

РЕШЕНИЕ

по делу № 049/05/18-41/2024

Резолютивная часть объявлена «04» марта 2024 г.

Решение в полном объеме изготовлено «05» марта 2024 г. г. Магадан

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии:

- руководитель управления;

Члены Комиссии:

– главный специалист отдела контроля закупок и антимонопольного законодательства;

– ведущий специалист-эксперт отдела контроля закупок и антимонопольного законодательства;

в присутствии представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, - ПАО «Сбербанк России» - Б. К.С. (Дов. № ДБР-РД/239-д от 22.12.2023), участвующей в дистанционном режиме, в отсутствие заявителя, уведомленного о дате рассмотрения дела надлежащим образом, рассмотрев дело № 049/05/18-41/2024 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) по факту направления 14.10.2023 на телефонный номер абонента - заявителя Е. Д.А. (+7.....) смс-сообщения рекламного характера без его предварительного согласия,

УСТАНОВИЛА:

Управлением Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области (далее- Магаданское УФАС России) рассмотрено заявление Е.Д.А. по факту направления смс-сообщения рекламного характера на его абонентский номер без предварительного согласия абонента.

По результатам рассмотрения указанного заявления определением от 12.02.2024 возбуждено производство по делу № 049/05/18-41/2024 в отношении ПАО «Сбербанк России» (далее – Сбербанк, Банк) по признакам нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Как установлено материалами дела, смс-сообщение направлено заявителю в сети оператора сотовой связи ПАО «МТС» 14.10.2023 в 20-25 (время магаданское) со следующим текстом:

«Д.А., вы оплатили картой Сбербанка первую покупку от 1000 р. в рамках нашей акции. Еще четыре до 31.10.2023- и вы станете претендентом на 1 000 000 бонусов СберСпасибо и другие призы. Напомним, что для участия в акции нужна регистрация в программе СберСпасибо. Подробнее: <https://s/sber.ru/WhMJZ> ПАО

Сбербанк».

В качестве подтверждения получения указанной рекламы к заявлению приложен скриншот смс-сообщения, который подтверждает факт направления Е.Д.А. смс-сообщения с указанным текстом 14 октября в 20 часов 25 минут.

Согласно информации, представленной в антимонопольный орган ПАО «МТС», абонентский номер 8..... выделен физическому лицу – Е. Д.А.на основании договора о предоставлении услуг связи с от 26.07.2006.

Согласно приложенному к заявлению файлу с аудиозаписью разговора заявителя со специалистом ПАО «Сбербанк России» от 03.10.2019 заявитель требует отозвать согласие на обработку его персональных данных, а также согласие на получение рекламной информации.

Как следует из аудиозаписи указанного разговора, требования Е. Д.А. ПАО «Сбербанк России» обязуется удовлетворить в течение 10 дней, о чем направить сообщение на электронную почту заявителя.

31.01.2024 и 29.02.2024 в адрес антимонопольного органа поступили письменные пояснения Банка, согласно которым Е.Д.А. является клиентом Банка на основании договоров о вкладе «....

В п.3 заявления на получение международной карты Сбербанка.....от 01.12.2010 Клиент выразил согласие с тем, что Банк может использовать информацию, содержащуюся в этом заявлении, для телефонных обращений, для отправки Клиенту телефонных обращений, для отправки Клиенту сообщений или рекламно-информационных материалов Сбербанка России, на указанный Клиентом номер + 7....

Клиент в любое время может отозвать свое согласие отказаться на номер телефона сотовой связи сообщений рекламного характера, для чего ему необходимо любым доступным способом (по телефону, электронной почте, через сайт, обращение в отделение) с соответствующим заявлением в свободной форме. Все обращения клиентов, содержащие желание отключиться от рекламных рассылок, фиксируются и обрабатываются Банком, после чего формируются в отчет для внесения в блокирующий список рассылки. Во исполнение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе после внесения данных клиента в блокирующий список рассылки банк не формирует и не направляет ему рекламные сообщения.

С 16.10.2019 на основании обращения Е. Д.А. об отключении рекламных рассылок, Банк включил данные Е. Д.А. в блокирующий список рассылки, о чем направил уведомление Е. Д.А. 03.11.2019 на адрес электронной почты последнего.

Акция «До 1 000 000 бонусов в зеленый день 2023» проводилась Банком с 10.10.2023 по 30.11.2023. Е.Д.А. не является участником программы лояльности «СберСпасибо», в ней не зарегистрирован. Использование бонусов осуществляется участниками Акции в порядке и на условиях, предусмотренных правилами бонусной программы «СберСпасибо».

Рассматриваемое смс-сообщение было направлено Е.Д.А. 14.10.2023 ошибочно вследствие произошедшего технического сбоя программного обеспечения Банка.

Технический сбой Банком оперативно был устранен, после 14.10.2023 рассматриваемое сообщение Клиенту не направлялось.

По мнению Банка, в его действиях отсутствуют признаки нарушения требований Закона о рекламе.

В ходе заседания Комиссии представитель ПАО «Сбербанк» доводы, изложенные в письменных пояснениях Банка, поддержала в полном объеме и дополнительно пояснила, что поскольку абонент Е.Д.А. не является участником акции «До 1 000 000 бонусов в Зеленый день 2023», в результате направленного смс-сообщения никаких негативных последствий последний не понес. Документального подтверждения произошедшего сбоя программного обеспечения Банка его представитель предоставить в материалы дела не смогла.

Рассмотрев имеющиеся материалы, изучив обстоятельства рассматриваемого дела, Комиссия Магаданского УФАС России установила следующее.

В силу ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС № 58 от 08.10.2012 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Обязанность по получению согласия и подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе. При этом рекламодателем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя. Поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламодателем не является.

Оператор связи не является распространителем информации или сведений, содержащихся в совершенном рекламном звонке, поскольку выполняет лишь техническую функцию передачи.

Таким образом, ПАО «МТС» не является рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламоагентом при направлении смс-сообщения рекламного содержания. Общество осуществляет только передачу информации, сформированной отправителем, при этом целью является оказание услуг, а не распространение рекламы.

Как установлено Магаданским УФАС России и не оспаривается Банком, согласие

абонента телефонного номера +7.... (Е... Д.А.) на распространение ему рекламы Банка посредством использования сети электросвязи (в данном случае смс-сообщения) было отозвано 03.10.2019, после чего с 16.10.2019 Банк включил данные Е... . Д.А. в блокирующий список рассылки, уведомив об этом последнего.

Следовательно, правовых оснований для направления после 16.10.2019 смс-сообщений рекламного характера в адрес заявителя у Банка не имелось.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе под рекламой понимается информация, распространяемая 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 с пунктом 2 статьи 3 Закона о рекламе объектом рекламирования является товар, средство 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.

В соответствии с пунктом 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.

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 не является обстоятельством, исключающим рекламный характер 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.

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 рассматриваемой рекламы присутствует имя лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Однако 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 рекламодателя 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.

Тот факт, что в рассматриваемом смс-сообщении речь идет о предложении бонусов «СберСпасибо» и других призов именно для данного клиента - Е.Д.А., не свидетельствует о не рекламном характере отправленного сообщения.

При таких данных следует признать, что распространенное Банком смс-сообщение является рекламой, так как распространяется неограниченному кругу лиц, содержит в себе сведения, направленные на привлечение внимания к объекту рекламирования, в данном случае - бонусов «СберСпасибо», поддержание интереса к нему, имеет целью формирование и поддержание интереса к услугам Банка и его продвижению на рынке.

Довод представителя Банка об отсутствии в его действиях нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе в связи с произошедшим сбоем программного обеспечения банка и отсутствием негативных последствий для абонента Комиссия отклоняет по следующим основаниям.

Сбой программного обеспечения, вследствие чего допущено направление рекламного сообщения без предварительного согласия абонента, не является непреодолимой силой и не относится к обстоятельствам непреодолимой силы, поскольку контроль за исправной работой такого оборудования возлагается на Банк, а надлежащее направление рекламных сообщений по сетям электросвязи с учетом установленных законом нарушений является обязанностью последнего.

Доказательств принятия всех необходимых мер для соблюдения требований Закона о рекламе Банком не представлено, также им не были приняты все зависящие от него меры для соблюдения требований рекламного законодательства.

Отсутствие негативных последствий для абонента в результате направления ему рекламного сообщения не имеет правового значения для установления факта нарушения, поскольку диспозиция части 1 статьи 18 Закона о рекламе не предусматривает в качестве необходимого признака нарушения факта наступления последствий. Юридическую значимость для квалификации нарушения

имеет исключительно факт распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента.

Таким образом, ссылки Банка на сбой оборудования и отсутствие негативных последствий Комиссией во внимание не принимаются, поскольку доказательствами не подтверждены.

Согласно п. 4 ст. 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

С учетом изложенного, материалами дела доказано, что смс-сообщение, направленное Банком 14.10.2023 по сети подвижной радиотелефонной связи на телефонный номер абонента Е.Д.А. без его предварительного согласия, содержит признаки нарушения требования ч. 1 ст. 18 Закона «О рекламе».

В соответствии с п. 7 ст. 3 Закона о рекламе лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, является рекламодателем.

Ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе определено, что рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных ст. 18 Закона о рекламе.

В силу части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламодателями и рекламодателями рекламного законодательства влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Собранными материалами подтверждается, что ПАО «Сбербанк России» (ИНН ..) является рекламодателем.

Согласно пункту 54 Правил, при добровольном устранении лицом (лицами) совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в случае его нецелесообразности. Поскольку в настоящее время абонентский номер Е. Д.А. исключен Банком из списка возможных рассылок специальных предложений Банка до момента рассмотрения дела, Комиссия приходит к выводу об отсутствии необходимости выдачи предписания.

На основании изложенного, руководствуясь частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42-48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, Комиссия Магаданского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать смс-сообщение с текстом: *«Д.А., вы оплатили картой Сбербанка первую покупку от 1000 р. в рамках нашей акции. Еще четыре до 31.10.2023- и вы станете претендентом на 1 000 000 бонусов СберСпасибо и другие призы. Напомним, что для участия в акции нужна регистрация в программе СберСпасибо.»*

Подробнее: <https://s/sber.ru/WhMJZ> ПАО «Сбербанк», направленное ПАО «Сбербанк России» 14.10.2023 на абонентский номер Е. Д.А. (+7-.....) ненадлежащей рекламой, а ПАО «Сбербанк России» нарушившим требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении распространения рекламы, нарушающей требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе, не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Магаданского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном 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, в течение трех месяцев со дня вынесения решения.

Председатель Комиссии .

Члены Комиссии: .

.