

**Управление Федеральной антимонопольной службы
по Республике Коми**

РЕШЕНИЕ

28 июня 2019 года

(изготовление решения в полном объеме)

14 июня 2019 года

(оглашение резолютивной части)

№ 03-01/4827

г. Сыктывкар

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

<...>;

рассмотрев дело № 011/05/18-269/2019, возбужденное в отношении <...> 11 часов 59 минут посредством звонка с абонентского номера <...> на абонентский номер <...> рекламы услуги по открытию расчетного счета по партнёрской программе в Тинькофф Банк (далее - рассматриваемая реклама), с признаками нарушения требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в присутствии:

- заявителя – <...>;

в отсутствие:

- <...>, <...>, надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела, направивших ходатайства о рассмотрении дела в свое отсутствие;

- АО «Тинькофф Банк», ПАО «МегаФон», надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми поступило обращение <...> (далее – <...>, заявитель) от 12.03.2019 (вход. № 1202 от 12.03.2019) о распространении 13.02.2019 в 11 часов 59 минут посредством звонка с абонентского номера <...> на абонентский номер <...> рекламы следующего содержания:

«- <...>, здравствуйте.

- Здравствуйте.

- <...>, звоню с предложением о партнёрской программе открыть расчетный счет для Вашего ИП и получить 2000 рублей на расчетный счет. Удобно обсудить детали Вам?

- А у Вас откуда такие данные, что ИП открыто?

- Из налоговой.

- А налоговая не дает такие данные. А какой у Вас банк?

- По партнерской программе Тинькофф банк.

- Тинькофф банк. У меня к Вам, молодой человек, большая просьба – не звоните мне, пожалуйста, с данными предложениями. Если я решу что-то открыть, то я это сделаю самостоятельно, наберу Вас сама. Большая просьба – поставьте большую галку напротив <...> – звонить не надо!

- Хорошо.

- До свидания, спасибо за понимание» (далее - рассматриваемая реклама).

По результатам рассмотрения указанного обращения принято решение о возбуждении дела № 011/05/18-269/2019 в отношении <...> по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, о чем вынесено соответствующее определение № 03-01/3676 от 17.05.2019.

Из материалов дела № 011/05/18-269/2019 (далее – рекламное дело) усматривается нижеследующее.

В соответствии с п. 1 ст. 3 Закона о рекламе реклама – 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.

Вышеуказанная информация содержит все правовые признаки рекламы:

- распространена посредством звонка;
- адресована неопределенному кругу лиц;
- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования: услуге по открытию расчетного счета по партнёрской программе в Тинькофф Банк, формирование или поддержание интереса к ней, и её продвижение на рынке.

Таким образом, указанная информация, распространенная посредством звонка на абонентский номер <...>, является рекламой.

В силу положений, установленных 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.

Согласно п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

В соответствии с Разъяснениями ФАС России от 14.06.2012 «О порядке применения статьи 18 Федерального закона «О рекламе» реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

<...> указывает, что согласия на получение рассматриваемой рекламы ей не давалось.

Согласно ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, несет ответственность рекламораспространитель.

В соответствии с ч. 8 ст. 38 Закона о рекламе, рекламопроизводитель несет ответственность за нарушение требований, указанных в ч.ч. 6, 7 ст. 38 Закона о рекламе, в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

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

В соответствии с п. 6 ст. 3 Закона о рекламе рекламопроизводитель – лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму.

В письме ФАС России № АК/16266 от 28.04.2011 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» разъяснено, что 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. В названном письме также обращено внимание на то, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламодателем не является.

Как следует из письменных пояснений <...> и заявителя, а также из устных пояснений заявителя, данных в ходе рассмотрения дела 14.06.2019, <...> передавал в пользование <...> номер телефона <...> с 26.12.2011 на постоянное владение. <...> не давал никому своего согласия на получение рекламы на указанный абонентский номер <...> Рассматриваемый абонентский номер в период с 03.12.2015 по 26.03.2019 был оформлен на <...>.

Как следует из письменных пояснений <...>, имеющих в материалах рекламного дела, <...> осуществлял звонок 13.02.2019 в 11 часов 59 минут с личного номера <...> на абонентский номер <...> в рамках оказания содействия партнеру, привлеченному им на основании Договора с АО «Тинькофф Банк». <...> оказывает АО «Тинькофф Банк» услуги в соответствии с Договором оказания возмездных услуг по привлечению партнеров для сотрудничества с Банком. В силу данного договора <...> привлекает партнеров для Банка с целью заключения партнером и Банком Договора возмездного оказания услуг по привлечению партнером клиентов и продажи продуктов Банка (например, расчетно-кассового обслуживания). 13.02.2019 один из привлеченных <...> партнеров (какой именно партнер, <...> не помнит), который на основании заключенного договора с Банком привлекает ему новых клиентов, позвонил <...> и попросил помочь дозвониться до клиента. С целью оказания содействия партнеру <...> осуществил указанный звонок на номер абонента, предоставленный партнером, и предложил ему открыть расчетный счет для индивидуального предпринимателя в Банке.

Договор на оказание услуг с партнером <...> не заключался. В ходе телефонного звонка <...> уточнил у абонента, будет ли ему удобно обсудить детали рекламного предложения, чтобы получить его согласие на распространение рекламной информации в соответствии с ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе. Согласие абонента было выражено в форме уточняющих вопросов, в том числе о названии Банка, из которых следовало, что абонент заинтересован в продолжении разговора и уточнении информации о продукте. Озвученная формулировка: «звоню с предложением о партнёрской программе открыть расчетный счет для Вашего ИП и получить 2000 рублей на расчетный счет. Удобно обсудить детали Вам?» являлась однозначной и позволяла абоненту определить, что <...> запрашивает согласие на доведение информации рекламного характера, а также предоставляла заявителю возможность изначально отказаться от прослушивания рекламы. Поскольку абонент продолжил разговор и задал дополнительные вопросы, он был заинтересован в получении рекламной информации, поэтому предварительное согласие на распространение абоненту рекламы было получено <...> в устной форме и он, как рекламораспространитель, не должен нести ответственность в связи с нарушением законодательства о рекламе. Звонок осуществлялся один раз - 13.02.2019 и после отказа абонента от дальнейшего получения рекламы её распространение со стороны <...> было прекращено. Несмотря на то, что звонок абоненту осуществлялся не в рамках заключенного договора с АО «Тинькофф Банк», а с целью помощи привлеченному партнеру, требования Закона о рекламе были им соблюдены.

Согласно письменным пояснениям, представленным АО «Тинькофф Банк», <...>.

Как следует из письменных пояснений АО «Тинькофф Банк», <...>.

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

В соответствии с п. 1 ст. 2 Федерального закона № 126-ФЗ от 07.07.2003 «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.

Согласно ч. 1 ст. 44.1 Федерального закона № 126-ФЗ от 07.07.2003 «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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 частью 4 статьи 9 Федерального закона № 152-ФЗ от 27.07.2006 «О персональных данных» в случаях, предусмотренных федеральным законом, обработка персональных данных осуществляется только с согласия в письменной форме субъекта персональных данных.

Равнозначным содержащему собственноручную подпись субъекта персональных данных согласию в письменной форме на бумажном носителе признается согласие в форме электронного документа, подписанного в соответствии с федеральным законом электронной подписью. Согласие в письменной форме субъекта персональных данных на обработку его персональных данных должно включать в себя, в частности:

1) фамилию, имя, отчество, адрес субъекта персональных данных, номер основного документа, удостоверяющего его личность, сведения о дате выдачи указанного документа и выдавшем его органе;

2) фамилию, имя, отчество, адрес представителя субъекта персональных данных, номер основного документа, удостоверяющего его личность, сведения о дате выдачи указанного документа и выдавшем его органе, реквизиты доверенности или иного документа, подтверждающего полномочия этого представителя (при получении согласия от представителя субъекта персональных данных);

3) наименование или фамилию, имя, отчество и адрес оператора, получающего согласие субъекта персональных данных;

4) цель обработки персональных данных;

5) перечень персональных данных, на обработку которых дается согласие субъекта персональных данных;

6) наименование или фамилию, имя, отчество и адрес лица, осуществляющего обработку персональных данных по поручению оператора, если обработка будет поручена такому лицу;

7) перечень действий с персональными данными, на совершение которых дается согласие, общее описание используемых оператором способов обработки персональных данных;

8) срок, в течение которого действует согласие субъекта персональных данных, а также способ его отзыва, если иное не установлено федеральным законом;

9) подпись субъекта персональных данных.

В соответствии с частью 1 статьи 15 Федерального закона № 152-ФЗ от 27.07.2006 «О персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи, а также в целях политической агитации допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных. Указанная обработка персональных данных признается осуществляемой без предварительного согласия субъекта персональных данных, если оператор не докажет, что такое согласие было получено.

Таким образом, в силу действия правовых принципов и условий обработки персональных данных, установленных Федеральным законом № 152-ФЗ от 27.07.2006 «О персональных данных», при обработке персональных данных должны быть обеспечены точность персональных данных, их достаточность, а в необходимых случаях и актуальность по отношению к целям обработки персональных данных.

Из материалов дела усматривается, что <...> является рекламодателем рассматриваемой рекламы.

Доказательств того, что <...> было получено предварительное согласие <...> (<...>) на получение рассматриваемой рекламы, в материалы рекламного дела не представлено.

Документов, материалов, указывающих, что <...> приняты все достаточные меры по соблюдению требований ст. 44.1 Федерального закона № 126-ФЗ от 07.07.2003 «О связи», ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе при осуществлении 13.02.2019 в 11 часов 59 минут рекламного звонка на абонентский номер <...> Коми УФАС России при рассмотрении дела не получено, <...> не представлено.

Таким образом, доказательств того, что <...> было получено предварительное согласие <...> (<...>) на получение рассматриваемой рекламы, материалы рекламного дела не содержат.

Из материалов рекламного дела усматривается, что рекламодатель – <...>, на которого в силу ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе возложена ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, не предпринял достаточных мер для недопущения нарушения рекламного законодательства, по сути уклонился от обязанности по контролю за соответствием распространяемой посредством использования подвижной радиотелефонной связи в виде звонка рекламы Закону о рекламе, что является исключительной зоной ответственности рекламодателя.

В материалы дела представлены копии: <...>.

Согласно п. 1.1 договора оказания возмездных услуг по привлечению партнеров для сотрудничества с Банком <...>.

Из содержания скрипта телефонного звонка к договору оказания возмездных услуг по привлечению партнеров для сотрудничества с Банком не следует, что им предусмотрены предложения по приобретению продуктов банка, а именно по открытию расчетного счета для индивидуальных предпринимателей и организаций.

Кроме того, как следует из письменных пояснений <...>, звонок абоненту осуществлялся не в рамках заключенного договора с АО «Тинькофф Банк», а с целью помощи привлеченному партнеру.

<...> заявлен довод о том, что согласие абонента было выражено в форме уточняющих вопросов, в том числе о названии Банка, из которых следовало, что абонент заинтересован в продолжении разговора и уточнении информации о продукте. Озвученная формулировка: «звоню с предложением о партнёрской программе открыть расчетный счет для Вашего ИП и получить 2000 рублей на расчетный счет. Удобно обсудить детали Вам?» являлась однозначной и позволяла абоненту определить, что <...> запрашивает согласие на доведение информации рекламного характера, а также предоставляла заявителю возможность изначально отказаться от прослушивания рекламы. Поскольку абонент продолжил разговор и задал дополнительные вопросы, он был заинтересован в получении рекламной информации, поэтому предварительное согласие на распространение абоненту рекламы было получено <...> в устной форме и он, как рекламораспространитель, не должен нести ответственность в связи с нарушением законодательства о рекламе.

Комиссия признает вышеуказанный довод несостоятельным по следующим основаниям.

Из аудиозаписи телефонного разговора, представленной заявителем, следует, что при осуществлении рассматриваемого звонка на абонентский номер заявителя, сразу после приветствия <...> озвучено предложение «звоню с предложением о партнёрской программе открыть расчетный счет для Вашего ИП и получить 2000 рублей на расчетный счет. Удобно обсудить детали Вам?». Указанная формулировка изначально преследует цель продвижения на рынке определенной услуги, а именно услуги по открытию расчетного счета для ИП заявителя. При этом указание на то, что при открытии расчетного счета можно получить 2000 рублей на расчетный счет формирует интерес к указанному предложению, следовательно, продвигает его на рынке, что прямо указывает на признаки рекламы.

Указание <...> на то, что поскольку абонент продолжил разговор и задал дополнительные вопросы, он был заинтересован в получении рекламной информации, поэтому предварительное согласие на распространение абоненту рекламы было получено <...> в устной форме, Комиссией

признается несостоятельным, поскольку заявитель задавал указанные вопросы с целью выяснения, откуда звонившему известен номер телефона заявителя, для того чтобы с указанного банка ему больше не звонили, а не по причине заинтересованности предложением <...>.

Кроме того, как пояснила <...> на рассмотрении рекламного дела 14.06.2019, звонившие очень быстро произносят свои предложения, и она не успевает их прервать.

АО «Тинькофф Банк» заявлен довод о том, что <...>.

На рассмотрении рекламного дела 14.06.2019 <...> сообщила, что заключала договор с АО «Тинькофф Банк», но давала согласие на распространение рекламы только на момент получения кредитной карты. В настоящий момент кредит полностью выплачен и у нее есть подтверждение. Поскольку заявителю часто звонили с различными предложениями с АО «Тинькофф Банк», она просила поставить отметку, чтобы ей больше не звонили, как лиц, которые звонили, так и обращалась на «горячую линию» банка. Таким образом, отказ от получения рекламы был выражен <...> в адрес банка в устной форме.

Кроме того, представленное банком согласие заявителя на распространение рекламы не может быть расценено как предоставление <...> такого согласия, поскольку указанное согласие было выражено заявителем в адрес АО «Тинькофф Банк», а <...> распространил рекламу по телефонному номеру <...> без согласования с Банком и без его поручения, данный звонок осуществлялся не в рамках заключенного договора с АО «Тинькофф Банк».

Таким образом, <...> не представлено доказательств того, что им было получено предварительное согласие <...> (<...>) на получение рассматриваемой рекламы.

Комиссией в ходе рассмотрения рекламного дела установлено, что нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, произошло по вине рекламораспространителя рассматриваемой рекламы <...>.

Из материалов рекламного дела усматривается, что <...> не предпринято должных мер, направленных на соблюдение требований законодательства Российской Федерации о рекламе при распространении рассматриваемой рекламы, что и привело к нарушению.

Таким образом, <...> нарушены требования ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Согласно разъяснениям ФАС России по применению ст. 18 Закона о рекламе «распространение» в контексте Закона о рекламе не означает направление электросигнала, транслирующего рекламу, к приемному

устройству, а означает момент, когда реклама становится доступной для восприятия потребителя; местом совершения правонарушения будет являться территория субъекта Российской Федерации, на которой была распространена (доведена до потребителя) реклама. При этом определение субъекта Российской Федерации, на территории которого совершено правонарушение, должно осуществляться путем установления принадлежности абонентского номера к диапазону номеров, выделенному оператору сотовой связи на территории конкретного субъекта Российской Федерации.

Согласно информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (http://www.rossvyaz.ru/activity/num_resurs/registerNum/), абонентский номер заявителя <...> входит в диапазон номеров, выделенный оператору сотовой связи на территории Республики Коми.

Заявитель проживает в <...>.

Следовательно, субъектом Российской Федерации, на территории которого была распространена (доведена до потребителя) реклама, является Республика Коми.

На дату принятия Комиссией решения в материалах рекламного дела отсутствуют доказательства прекращения распространения ненадлежащей рекламы.

В связи с изложенным, Комиссия приходит к выводу о необходимости выдачи <...> предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и прекращении распространения ненадлежащей рекламы.

На основании изложенного, руководствуясь п. 4 ст. 3, п. 2 ч. 1 ст. 33, п. 7 ч. 2 ст. 33, ч. 1 ст. 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37 – 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, п. 3.58, 3.59 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного Приказом ФАС России от 23.11.2012 № 711/12, Комиссия

Р Е Ш И Л А:

1. Признать рекламу услуги по открытию расчетного счета по партнёрской программе в Тинькофф Банк, распространенную 13.02.2019 в 11 часов 59

минут посредством звонка с абонентского номера <...> на абонентский номер <...>, ненадлежащей, поскольку она распространена с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

2. Выдать <...> предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и прекращении распространения указанной в п. 1 Решения ненадлежащей рекламы.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Коми УФАС России для возбуждения в отношении <...> дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение в полном объеме изготовлено 28 июня 2019 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня принятия решения в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии _____ <...>

Члены Комиссии _____ <...>

_____ <...>