

Комиссия Татарстанского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии <...> – (должностное лицо);

Члены комиссии <...> – (должностное лицо),

<...> – (должностное лицо),

рассмотрев дело №016/05/18-1514/2022 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламных звонков на мобильный номер заявителя (<...>) с номера <...> <...> <...> с текстом: «<...>» и СМС-сообщения поступившей <...> с текстом: «<...>» на телефонный номер <...>. Согласия на получение подобных сообщений абонент не давал. Вышеуказанные действия содержат признаки нарушений части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Управление, Татарстанское УФАС России) на рассмотрение поступило обращение от <...> (вх. № 9701/ж от 27.07.2022) по факту распространения рекламного звонка на мобильный номер заявителя (<...>) с номера <...> <...> <...> с текстом: «<...>», что имеет признаки нарушения Закона «О рекламе».

Согласно представленным в адрес Управления сведениям, на личный номер заявителя, а именно на номер телефона <...>, <...> <...> поступил звонок рекламного характера.

Объектом рекламирования является – банковские услуги.

Звонок рекламного характера поступил с номера <...>, что подтверждается записью телефонных разговоров.

Согласие на получение рекламы по сетям электросвязи заявитель не давал.

Номер телефона <...> принадлежит сотовому оператору ПАО «Вымпелком».

В целях установления владельца номера, с которого был произведен звонок рекламного характера, Управлением в адрес ПАО «Вымпелком» был направлен запрос.

Исходя из ответа ПАО «Вымпелком» Управлением установлено, что номер телефона, указанный в обращении (<...>) принадлежит ПАО «АКБ «Ак Барс» (ИНН 1653001805, юридический адрес: 420066, РТ, г. Казань, ул. Декабристов, д. 1).

Управлением был также направлен запрос в адрес ПАО «АКБ «Ак Барс».

Согласно ответу ПАО «АКБ «Ак Барс» <...> <...> (далее по тексту - заявитель) обратился в ГБУ «Многофункциональный центр предоставления государственных и муниципальных услуг» (далее - МФЦ), расположенный по адресу: РТ, г. Набережные Челны, бульвар Кол Гали, д. 25Е, в целях оплаты госпошлины за государственную регистрацию прав, ограничений (обременений) прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Данный факт подтверждается соответствующим чеком от <...> о безналичной оплате через терминал ПАО «АК БАРС» БАНК, закрепленный за сотрудником МФЦ, при помощи банковской карты заявителя, выпущенной сторонним банком.

Перед оплатой суммы государственной пошлины заявителю на его номер телефона <...>, который он сообщил сотруднику МФЦ, направлено SMS-сообщение следующего содержания: «<...>». Данный факт подтверждается соответствующим SMS-отчетом.

<...> на телефонный номер заявителя <...> на основании ранее предоставленного им согласия на получение рекламных материалов поступило SMS-сообщение от Банка следующего содержания:

«<...>», что подтверждается SMS-отчетом.

Помимо этого, <...> на телефонный номер заявителя <...> также на основании ранее предоставленного им согласия на получение рекламных телефонных звонков, поступил звонок от Банка. В рамках данного звонка сотрудник Банка предложил заявителю принять участие в акции, указанной выше в тексте SMS-сообщения от <...>.

Вышеуказанные действия содержат признаки нарушений части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»).

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 пункте 1 статьи 3 Закона «О рекламе» дано понятие рекламы — 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.

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.

При осуществлении звонка в тексте 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.

Таким образом, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным

предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Распространяемые Банком Ак Барс (ПАО) СМС-сообщения являются шаблонными для всех клиентов Банка Ак Барс, что позволяет Банку Ак Барс (ПАО) включать в них рекламные материалы.

Распространяемое Банком Ак Барс (ПАО) СМС-сообщение является рекламой, так как направляется всем клиентам Банка Ак Барс (ПАО), которые имеют определенный объем характеристик исходя из проводимого на момент отправки специального предложения.

На основании изложенного Комиссия Татарстанского УФАС России приходит к выводу, что рассматриваемое СМС-сообщение и телефонный звонок является рекламой, распространялось неограниченному кругу лиц, имела целью формирование и поддержание интереса к услугам Банка Ак Барс и его продвижению.

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 банковским услугам, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

Информация, распространенная посредством осуществления звонка и направления СМС-сообщения на номер телефона Заявителя, отвечает всем признакам рекламы, распространена посредством телефонного звонка; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; 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 абонента 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 распространителю рекламы 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 распространителей рекламы, 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.

Исходя из материалов дела следует, что заявитель дал согласие на перевод средств, информирование и обработку своих персональных данных, также в текст распоряжения на перевод средств включено согласие на рекламу.

По мнению Комиссии Татарстанского УФАС России, включение обязательного условия о даче согласия при оплате государственной пошлины, противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Комиссия Татарстанского УФАС России приходит к выводу, что подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с оплатой государственной пошлины, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

В данном случае у лица, оплатившего государственную пошлину, возникает необходимость для отказа от получения рекламных сообщений совершить ряд дополнительных действий. 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.

Банк Ак Барс (ПАО) в настоящем случае не предпринял достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Относительно направления СМС-сообщения с указанием переходной ссылки, Комиссия Татарстанского УФАС России отмечает, следующее.

Само по себе направление подобного сообщения не является надлежащим доказательством и подтверждением того, что <...> при поступлении указанного сообщения был осуществлен переход и дано согласие на получение рекламы, ввиду того, что данное обстоятельство зависит не только от действий самого Заявителя, но в том числе и от технических возможностей на переход по указанной ссылке с наличием подключенного Интернета на устройствах Заявителя, иного Банком Ак Барс (ПАО) не доказано.

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.

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

Необходимо отметить, что действия ПАО «АКБ «Ак Барс» нарушают часть 1 статьи 28 Закона «О

рекламе».

В соответствии с частью 1 статьи 807 Гражданского кодекса Российской Федерации, по договору займа одна сторона (займодавец) передает в собственность другой стороне (заемщику) деньги или другие вещи, определенные родовыми признаками, а заемщик обязуется возвратить займодатцу такую же сумму денег (сумму займа) или равное количество других полученных им вещей того же рода и качества.

Согласно статье 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», финансовая услуга – 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.

Таким образом, деятельность хозяйствующих субъектов, связанная с привлечением и использованием средств юридических и физических лиц (в том числе займы), является финансовой услугой независимо от регистрации таких субъектов в качестве финансовой организации и наличия у них соответствующей лицензии.

В соответствии с частью 1 статьи 28 Закона «О рекламе» реклама банковских, страховых и иных финансовых услуг и финансовой деятельности должна содержать наименование или имя лица, оказывающего эти услуги или осуществляющего данную деятельность (для юридического лица - наименование, для индивидуального предпринимателя - фамилию, имя и (если имеется) отчество).

Согласно статье 54 Гражданского кодекса Российской Федерации юридическое лицо имеет свое наименование, содержащее указание на его организационно-правовую форму.

При осуществлении звонка сотрудником ПАО «АКБ «Ак Барс» не было озвучено наименование, содержащее указание на организационно-правовую форму.

Вышеуказанные действия содержат признаки нарушений части 1 статьи 18, части 1 статьи 28 Федерального закона от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»).

На момент рассмотрения дела №016/05/18-1514/2022 в материалах дела отсутствуют подтверждения прекращения распространения ненадлежащей рекламы. Таким образом, комиссией Татарстанского УФАС установлены основания для выдачи предписания.

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

Согласно части 7 статьи 38 Закона «О рекламе» ответственность за нарушения части 1 статьи 18 несёт рекламодатель.

Рекламодателем является ПАО «АКБ «Ак Барс».

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ПАО «АКБ «Ак Барс» при помощи телефонного звонка на мобильный номер (<...><...><...> с текстом: «<...>» и при помощи направления СМС-сообщения с текстом: «<...>», поскольку в ней нарушены требования ч. 1 статьи 18 и ч. 1 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

Выдать ПАО «АКБ «Ак Барс» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Татарстанского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 07 декабря 2022 г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии <...> – (должностное лицо);

Члены комиссии <...> – (должностное лицо),

<...> – (должностное лицо),