

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

об отложении и продлении срока рассмотрения дела № 055/05/18-1/2023

07 февраля 2023 года

город Омск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее - Омское УФАС России, Управление) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

заместитель председателя Комиссии – <...>, заместитель руководителя Омского УФАС России,

члены Комиссии: <...>,

рассмотрев материалы дела № 055/05/18-1/2023 по признакам нарушения обществом с ограниченной ответственностью «Новые мобильные коммуникации» (ИНН 7727443720, ОГРН 1207700160590, далее – ООО «Новые мобильные коммуникации») части 1 статьи 18 и части 3 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие <...> (ходатайство от 30.01.2023 вх. № 884-ЭП/23), при участии посредством видеоконференцсвязи представителя ООО «Новые мобильные коммуникации» - <...> (доверенность от 30.01.2023 № 008/2023)

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России обратилась <...> по факту направления на принадлежащий ей абонентский номер <...> от абонента, имеющего обозначение «**Gazprombank**», смс-сообщений рекламного характера:

02.11.2022 в 09:04 час. смс-сообщение: «<...>, «180 дней» - кредитная карта с прозрачными условиями: 180 дней без % и обслуживание 0 руб. навсегда. Оформит до 30.11 в офисе или на сайте <https://s.gpb.ru/m/8ghDLa7Es> Банк ГПБ (АО)»;

06.11.2022 в 16:36 час. смс-сообщение: «<...>, если нужны средства, мы обо всем позаботимся. Предварительно одобрили вам кредит – 1100 000 р. от 4%. Успейте подать заявку в любом офисе. Подробнее: s.gpb.ru/m/JDuem Банк ГПБ (АО). Не оферта».

По определению, данному статьей 3 Федерального закона «О рекламе»:

реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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 - это 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 - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Распространенная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками – распространена по сетям электросвязи, направлена на привлечение

внимания и формирование интереса со стороны потребителей как к Банку ГПБ (АО), так и к его продуктам (финансовым услугам).

При этом указанная реклама распространена с нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе:

По утверждению заявителя, рекламная информация была направлена без ее предварительного согласия на получение рекламы, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», согласно которой 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 **именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.**

Кроме того, в силу части 3 статьи 28 Федерального закона «О рекламе» если реклама услуг, связанных с предоставлением кредита или займа, использованием 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.

В соответствии с абзацем 2 пункта 25 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 *«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 нарушение части 3 статьи 28 Федерального закона «О рекламе» в сообщении, направленном заявителю 06.11.2022 в 16:36 час., содержится информация только о сумме кредита и процентной ставке (1100 000 р. от 4%) при отсутствии сведений об иных условиях, влияющих на стоимость кредита для заемщика.

По определению (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») **ненадлежащая** реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

На запрос Омского УФАС России ООО «Т2 Мобайл» представлена информация, согласно которой направление 02.11.2022 в 09:04 час. и 06.11.2022 в 16:36 час. смс-сообщений от абонента, имеющего обозначение «**Gazprombank**», осуществляло ООО «Новые мобильные коммуникации» на основании договора № 589/SMS-BULK от 01.08.2021.

Определение Омского УФАС России от 09.01.2023 в отношении ООО «Новые мобильные коммуникации» было возбуждено дело № 055/05/18-1/2023 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 и части 3 статьи 28 Федерального закона «О рекламе».

В ответ на указанное определение ООО «Новые мобильные коммуникации» была представлена информация, согласно которой «... 1. Содержание СМС-сообщений, указанных в Определении Омского УФАС России, не должны квалифицироваться в качестве рекламы.

Согласно п. 1 ст. 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон 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.

В соответствии со ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи), 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.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения рекламы по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный телефонный номер лица, предполагается положениями ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе и **не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенных СМС-сообщений.**

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.

Напротив, в текстах данных СМС-сообщений присутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Тексты этих СМС-сообщений содержат в себе указание на конкретного адресата (Анна Евгеньевна), в связи с чем содержание таких СМС-сообщений имеет ограничение по кругу распространения, исходя из своего содержания, а значит не может быть признано рекламой.

Подтверждений отправки аналогичных сообщений иным адресатам, а также массовости предложений банка, указанных в Определении Омского УФАС, в текстах СМС-сообщений для иных потребителей у ООО «НМК» отсутствуют.

2. Содержание СМС-сообщения, указанного в Определении Омского УФАС России, не противоречит ч. 3 ст. 28 Закона о рекламе, т.к. вся необходимая информация доведена до клиента Банка, в т.ч. посредством гиперссылки, что допускается законодательством РФ и подтверждается судебной практикой.

В силу ч. 3 ст. 28 Закона о рекламе установлено, что 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 от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)», для заемщика и влияющие на нее.

При этом 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 (ч. 7 ст. 5 Закона о рекламе).

В свою очередь 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 (п. 1 ст. 1 Закона о рекламе).

Таким образом, законодательство о РФ разрешает распространять рекламу, в т.ч. услуг, связанных с предоставлением кредита или займа, пользованием им и погашением кредита или займа, посредством СМС-сообщений, а также указания в них гиперссылок на сайты в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

В этой связи, вся необходимая информация была в полном объеме доведена АО «Газпромбанк» до своего клиента посредством возможного ознакомления с ней путем перехода по гиперссылке на страницу банка в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», указанной в СМС-сообщении.

Данная гиперссылка сразу после перехода по ней клиента («клик» на телефоне) предоставляет клиенту Банка всю исчерпывающую информацию о его услуге, в т.ч. условиях, указанных в ч. 3 ст. 28 Закона о рекламе, соответственно потребитель при просмотре СМС-сообщения и соответствующей страницы банка по гиперссылке в полном объеме автоматически получает всю необходимую информацию по соответствующим финансовым услугам и их получению, а значит, в таком случае отсутствуют признаки нарушения законодательства о рекламе.

Данные доводы подтверждаются выводами из судебной практики, в том числе, но не ограничиваясь: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от № 004-7178/2021 по делу № А45-5279/2021, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 16.06.2017 № Ф05-6973/2017 по делу № А40-163198/2016 (Определением Верховного Суда РФ от 23.11.2017 № 305-КГ17-14205 отказано в передаче дела № А40-163198/2016 в Судебную коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного Постановления)).

Таким образом, полагаем, что текст СМС-сообщения, отправленного АО «Газпромбанка» в полном объеме соответствует ч. 3 ст. 28 Закона о рекламе.

3. ООО «НМК» не является рекламодателем и рекламодателем СМС-Сообщений, указанных в Определении Омского УФАС России.

В соответствии с заключенным между ООО «Т2 Мобайл» и ООО «НМК» договором № 589/SMS-BULK от 01.08.2021 (далее - Договор № 589/SMS-BULK) ООО «Т2 Мобайл» оказывает услуги в интересах ООО «НМК» либо его Клиентов.

Под Клиентом согласно п. 1.3 Договора № 589/SMS-BULK понимается юридическое лицо и/или физическое лицо, установившее с ООО «НМК» договорные отношения, в рамках которых ООО «НМК» вправе в интересах Клиента заказывать услуги по Договору № 589/SMS-BULK.

Таким Клиентом для ООО «НМК» (далее - Исполнитель) является АО «Газпромбанк» (далее - Заказчик) на основании заключенного между ними Договора № GTV-28072021 от 27.08.2021 (далее - Договор № GTV-28072021).

Согласно п. 2.1 Договора № GTV-28072021 Заказчик поручает, а Исполнитель берет на себя обязательства по оказанию услуг Заказчику по передаче через КПИ СМС-сообщений от Заказчика до СМСЦ Исполнителя и/или оборудования Оператора в реальном масштабе времени (далее - «Услуги») в порядке и объеме, согласованном Сторонами в настоящем Договоре. Состав Услуг включает:

- Подключение Заказчика к платформе А2Р Исполнителя;
- Шаблонизацию трафика СМС-сообщений от Заказчика;
- Сбор, учет, регистрацию Имен отправителей у Операторов;
- **Передачу СМС-сообщений до СМС-Центра Исполнителя и/или оборудования Операторов в реальном масштабе времени в неизменном виде;**
- Сбор и учет отправленных СМС-сообщений в разрезе Имен отправителей.

На основании раздела 1 Договора № GTV-28072021 под Именем отправителя понимается условное обозначение, состоящее из букв и/или цифр, отображаемое в Сообщениях в поле «Отправитель».

В соответствии с п. 2.2. Договора № GTV-28072021 Имена отправителей, используемые Заказчиком в рамках Договора, согласованы Сторонами в Приложении № 1 к Договору.

Так в п. 11 Приложения № 1 к Договору № GTV-28072021 в качестве Имени отправителя определено: «Gazprombank».

Таким образом, **Имя отправителя «Gazprombank», с которого были отправлены СМС-Сообщения, указанные в Определении Омского УФАС России, принадлежит и используется Заказчиком таких рассылок, т.е. АО «Газпромбанк».**

Как определено п. 3.1.2 Договора № GTV-28072021 **Заказчик обязуется самостоятельно определять объект (предмет) рассылки, а также содержание СМС-сообщения, получателя, время рассылки. Обеспечить соблюдение требований действующего законодательства Российской Федерации при формировании СМС-сообщений и гарантировать, что СМС-сообщения не содержат информации, распространение которой запрещено действующим законодательством Российской Федерации, не содержит нецензурных слов и выражений на любом языке, не содержат политическую агитацию.**

При использовании персональных данных Абонентов Заказчик обязан соблюдать требования Федерального закона «О персональных данных» № 152-ФЗ от 27 июля 2006 года, а также других нормативных актов, регулирующих правоотношения в данной области.

В соответствии с п. 3.1.1 Договора № GTV-28072021 **Заказчик обязуется не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ, если рассылка осуществляется по списку Абонентов, предоставленному Заказчиком. В частности, сообщения, согласие Абонента на получение которых у Заказчика отсутствует, объявляются СПАМом.**

Под СПАМом в соответствии с разделом 1 Договора № GTV-28072021 понимается рассылка Сообщений рекламного или иного характера, которая инициирована Заказчиком без согласия Абонентов и/или вводящая Абонентов в заблуждение относительно характера таких

Сообщений или их отправителя.

В соответствии с п. 7.4 Договора № GTV-28072021 ответственность за формирование, содержание, определение получателя, время, отправку СМС-сообщений несет Заказчик, если список Абонентов, по которому осуществляется рассылка, определяются Заказчиком. Исполнитель в соответствии с ч. 2 ст. 23 Конституции Российской Федерации, ст. 63 Закона о связи не вправе осуществлять проверку направляемых Заказчиком через КПИ сообщений.

Таким образом, инициатором отправки, указанных в Определении Омского УФАС России, СМС-сообщений 02.11.2022 в 09:04 и 06.11.2022 в 16:36 на абонентский номер <...> с имени отправителя «Gazprombank» выступал Заказчик, т.е. АО «Газпромбанк».

При этом в силу договорных отношений и технических особенностей у ООО «НМК» отсутствует возможность либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы.

Исходя из изложенного, ООО «НМК» при оказании услуг по приему и передаче СМС-сообщений во исполнение Договора № 589/SMS-BULK и Договора № GTV-28072021, является технологическим посредником между Заказчиком рассылки АО «Газпромбанк», формирующим перечень адресатов/абонентов и тексты рассылки, и оператором подвижной радиотелефонной связи ООО «Т2 Мобайл», доставляющим такие СМС-сообщение до конечного адресата/абонента.

Т.е. ООО «НМК» осуществляет лишь технологические действия, обеспечивающие Заказчику - инициатору рассылки (АО «Газпромбанк») возможность ее совершать, не осуществляя при этом оценку содержания рассылки, что прямо вытекает из положений Конституции Российской Федерации (п. 2 ст. 23), Закона о связи, гарантирующих тайну связи.

Техническое вовлечение ООО «НМК» в процесс распространения СМС-сообщений в описанных случаях не означает возникновения между ним и получателем таких сообщений рекламных правоотношений, не превращает ООО «НМК» в рекламодателя и/или рекламораспространителя и, соответственно, не порождает каких-либо его рекламных обязательств...

...В целях подтверждения получения Заказчиком надлежащим образом оформленного согласия пользователя абонентским номером <...> на получение рекламы в СМС-Сообщениях, направленных 02.11.2022 в 09:04 час. и 06.11.2022 в 16:36 час. АО «Газпромбанк» с использованием имени отправителя «Gazprombank», а также по вопросу несоответствия содержания отправленных таких сообщений требованиям, установленным частью 3 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», ООО «НМК» направило в АО «Газпромбанк» запрос от 19.01.2023 № 0007/2023.

В ответе от 23.01.2023 № 29123/779 АО «Газпромбанк» сообщило об отсутствии у банка основания для предоставления документа, подтверждающего согласие пользователя абонентским номером <...> на получение рекламных сообщений, т.к. данные сведения, по мнению банка, составляют банковскую тайну в силу ст. 26 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности», ст. 857 ГК РФ.

С учетом изложенного и фактически сложившихся отношений между ООО «НМК» и ООО «Т2 Мобайл» по Договору № 589/SMS-BULK, а также между ООО «НМК» и АО «Газпромбанк» по Договору № GTV-28072021, ООО «НМК» не является рекламораспространителем и рекламодателем и не несет ответственность за формирование отправленных СМС-сообщений, их содержание и обеспечение получения согласий от адресата / абонента на получение рекламы по сетям электросвязи от АО «Газпромбанк» с имени отправителя «Gazprombank».

Таким образом, ООО «НМК» является ненадлежащим лицом, в отношении которого возбуждено и назначено к рассмотрению дело № 055/05/18-1/2023 по признакам нарушения требований ч. 1 ст. 18 и ч. 3 ст. 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»...».

На заседании Комиссии 07.02.2023 представитель ООО «Новые мобильные коммуникации» поддержал вышеуказанную позицию.

В пункте 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» установлено, рекламодаделец - это изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Исходя из определения, данного в пункте 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», Банк ГПБ (АО) является рекламодателем.

Кроме того, учитывая, что ООО «Новые мобильные коммуникации» обеспечивает лишь техническую возможность передачи смс-сообщений от Банка ГПБ (АО) до конечных получателей, самостоятельно не определяет конечных абонентов, следовательно, в данном случае ООО «Новые мобильные коммуникации» не может рассматриваться в качестве рекламодателя.

Статус рекламодателя в случае распространения рекламных рассылок по сети электросвязи фактически имеет лицо, по чьей инициативе происходит рассылка, то есть либо заказчик рассылки, инициировавший рекламную рассылку в рамках соответствующего договора на ее осуществление, либо непосредственно сам оператор связи, если рассылка происходит по его инициативе. Само по себе создание сети связи и поддержание ее работы соответствующим оператором не может быть приравнено к распространению рекламы.

Таким образом, исходя из определения, данного в пункте 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», рекламодателем при направлении 02.11.2022 в 09:04 час. и 06.11.2022 в 16:36 час. в адрес заявителя (абонентский номер <...>) смс-сообщений рекламного характера выступает Банк ГПБ (АО).

Частью 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» установлено, что рекламодаделец несет ответственность за нарушение требований, установленных частью 3 статьи 28 Федерального закона «О рекламе».

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Учитывая установленные при рассмотрении дела обстоятельства, в связи с необходимостью получения дополнительных доказательств и привлечения к участию в деле иных лиц, в соответствии с пунктами 31- 33 и 38 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Рассмотрение дела № 055/05/18-1/2023 отложить.
2. Продлить срок рассмотрения дела № 055/05/18-1/2023 до 09.04.2023.
3. Назначить рассмотрение дела № 055/05/18-1/2023 на **14.03.2023 в 15:00 часов** по адресу: г.

Омск, пр. К. Маркса, д. 12 А, к. 102.

4. Привлечь к рассмотрению дела в качестве лица, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе – «Газпромбанк» (Акционерное общество) (ИНН 7744001497, ОГРН 1027700167110, 117420, г. Москва, ул. Наметкина, д. 16, к. 1).

5. «Газпромбанк» (Акционерное общество) в срок **до 07.03.2023** представить в адрес Управления письменные пояснения по факту распространения в адрес <...> (абонентский номер <...>) 02.11.2022 в 09:04 час. и 06.11.2022 в 16:36 час. рекламной информации, содержащей признаки нарушения требований части 1 статьи 18 и части 3 статьи 28 Федерального закона «О рекламе».

Ссылка на предоставление возможности участия в рассмотрении дела путем видеоконференцсвязи (далее – ВКС): <https://fas3.tconf.rt.ru/c/3374789301>.

С инструкцией для участников ВКС можно ознакомиться по ссылке: https://fas.gov.ru/in_ca.pdf.

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии: <...>