предложений под 6,9 %». Вследствие указанных факторов, создается заинтересованность в предложениях банка у иных лиц, не являющихся клиентами ПАО Банк «ФК Открытие».

Таким образом, данная информация воспринимается потребителями в качестве рекламной.

В материалах дела имеется поступившее заявление абонента: +<...>, принадлежность указанного номера заявителю подтверждена информацией от оператора связи заявителя – ПАО «МТС».

Как сообщено заявителем и подтверждено ПАО Банк «ФК Открытие», согласие абонента +<...> Обществом не было получено, следовательно, рассылка ПАО Банк «ФК Открытие» SMS -сообщений рекламного характера была осуществлена без согласия абонента.

Следовательно, распространение рассматриваемых рекламных SMS -сообщений по сетям электросвязи, посредством использования телефонной, подвижной радиотелефонной связи, без предварительного согласия абонента на получение таких сообщений является ненадлежащей рекламой, рекламодателем которых является ПАО Банк «ФК Открытие» (ИНН 7706092528, ОГРН 102773901920, юридический адрес: 115114, г. Москва, ул. Летниковская, д.2, стр. 4), при распространении которой нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе, ненадлежащая реклама - это реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Руководствуясь статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе, в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы.

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.

В связи с тем, что Комиссией Курганского УФАС России установлено устранение нарушения требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе, Комиссия считает целесообразным не выдавать предписание о прекращении нарушения.

Руководствуясь частью 2 пункта 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

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ПАО Банк «ФК Открытие» 16.09.2020 года на абонентский номер <...> +<...> , в виду ее несоответствия требованиям, установленным частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Курганского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренным частью 1 статьи 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:

_____ <...>

_____ <...>

Исп.: <...> Тел.8/3522/463955