

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

625048, г. Тюмень, ул. Холодильная, 58а тел. 50-31-55

РЕШЕНИЕ №Р19/02-18

01.04.2019 г. г. Тюмень

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель
Комиссии: <... - заместитель руководителя управления - начальник
> отдела КСЗ;
<...
> - заместитель начальника отдела КСЗ;

Члены Комиссии:
<... - ведущий специалист-эксперт отдела КСЗ,
>

рассмотрев дело № Р19/02-18 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

в присутствии:

- представителя ПАО Банк «ФК Открытие» (115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 2, стр. 4, ИНН 7706092528, ОГРН 1027739019208) – <...>. (Доверенность № 5Ф/72 от 20.02.2019 г.);

- представителя ПАО «МТС» (109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4, ИНН 7740000076, ОГРН 1027700149124) – <...> (Доверенность № 0127/15 от 07.07.2015 г.),

в отсутствии заявителя – <...>. (уведомленного надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области поступило заявление гражданина <...> (вх.№10243 от 11.12.2018 г.), указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В заявлении указывается, что на абонентский номер +<...>, зарегистрированный за гражданином, поступило SMS-сообщение рекламного характера, следующего содержания: «Участвуйте в розыгрыше до 100000 руб. в декабре! Оформите бесплатную моментальную OpenCard с кредитным лимитом до 300000 руб. и кэшбэком 3% за все покупки в любом офисе банка или на open.ru/пурго ПАО Банк «ФК Открытие». Подробности 88005050161», дата и время: 10.12.2018 в 16:13 от абонента ОТКРИТИЕ через sms-центр: +79168960438.

Как указывает заявитель, согласия на SMS-рассылку рекламного характера он не давал.

Определением от 29.01.2019 г. № Р19/02-18 возбуждено дело № Р19/02-18 по признакам нарушения законодательства о рекламе.

К рассмотрению дела, лицами, участвующими в деле, представлены письменные пояснения и истребованные документы.

Согласно письменным пояснениям ПАО «МТС» (вх.№1691 от 26.02.2019 г., вх.№2831 от 28.03.2019 г.), рассылка указанного sms-сообщения рекламного характера осуществлялась по инициативе ПАО Банк «ФК Открытие» в рамках Дополнительного соглашения №12 к Договору об оказании услуг связи №ИТ-01-2012/483 от 13.02.2012 г., по которому ПАО «МТС» оказывает ПАО Банк «ФК Открытие» комплекс услуг рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи.

Согласно письменным пояснениям ПАО Банк «ФК Открытие» (вх.№1648 от 25.02.2019 г., вх.№2852 от 29.03.2019 г.), рассылка указанного sms-сообщения рекламного характера осуществлялась с помощью программного обеспечения, предоставленного ООО «ОСК» в рамках Договора предоставления услуг № sms-02/07/-09 от 04.06.2009 г.

Рассмотрев материалы дела и пояснения, представленные лицами, в действиях, которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, Комиссия пришла к следующим выводам.

Согласно статье 3 Федерального закона №38-ФЗ от 13.03.2006 г. «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; **объект рекламирования** - 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 - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; **ненадлежащая реклама** - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Как следует из части 1 статьи 5 Закона о рекламе, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются. Реклама является средством продвижения товаров, работ и услуг, а также самого изготовителя или продавца рекламируемого товара на определенном рынке. Вместе с тем способ, форма и средства распространения соответствующей информации имеет существенное значение. Ненадлежащей рекламой согласно подпункту 4 статьи 3 Закона о рекламе является реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Так, согласно пункту 2 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции» № 135-ФЗ от 26.07.2006 г., под финансовой услугой понимается 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.

Согласно пункту 6 статьи 4 Закона о защите конкуренции, финансовая организация – хозяйствующий субъект, оказывающий финансовые услуги – кредитная организация, кредитный потребительский кооператив, страховщик, страховой брокер, фондовая биржа, валютная биржа, ломбард, лизинговая компания, негосударственный пенсионный фонд, управляющая компания инвестиционного фонда, управляющая компания паевого инвестиционного фонда, управляющая компания негосударственного паевого инвестиционного фонда, специализированный депозитарий инвестиционного фонда, специализированный депозитарий паевого инвестиционного фонда, специализированный депозитарий негосударственного пенсионного фонда, пенсионный участник рынка ценных бумаг.

Таким образом, согласно Закону о защите конкуренции, под финансовую услугу подпадают конкретные услуги, прямо указанные в данном определении, а также иные услуги, связанные с привлечением, размещением денежных средств, но только в случае, если они оказываются финансовой организацией. При этом перечень финансовых организаций содержится в пункте 6 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции». Данный перечень является закрытым.

Согласно части 1 статьи 819 ГК РФ, по кредитному договору банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуются предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее.

Независимо от формы или используемого средства распространения реклама должна быть распознаваема без специальных знаний или без применения технических средств непосредственно в момент ее представления именно как реклама. Таким образом, признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

Таким образом, sms-сообщение, поступившее абоненту <...>., следующего содержания: «Участвуйте в розыгрыше до 100000 руб. в декабре! Оформите бесплатную моментальную OpenCard с кредитным лимитом до 300000 руб. и кэшбэком 3% за все покупки в любом офисе банка или на open.ru/пурго ПАО Банк «ФК Открытие». Подробности 88005050161», от абонента ОТКРИТИЕ, является, в том числе и рекламой с четко определяемым объектом рекламирования, а следовательно, на которую распространяются требования Закона 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 им было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно п. 3.3.3. Дополнительного соглашения №12 к Договору об оказании услуг связи №ИТ-01-2012/483 от 13.02.2012 г., ПАО Банк «ФК Открытие» (далее – Абонент) обязывается до начала оказания услуг получить от Пользователя предварительное согласие на их получение путем регистрации в информационных системах.

Таким образом ПАО Банк «ФК Открытие» является рекламодателем и обязано иметь надлежащим образом оформленное согласие Абонента на получение рекламы.

В соответствии с пунктом 22.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003г. № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи), рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Закон о Связи не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя, в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Согласно пункту 16 статьи 2 Закона о Связи, пользователь услугами связи - лицо, заказывающее и (или) использующее услуги связи.

Согласно пункту 32 статьи 2 Закона о Связи, услуга связи - деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

Статья 44.1 Федерального закона "О связи" устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Закона о Связи.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Закона 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 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).

Таким образом, ПАО Банк «ФК Открытие» обязано иметь соответствующее согласие пользователя как в силу закона (часть 1 статьи 18 Закона о рекламе, часть 1 статьи 44.1 Закона о Связи), так и исходя из принятых обязательств при заключении Договора об оказании услуг связи №ИТ-01-2012/483 от 13.02.2012 г. Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента <...>. на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела не представлено.

Вместе с тем, учитывая, что в материалы дела не представлено письменное согласие абонента на получение sms-сообщений рекламного характера, в действиях ПАО Банк «ФК Открытие» имеются нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно ч. 3 ст. 28 Закона о рекламе, 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 «О потребительском кредите (займе)», для заемщика и влияющие на нее.

Согласно ч. 1 ст. 6 Федерального закона от 21.12.2013 N 353-ФЗ "О потребительском кредите (займе)" (далее – Закон о потребительском кредите (займе), полная стоимость потребительского кредита (займа), рассчитанная в порядке, установленном настоящим Федеральным законом, размещается в квадратной рамке в правом верхнем углу первой страницы договора потребительского кредита (займа) перед таблицей, содержащей индивидуальные условия договора потребительского кредита (займа), и наносится прописными буквами черного цвета на белом фоне четким, хорошо читаемым шрифтом максимального размера из используемых на этой странице размеров шрифта. Площадь квадратной рамки должна составлять не менее чем пять процентов площади первой страницы договора потребительского кредита (займа).

В соответствии с ч. 2 ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе), полная стоимость потребительского кредита (займа) определяется в процентах годовых по формуле:

$$\text{ПСК} = i \times \text{ЧБП} \times 100,$$

где ПСК - полная стоимость кредита в процентах годовых с точностью до третьего знака после запятой;

ЧБП - число базовых периодов в календарном году. Продолжительность календарного года признается равной тремстам шестидесяти пяти дням;

i - процентная ставка базового периода, выраженная в десятичной форме.

Согласно ч. 2.1. ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе), процентная ставка базового периода определяется как наименьшее положительное решение уравнения:

где - сумма k -го денежного потока (платежа) по договору потребительского кредита (займа). Разнонаправленные денежные потоки (платежи) (приток и отток денежных средств) включаются в расчет с противоположными математическими знаками - предоставление заемщику кредита на дату его выдачи включается в расчет со знаком "минус", возврат заемщиком кредита, уплата процентов по кредиту включаются в расчет со знаком "плюс";

- количество полных базовых периодов с момента выдачи кредита до даты k -го денежного потока (платежа);

- срок, выраженный в долях базового периода, с момента завершения n -го базового периода до даты k -го денежного потока;

m - количество денежных потоков (платежей);

i - процентная ставка базового периода, выраженная в десятичной форме.

В соответствии с ч. 2.2 ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе), базовым периодом по договору потребительского кредита (займа) признается стандартный временной интервал, который встречается с наибольшей частотой в графике платежей по договору потребительского кредита (займа). Если в графике платежей по договору потребительского кредита (займа) отсутствуют временные интервалы между платежами продолжительностью менее одного года или равные одному году, базовым периодом признается один год. Для договоров потребительского кредита (займа) с лимитом кредитования используется порядок расчета полной стоимости кредита (займа), установленный частью 7 настоящей статьи. Если два и более временных интервала встречаются в графике платежей по договору потребительского кредита (займа) более одного раза с равной наибольшей частотой, наименьший из этих интервалов признается базовым периодом. Если в графике платежей по договору потребительского кредита (займа) отсутствуют повторяющиеся временные интервалы и иной порядок не установлен Банком России, базовым периодом признается временной интервал, который является средним арифметическим для всех периодов, округленным с точностью до стандартного временного интервала. Стандартным временным интервалом признаются день, месяц, год, а также определенное количество дней или месяцев, не превышающее по продолжительности одного года. Для целей расчета полной стоимости кредита продолжительность всех месяцев признается равной.

Согласно ч. 3 ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе), при определении полной стоимости потребительского кредита (займа) все платежи, предшествующие дате перечисления денежных средств заемщику, включаются в состав платежей, осуществляемых заемщиком на дату начального денежного потока (платежа) (t_0).

Согласно ч. 4 ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе), в расчет полной стоимости потребительского кредита (займа) включаются с учетом особенностей, установленных настоящей статьей, следующие платежи заемщика:

1) по погашению основной суммы долга по договору потребительского кредита

(займа);

2) по уплате процентов по договору потребительского кредита (займа);

3) платежи заемщика в пользу кредитора, если обязанность заемщика по таким платежам следует из условий договора потребительского кредита (займа) и (или) если выдача потребительского кредита (займа) поставлена в зависимость от совершения таких платежей;

4) плата за выпуск и обслуживание электронного средства платежа при заключении и исполнении договора потребительского кредита (займа);

5) платежи в пользу третьих лиц, если обязанность заемщика по уплате таких платежей следует из условий договора потребительского кредита (займа), в котором определены такие третьи лица, и (или) если выдача потребительского кредита (займа) поставлена в зависимость от заключения договора с третьим лицом. Если условиями договора потребительского кредита (займа) определено третье лицо, для расчета полной стоимости потребительского кредита (займа) используются применяемые этим лицом тарифы. Тарифы, используемые для расчета полной стоимости потребительского кредита (займа), могут не учитывать индивидуальные особенности заемщика. Если кредитор не учитывает такие особенности, заемщик должен быть проинформирован об этом. В случае, если при расчете полной стоимости потребительского кредита (займа) платежи в пользу третьих лиц не могут быть однозначно определены на весь срок кредитования, в расчет полной стоимости потребительского кредита (займа) включаются платежи в пользу третьих лиц за весь срок кредитования исходя из тарифов, определенных на день расчета полной стоимости потребительского кредита (займа). В случае, если договором потребительского кредита (займа) определены несколько третьих лиц, расчет полной стоимости потребительского кредита (займа) может производиться с использованием тарифов, применяемых любым из них, и с указанием информации о лице, тарифы которого были использованы при расчете полной стоимости потребительского кредита (займа), а также информации о том, что при обращении заемщика к иному лицу полная стоимость потребительского кредита (займа) может отличаться от расчетной;

6) сумма страховой премии по договору страхования в случае, если выгодоприобретателем по такому договору не является заемщик или лицо, признаваемое его близким родственником;

7) сумма страховой премии по договору добровольного страхования в случае, если в зависимости от заключения заемщиком договора добровольного страхования кредитором предлагаются разные условия договора потребительского кредита (займа), в том числе в части срока возврата потребительского кредита (займа) и (или) полной стоимости кредита (займа) в части процентной ставки и иных платежей.

Согласно Новому англо-русскому словарю-справочнику (Экономика. М.: Флинта, Наука. О. В. Сиполс. 2010.), кредитная карта является пластиковой картой, при помощи которой можно оплачивать товары и услуги без наличных денег за счет немедленного кредита в момент покупки.

В рассматриваемом sms-сообщении объектом продвижения на рынке выступают

услуги, предоставляемые ПАО Банк «ФК Открытие», а именно: бесплатная моментальная Ореncard с кредитным лимитом до 300000 руб. и кэшбэком 3%. Само содержание спорной рекламы подтверждает ее направленность на привлечение внимания потенциальных заемщиков именно к получению кредитной карты для оплаты товаров и услуг за счет немедленного кредита, предоставляемого в момент оплаты покупки.

Согласно письменным пояснениям ПАО Банк «ФК Открытие» (вх.№2852 от 29.03.2019 г.), договор, заключаемый при предоставлении указанной карты, является договором потребительского кредита. Следовательно, в рекламе предложены услуги кредитования.

Вместе с тем, в рассматриваемой рекламе указана привлекательная для потребителей информация, а именно: «...бесплатную моментальную Ореncard с кредитным лимитом до 300000 руб. и кэшбэком 3% за все покупки...», однако, иные условия отсутствуют, следовательно, данная реклама содержит нарушения части 3 статьи 28 Закона о рекламе.

В соответствии с ч. 7 ст. 5 Закона о рекламе, 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 заблуждении потребители рекламы.

Рассматриваемая реклама ПАО Банк «ФК Открытие» направлена на формирование у потребителей желания воспользоваться предоставляемой услугой. В таком случае, существенной является не только информация, привлекательная для потребителя, но и информация, способная обмануть ожидания, сформированные у потребителя такой рекламой. Тем самым, отсутствие какой – либо части информации о предоставляемых услугах не должно приводить к искажению смысла рекламы и способствовать введению в заблуждение потребителей имеющих намерение приобрести рекламируемый товар.

Согласно п. 3.3.4. Дополнительного соглашения №12 к Договору об оказании услуг связи №ИТ-01-2012/483 от 13.02.2012 г., ПАО Банк «ФК Открытие» несет ответственность за полноту и достоверность предоставляемой информации.

Согласно п. 3.3.5. Дополнительного соглашения №12 к Договору об оказании услуг связи №ИТ-01-2012/483 от 13.02.2012 г., услуги ПАО Банк «ФК Открытие» не должны противоречить требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно письменным пояснениям ПАО Банк «ФК Открытие» (вх.№1648 от 25.02.2019 г., вх.№2852 от 29.03.2019 г.), изготовление текста сообщения, направление сообщения в сеть, формирование реестра абонентов, предоставивших свое согласие на получение информации рекламного характера, является результатом работы нескольких структурных подразделений Общества.

Таким образом, ПАО Банк «ФК Открытие» является рекламодателем, поскольку определило объект рекламирования и содержание рекламы.

В соответствии с ч. 6 ст. 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований ч.7 ст. 5, ч. 3 ст. 28 Закона о рекламе несет рекламодаделец.

В соответствии с ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

Согласно п. 5 ст. 3 Закона о рекламе, рекламоделец – изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержания рекламы лицо.

Согласно п. 7 ст. 3 Закона о рекламе, рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Как установлено материалами, лицом, в действиях которого содержатся нарушения законодательства о рекламе, является: ПАО Банк «ФК Открытие» (115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 2, стр. 4, ИНН 7706092528, ОГРН 1027739019208).

Согласно части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламоделами, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Учитывая, что в материалах дела отсутствуют доказательства того, что на абонентский номер <...>. продолжают поступать sms-сообщения рекламного характера от абонента ОТКРИТИЕ, Комиссия считает выдачу предписания нецелесообразной.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу, содержащуюся в SMS-сообщении, поступившем на номер + <...>, следующего содержания: «Участвуйте в розыгрыше до 100000 руб. в декабре! Оформите бесплатную моментальную OpenCard с кредитным лимитом до 300000 руб. и кэшбэком 3% за все покупки в любом офисе банка или на open.ru/nupro ПАО Банк «ФК Открытие». Подробности 88005050161», дата и время: 10.12.2018 в 16:13 от абонента ОТКРИТИЕ, **ненадлежащей**, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18, части 7 статьи 5 и части 3 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе не

выдавать в связи с отсутствием оснований для его выдачи.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме _____ года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель комиссии <...>.

<...>.

Члены комиссии

<...>.