

РЕШЕНИЕ

по делу № 055/05/18-1116/2022

18 января 2023 года
Омск

город

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

председатель Комиссии – (...)

члены Комиссии: (...)

рассмотрев материалы дела № 055/05/18-1116/2022 по факту распространения акционерным обществом «Азиатско-Тихоокеанский банк», ИНН 2801023444, ОГРН 1022800000079 (далее – АО «Азиатско-Тихоокеанский банк», Общество) рекламы, нарушающей требования частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»), в отсутствие заявителя, извещенного надлежащим образом,

в присутствии представителя АО «Азиатско-Тихоокеанский банк» (...)

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России направлено обращение физического лица по факту распространения рекламы по сетям электросвязи посредством поступления 12.10.2022 в 13:09 часов (время омское) на абонентский номер +7(...) телефонного звонка от абонента +7 (...).

В качестве доказательства факта поступления телефонного звонка заявителем приложена аудиозапись следующего содержания:

-Добрый день, Ярослав Геннадьевич - это вы?

-Я.

-Ярослав Геннадьевич - это вы?

-Я.

-Анастасия, Азиатско-Тихоокеанский банк, рады сообщить о возможности сэкономить с нашим банком, сейчас расскажу подробнее. Предлагаем оформить кредит или кредитную карту на выгодных условиях. Давайте подберем для вас варианты, хорошо?

- Хорошо.*
- Предлагаю познакомиться с интересными предложениями, готовы?*
- Готовы.*
- Один вопрос, скажите, пожалуйста, вы сейчас трудоустроены более трех месяцев? Хорошо оставайтесь на линии, соединяю вас с моим коллегой.*
- Добрый день, меня зовут Ольга, я представляю Азиатско-Тихоокеанский банк. Вы*

ранее общались с нашим голосовым помощником, вас заинтересовал наш кредитный продукт, подскажите как могу к вам обращаться?

- Подскажите, пожалуйста, почему вы мне звоните с рекламной информацией, когда я не давал согласия на это?
- Автоматически звонки распределяются системой, если вы хотите, чтобы вас больше не беспокоили. рекомендуем обратиться в отделение банка, написать заявление, чтобы вас отключили из списка звонков.
- То есть я должен в ваше отделение пойти, вы нашли мой номер, стали мне звонить...
- В таком случае вам не будут поступать звонки, только в таком случае вам не будут поступать звонки ...
- Вы же нарушаете антимонопольное законодательство, которое прямо гласит, что это запрещено...
- Обратитесь, пожалуйста, в отделение, чтобы ваш номер исключили из списка звонящих...- А вы не можете исключить меня? (продолжительность 1 минута 37 секунд).

По утверждению заявителя, вышеуказанная реклама распространялась без его предварительного согласия на её получение.

Установлено, что абонентский номер +7(...), с которого распространялась реклама, выделен АО «Азиатско-Тихоокеанский банк».

Определением от 21.12.2022 Омским УФАС России в отношении Общества возбуждено дело № 055/05/18-1116/2022 по признакам нарушения частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», заседание Комиссии назначено на 18.01.2023 в 15:30 часов.

О дате и времени заседания Комиссии Общество уведомлено надлежащим образом (почтовый идентификатор отправления 644010 72 76718 7), представлены письменные пояснения (вх. № 260-эп/23 от 12.01.2023):

«1. Поступивший на номер Заявителя телефонный звонок не содержал в себе рекламу, спорное сообщение не отвечает признакам рекламы, закреплённым в ст. 3 Закона о рекламе, в связи с чем отсутствует состав вмененного административного правонарушения.

2. Согласие клиента на информирование об услугах Банка было выражено Клиентом двумя способами:

- путем подписания заявления на получение денежных средств от 29.10.2021 и присоединения к условиям платежной системы «Золотая корона» (п. 5.13 Условий);
- в телефонном разговоре с сотрудником Банка (после предложения сотрудника подобрать варианты кредитования Клиент ответил «хорошо»).

На заседании Комиссии представитель Общества (...) поддержал позицию, изложенную в пояснениях, отметил, что рассматриваемая информация действительно рекламой не является, поскольку не содержит индивидуальных характеристик, «из содержания невозможно установить, какой именно кредит предоставляется», целью осуществления звонка было предложение для клиента «получить рекламу», при этом клиент дважды дал согласие на получение рекламы: при заполнении заявления «Золотая корона» и непосредственно во время телефонного разговора.

Изучив имеющиеся материалы дела, Комиссия установила следующее.

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.

Факт поступления телефонного звонка с абонентского номера +7(...), принадлежащего АО «Азиатско-Тихоокеанский банк», на абонентский номер +7(...) подтвержден оператором связи заявителем посредством представленной в адрес Омского УФАС России детализацией входящих телефонных звонков, что не оспаривается Обществом.

Статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» установлены понятия:

- 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;
- абонент - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации;
- оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

В телефонном разговоре озвучены: объект рекламирования (продавец товара) - АО «Азиатско-Тихоокеанский банк», товар – кредит и кредитная карта, при этом указаны «положительные» характеристики товара: «возможность сэкономить», «на выгодных условиях». Исходя из содержания разговора, конечной целью осуществления телефонного звонка является стимулирование у потенциального клиента интереса к АО «Азиатско-Тихоокеанский банк» и его продуктам, продвижение на рынке, выделение его среди иных финансовых организаций, формирование к нему положительного отношения и закрепление в памяти потребителя.

При этом термин «реклама», обозначенный в части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», предполагает значение, отличающееся от общего понятия «реклама», данного в статье 3 Федерального закона «О рекламе», 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.

Таким образом, в силу специфики способа распространения, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный абонентский номер, предполагается нормами законодательства о рекламе (часть 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе») и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенной информации.

Комиссия считает, что в данном случае информация о предложении Общества по оформлению кредита или кредитной карты на выгодных условиях является рекламой, поскольку 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 и отчества абонента), представляет интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

Комиссия Омского УФАС России отмечает, что обращение к потенциальному клиенту по имени, отчеству 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.

С учетом изложенного рассматриваемая информация, доведенная до сведения абонента +7(...) посредством телефонного звонка, отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы.

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 (часть 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе»).

В качестве доказательства наличия у АО «Азиатско-Тихоокеанский банк» согласия абонента +7(...) физического лица на получение денежных средств от 29.10.2021 (далее - Заявление), согласно которому клиент согласен на обработку персональных данных и *«ознакомлен и полностью согласен с Условиями осуществления денежных переводов «Золотая корона» ...»*.

Типовой бланк Заявления не оставляет клиенту права выбора на получение либо отказ от получения рекламной информации ввиду отсутствия в нем соответствующей графы.

Относительно получения согласия на распространение рекламы пункт 5.13 Условий осуществления денежных переводов «Золотая корона» (далее – Условия) содержит следующее: *Организатор и операторы услуг платежной инфраструктуры Платежной системы «Золотая корона» /субъекты Оферты имеют право использовать персональные данные Клиентов с целью информировать об услугах и предложениях Организатора и субъектов Платежной системы/Оферты, о рекламных, маркетинговых и иных акциях Организатора и субъектов системы/Оферты, а также сообщения данной информации любым доступным способом: короткое текстовое сообщение (SMS), информационный блок в Заявлении, электронная почта, мобильный телефон, электронное сообщение с*

использованием информационных систем и (или) программ, предназначенных и (или) используемых для обмена электронными сообщениями (сервис обмена мгновенными сообщениями – мессенджерами), а также посредством голосовых сообщений в рамках телефонного оповещения, в том числе автоматическом режиме (услуга автодозвона) и т.д. Клиент дает согласие в соответствии с п.1 ст. 18 Федерального закона Российской Федерации от 13.03.2006 г. № 38ФЗ «О рекламе» на получение вышеуказанной информации по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи. Клиент имеет право отозвать свое согласие путем направления письменного заявления по адресу Организатора (630055, г. Новосибирск, ул. Шатурская, 2) с указанием сведений себе. Дате и основании предоставления согласия. Перечень операторов услуг платежной инфраструктуры Платежной системы «Золотая корона» /субъектов Оферты размещен в сети «Интернет» на сайте www.zolotayakorona.ru.

Таким образом, в случае нежелания получать рекламную информацию Организатором единолично предусмотрена необходимость направления соответствующего письма в его адрес.

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, 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.

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, что недопустимо в контексте пункта 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

При этом Комиссия обращает внимание на тот, факт, что в Заявлении указаны сведения об абоненте +7(...)(фамилия, имя, отчество, паспортные данные, адрес регистрации), вместе с тем рассматриваемая реклама распространялась в адрес абонента +7(...)

Относительно озвученного Обществом довода о том, что согласие абонента +7(...) на распространение рекламы было получено во время телефонного разговора стоит отметить следующее. Аудиозапись телефонного разговора «состоит» из двух частей:

- «разговор с голосовым помощником»

« - Добрый день, Ярослав Геннадьевич - это вы?

-Я.

-Ярослав Геннадьевич - это вы?

-Я.

- Анастасия, Азиатско-Тихоокеанский банк, рады сообщить о возможности сэкономить с нашим банком, сейчас расскажу подробнее. Предлагаем оформить кредит или кредитную карту на выгодных условиях. Давайте подберем для вас варианты, хорошо?
- Хорошо.
- Предлагаю познакомиться с интересными предложениями, готовы?
- Готовы.
- Один вопрос, скажите, пожалуйста, вы сейчас трудоустроены более трех месяцев? Хорошо оставайтесь на линии, соединяю вас с моим коллегой»;
- «разговор с представителем АО «Азиатско-Тихоокеанский банк»

«- Добрый день, меня зовут Ольга, я представляю Азиатско-Тихоокеанский банк. Вы ранее общались с нашим голосовым помощником, вас заинтересовал наш кредитный продукт, подскажите как могу к вам обращаться?»

- Подскажите, пожалуйста, почему вы мне звоните с рекламной информацией, когда я не давал согласия на это?
- Автоматически звонки распределяются системой, если вы хотите, чтобы вас больше не беспокоили. рекомендуем обратиться в отделение банка, написать заявление, чтобы вас отключили из списка звонков.
- То есть я должен в ваше отделение пойти, вы нашли мой номер, стали мне звонить...
- В таком случае вам не будут поступать звонки, только в таком случае вам не будут поступать звонки ...
- Вы же нарушаете антимонопольное законодательство, которое прямо гласит, что это запрещено...
- Обратитесь, пожалуйста, в отделение, чтобы ваш номер исключили из списка звонящих...- А вы не можете исключить меня...».

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» указано, что согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Таким образом, согласие на получение рекламной информации по сетям электросвязи может быть получено в устной форме при соблюдении следующих условий:

- проведение идентификации абонента;
- согласие должно быть предварительным, то есть рекламная информация может быть озвучена только после получения согласия;
- формулировка на получение согласия должна быть однозначной и недвусмысленной, позволяющей точно определить, что звонящий спрашивает согласие на доведение до абонента информации именно рекламного характера;
- формулировка на получение согласия должна предоставлять возможность абоненту изначально отказаться от получения (прослушивания) рекламной информации.

Вышеуказанные условия не были соблюдены, поскольку, исходя из содержания

аудиозаписи: «Добрый день, Ярослав Геннадьевич - это вы? -Я. -Ярослав Геннадьевич - это вы? -Я.- Анастасия, Азиатско-Тихоокеанский банк, рады сообщить о возможности сэкономить с нашим банком, сейчас расскажу подробнее. Предлагаем оформить кредит или кредитную карту на выгодных условиях. Давайте подберем для вас варианты, хорошо? – Хорошо...», после идентификации гражданина была сразу же озвучена рекламная информация.

Таким образом, устное согласие абонента +7(...) на получение рекламной информации АО «Азиатско-Тихоокеанский банк» получено не было.

В силу части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Анализ аудиозаписи телефонного разговора, состоявшегося между абонентами +7(...) и +7(...), позволяет сделать вывод о том, что рассматриваемый телефонный звонок был осуществлен с помощью применения средств выбора и набора абонентского номера без участия человека, посредством специального программного обеспечения автоинформатором («голосовым помощником», «голосовым роботом») озвучивался заранее записанный аудиофрагмент (первая часть телефонного разговора), содержащий рекламную информацию и подготавливающий потенциального клиента к разговору с работником АО «Азиатско-Тихоокеанский банк».

Указанное также подтверждается сотрудником АО «Азиатско-Тихоокеанский банк» во второй части телефонного разговора («- Добрый день, меня зовут Ольга, я представляю Азиатско-Тихоокеанский банк. Вы ранее общались с нашим голосовым помощником...») и не оспаривается представителем Общества (...)

Рекламодатель - это изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо, рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункты 5 и 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Исходя из определения, данного в пункте 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», АО «Азиатско-Тихоокеанский банк» является и рекламодателем, и рекламодателем.

Ответственность за нарушение требований частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламодатель.

Рассмотрев материалы дела, заслушав пояснения, Комиссия пришла к выводу о нарушении АО «Азиатско-Тихоокеанский банк» частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы по сетям электросвязи посредством телефонного звонка.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы, в целях обеспечения реализации права потребителя на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства о рекламе.

В силу пункта 1 части 2 статьи 33 Федерального закона «О рекламе» антимонопольный

орган вправе выдавать рекламоделателям, рекламопроизводителям, рекламодателям, рекламодателям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В материалы дела представлена информация и доказательства (скриншот автоматизированной банковской системы) о том, что в настоящее время абонентские номера +7(...) удалены из «базы прозвона».

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 48 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

РЕШИЛА:

1. Признать действия АО «Азиатско-Тихоокеанский банк» (ИНН 2801023444, ОГРН 1022800000079), выразившиеся в распространении 12.10.2022 рекламы по сетям электросвязи посредством осуществления телефонного звонка с абонентского номера +7(...) на абонентский номер +7(...), нарушающими требования частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».
2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе АО «Азиатско-Тихоокеанский банк» не выдавать.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу антимонопольного органа для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 26.01.2023.

Решение может быть обжаловано в Арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.