

РЕШЕНИЕ № 004/05/18-322/2021

21.10.2021г.
Алтайск

г. Горно-

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

Председатель Комиссии:

Г. – руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай;

Члены комиссии:

В. – начальник отдела антимонопольного контроля и рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай;

К. – главный специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай,

21 октября 2021 года, рассмотрев дело № 004/05/18-322/2021 от 20.09.2021г., возбужденное в отношении АО «З» (ИНН <...>, ОГРН <...>, адрес: <...>), по факту распространения информации **«Алексей, покупайте что хочется со сниженной ставкой по кредиту наличными – от 5,5%! Только до 31.07. Подайте заявку на open.ru/crc или по тел. 88004441032. ПАО Банк «ФК Открытие»** по сетям сотовой связи с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

В отсутствие:

заявителя – Д.,

заинтересованного лица – ООО «Р» (ИНН <...>, ОГРН <...>, адрес: <...>),

- ПАО Банк «ФК О» (ИНН <...>, ОГРН <...>, адрес: <...>),

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе – АО «З» (ИНН <...>, ОГРН <...>, адрес: <...>) (уведомлен надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай поступило заявление физического лица Д. (вх. №<...> от 27.07.2021г.), являющегося абонентом оператора сотовой связи ПАО «МТС», о распространении рекламного СМС-сообщения посредством сотовой связи с признаками нарушения статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) на мобильный телефон (абонентский номер <...>), а именно: **«Алексей, покупайте что хочется со сниженной ставкой по кредиту наличными – от 5,5%! Только до 31.07. Подайте заявку на open.ru/crc или по тел. 88004441032. ПАО Банк «ФК Открытие»**, поступившего от отправителя <...> 25.07.2021г. в 16:47 часов.

По мнению заявителя, данное сообщение является рекламой. Заявитель считает, что вышеуказанными действиями распространитель СМС-рекламы нарушил Закон о рекламе, так как согласия на получение рекламы посредством сотовой связи он не давал.

В качестве подтверждения факта получения СМС-рекламы заявителем представлен скриншот со своего мобильного телефона, подтверждающий факт получения абонентом вышеуказанного СМС-сообщения.

На основании информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи, к компетенции которого относится выделение ресурса нумерации, с учетом информации, размещенной на сайте ЦНИИС (оператора базы данных перенесенных абонентских номеров) <https://zniis.ru/bdprn/check>, абонентский номер <...> выделен оператору ПАО «МТС».

06.08.2021г. был получен ответ от ПАО «МТС» (вх. № <...>), согласно которому СМС-сообщение поступило на сервисную платформу ПАО «МТС» с последующей доставкой через СМС-центр ПАО «МТС» на абонентский номер <...> от отправителя с обозначением «OTKRITIE», выделенного в пользование юридическому лицу: ООО «Р» (ИНН <...>, ОГРН <...>, адрес: <...>) в рамках заключенного договора № <...> от 12.12.2017 г., по которому ООО «Р» выступает Заказчиком рассылки. Согласно данному договору Заказчику выделено буквенно-символьное и/или числовое обозначение «OTKRITIE», также на основании договора Заказчик осуществляет рассылку абонентам МТС, при этом обязан получить от пользователей предварительное согласие на получение СМС-сообщений.

17.08.2021г. от ООО «Р» получен ответ (вх. № <...>), согласно которому данная рассылка осуществлялась в рамках исполнения договора № <...>

от 27.03.2009г., заключенного между ООО «Р» и АО «З» (ИНН <...>, ОГРН <...>, адрес: <...>). На основании данного договора АО «З» обязуется производить рассылку СМС-сообщений, используя технические средства ООО «Р» для передачи информации абонентам, только после получения от абонента предварительного согласия на ее получение. Таким образом, СМС-сообщение абоненту <...> было направлено АО «З».

25.08.2021г. был получен ответ от АО «З» (вх. №<...>), согласно которому рассылка осуществлялась в рамках договора № <...> от 01.07.2019г., заключенного между АО «З» и ПАО Банк «ФК О» (ИНН <...>, ОГРН <...>, адрес: <...>) (далее – Банк), на основании которого АО «З» обязывается оказывать услуги Банку по передаче сообщений Банка через оборудование АО «З» с целью последующей передачи абонентам. Также АО «З» указывает в ответе, что обязанность по предоставлению согласия абонента на получение смс-рассылок лежит на ПАО Банк «ФК О». АО «З» был направлен запрос в адрес ПАО Банк «ФК О» о предоставлении согласия абонента на получение смс-рассылок. При получении ответа он будет направлен в УФАС по РА, однако на момент рассмотрения дела (21.10.2021г.) данный ответ не был предоставлен.

Согласно ответу ПАО Банк «ФК О» (вх. №<...> от 06.09.2021г.), Банк подтверждает отправку СМС-сообщения на абонентский номер <...>, произведенную 25.07.2021г. При этом не может предоставить документы, свидетельствующие о наличии согласия абонента на получение рекламной информации от Банка. Согласно пояснениям Банка, отправка СМС-сообщения данному абоненту не носит системного характера и связана с несоответствием информации о наличии согласия клиента, содержащейся в многочисленных разрозненных базах данных.

В связи с тем, что указанная реклама содержит признаки нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в соответствии с частями 1, 2 статьи 36 Закона о рекламе, определением Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай от 20.09.2021г. возбуждено дело № 004/05/18-322/2021 в отношении АО «З» и назначено к рассмотрению на 21.10.2021г.

Определение с требованием предоставить письменные пояснения по факту распространения вышеуказанного рекламного сообщения, документальное подтверждение факта получения предварительного согласия абонента на получение рекламы (в том числе подпись) было направлено в адрес АО «З» (почтовое уведомление №<...>), ПАО Банк «ФК О» (почтовое уведомление №<...>), ООО «Р» (почтовое уведомление №<...>) и Д. (почтовое уведомление №<...>).

На момент заседания Комиссии УФАС по РА заявитель и ответчик были надлежащим образом уведомлены о дате и времени рассмотрения

дела, т.к. от ответчика поступили письменные пояснения.

В связи с вышеизложенным, Комиссия УФАС по РА, руководствуясь пунктом 31 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства от 24.11.2020 № 1922, приняла решение о рассмотрении дела в отсутствие заявителя и ответчика.

В ходе рассмотрения дела Комиссия установила следующее.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона о рекламе, реклама – это 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.

Объектом рекламирования может быть 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.

Товар, согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Как следует из статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» для целей данного Федерального закона используются следующие основные понятия:

- абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации;

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

Соответственно, термин «реклама», примененный в части 1 статьи 18 Закона о рекламе, предполагает значение, отличающееся от общего определения, данного в статье 3 этого же Закона, а именно в нем отсутствует такой признак рекламы, как ее адресованность неопределенному кругу лиц. Информация, передаваемая посредством

использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, всегда предполагает индивидуализированного (посредством абонентского номера или уникального кода идентификации) абонента, который ее получает.

Согласно письму ФАС России от 27.06.2016г. № АД/43482/16 «Об отнесении к рекламе информации с личным обращением» под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

Также согласно письму ФАС России от 25.06.2013г. № АК/24455/13 «О рекламных СМС-сообщениях» сведения об услугах банка обобщенного характера не носит персонализированного характера, несмотря на упоминание имени и отчества абонента, представляет интерес для неопределенного круга лиц и является рекламой.

В соответствии с пунктом 2 статьи 4 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции», 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. Пункт 6 статьи 4 данного Федерального закона к числу финансовых организаций относит кредитные организации.

Согласно абз. 5 п. 2 письма ФАС России от 28.04.2011г. № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, и рекламораспространителем не является.

Таким образом, полученное заявителем СМС-сообщение: **«Алексей, покупайте что хочется со сниженной ставкой по кредиту наличными – от 5,5%! Только до 31.07. Подайте заявку на open.ru/crc или по тел. 88004441032. ПАО Банк «ФК Открытие»**, является рекламой, так как оно содержит сведения об услугах банка обобщенного характера, значит, неперсонифицировано (направлено абоненту), а также направлено на привлечение внимания, формирование интереса у потребителя (абонента) к финансовым услугам (займам) и продвижение этих услуг на

рынке.

Признак рекламы – адресация неопределенному кругу лиц, в данном случае не является безусловным основанием для непризнания СМС-сообщения рекламой, так как реклама, распространяемая посредством сотовой связи, подразумевает ее обращение конкретному абоненту.

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.

Частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение части 1 статьи 18 данного Федерального закона возложена на рекламораспространителя.

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе рекламораспространитель – это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно выписке из ЕГРЮЛ основным видом деятельности АО «З» (ИНН <...>, ОГРН <...>) является деятельность в области документальной электросвязи. Согласно договору №<...> от 01.07.2019г. АО «З» обязуется оказывать услуги Банку по передаче сообщений Банка через оборудование АО «З» с целью последующей передачи абонентам (пункт 1.1). Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что имеется взаимосвязь между деятельностью АО «З» и СМС-сообщением, направленным заявителю Д., так как оно направлено на формирование интереса у потребителя (абонента) к финансовым услугам.

На основании изложенного, Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что распространителем рассматриваемой СМС-рекламы является АО «З» (ИНН <...>, ОГРН <...>, адрес: <...>).

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В данном случае под абонентом или адресатом понимается 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 рекламодателя. 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 рекламодателя.

Согласно части 1 статьи 44.1 Федерального 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 в заявлении указывает, что он не давал отправителю СМС-сообщения разрешения на получение рекламы, что свидетельствует о наличии признаков нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе. Доказательств обратного АО «З» в УФАС по РА представлено не было.

Таким образом, Комиссия УФАС по РА приходит к выводу о том, что предварительное согласие абонента Д. на получение СМС-рассылки АО «З» получено не было.

В связи с изложенным, действия АО «З», связанные с распространением информации **«Алексей, покупайте что хочется со сниженной ставкой по кредиту наличными – от 5,5%! Только до 31.07. Подайте заявку на oren.ru/crc или по тел. 88004441032. ПАО Банк «ФК Открытие»**, поступившего отправителя <...> 25.07.2021г. в 16:47 часов посредством СМС-сообщения без получения предварительного согласия абонента, образует нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В силу части 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 данной статьи, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 данного Кодекса, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Частью 7 статьи 38 Закона о рекламе предусмотрено, что рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных пунктом 3 части 4, пунктом 6 части 5, частями 9, 10, 10.1 и 10.2 статьи 5, **статьями 7 - 9, 12, 14 - 18**, частями 2 - 4 и 9 статьи 19, частями 2 - 6 статьи 20, частями 2 - 5 статьи 21, частями 7 - 9 статьи 24, статьей 25, частями 1 - 5 статьи 26, частями 2 и 5 статьи 27, частями 1, 4, 7, 8, 11 и 13 статьи 28, частями 1, 3, 4, 6 и 8 статьи 29, частями 1 и 2 статьи 30.1 данного Федерального закона.

В адрес УФАС по РА поступили письменные пояснения ООО «Р» (вх. №<...> от 19.10.2021г.) и АО «З» (вх. №<...> от 19.10.2021г.) с просьбой объединения дел №004/05/18-322/2021 и №004/05/18-323/2021 находящихся в производстве УФАС по РА по причине однородности дел. Однородность выражена в том, что распространение спорных СМС-сообщений осуществлялось ПАО Банк «ФК О» на один и тот же номер,

под одним именем отправителя «ОТКРИТИЕ», с идентичным содержанием.

Также, АО «З» ссылаясь на п. 2.2.6 договора №<...> от 01.07.2019г. заключенного с ПАО Банк «ФК О», указывает о достижении договоренности между организациями о том, что за факт передачи сообщений, а также их содержание ПАО Банк «ФК О» несет ответственность перед третьими лицами.

Комиссия УФАС по РА дает оценку действиям каждого из указанных лиц относительно законодательства Российской Федерации о рекламе, так согласно Закону о рекламе АО «З» является лицом, осуществившим распространение рекламного СМС-сообщения (т.е. рекламораспространителем), а ПАО Банк «ФК О», в свою очередь, является лицом, оказывающим рекламируемые финансовые услуги, а также определившим объект рекламирования и содержание рекламы (т.е. рекламодателем).

При решении вопроса о необходимости выдачи предписания, Комиссия принимает во внимание представленные АО «З» письменные пояснения (вх. №<...> от 19.10.2021г.), подтверждающие исключение абонентского номера <...> из рабочей базы.

Руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42-49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства от 24.11.2020 № 1922, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу: **«Алексей, покупайте что хочется со сниженной ставкой по кредиту наличными – от 5,5%! Только до 31.07. Подайте заявку на oren.ru/crc или по тел. 88004441032. ПАО Банк «ФК Открытие»**, поступившего от отправителя <...> 25.07.2021г. в 16:47 часов без предварительного согласия абонента Д. (абонентский номер <...>) на получение рекламы, что противоречит части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу УФАС по Республике Алтай для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении лица, виновного в нарушении рекламного законодательства.

Решение антимонопольного органа может быть обжаловано в

арбитражный суд, в течение трех месяцев, в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.