

РЕШЕНИЕ
по делу № 03-21/41-2017
о нарушении законодательства о рекламе

«25» августа 2017 года г. Йошкар-Ола

Резолютивная часть решения объявлена: 22 августа 2017 года
Полный текст решения изготовлен: 25 августа 2017 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии,

член Комиссии,

член Комиссии,

рассмотрев дело № 03-21/41-2017, возбужденное по факту получения смс-сообщения рекламного характера «Галина Леонидовна, напоминаем, что с потребительским кредитом Сбербанка больше простора для Ваших ярких идей! Подайте заявку и осуществляйте задуманное! Например, при сумме кредита 131 000 руб. по 20,9% годовых на 60 мес., платеж составит 3 537 руб. в мес. Обратитесь в отделение – пароль K0136881924. ПАО Сбербанк» без согласия абонента с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в присутствии представителей ПАО «Сбербанк» - К. (доверенность № 297/28/10-ДГ от 15.06.2016), ООО «Т2 Мобайл» - С. (доверенность от 17.10.2016), в отсутствие заявителя (заявлено ходатайство о рассмотрении дела без участия), АО «СмартКардЛинк», надлежащим образом извещенного о дате, времени, месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

Дело о нарушении законодательства о рекламе возбуждено в отношении ПАО «Сбербанк», ООО «Т2 Мобайл» и АО «СмартКардЛинк» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в направлении рекламного смс-сообщения на телефонный номер В. 02.05.2017 в 13 часов 01 минуту с номера 900 без предварительного согласия абонента следующего содержания: **«Галина Леонидовна, напоминаем, что с потребительским кредитом Сбербанка больше простора для Ваших ярких идей! Подайте заявку и осуществляйте задуманное! Например, при сумме кредита 131 000 руб. по 20,9% годовых на 60 мес., платеж составит 3 537 руб. в мес. Обратитесь в отделение – пароль K0136881924. ПАО Сбербанк.»**.

Основанием для возбуждения дела явилось заявление гражданина В. (вх. № 133-В от 12.05.2017).

В своем заявлении В. указал, что неоднократно обращался в ПАО «Сбербанк» с требованием о прекращении рассылки смс-сообщений рекламного характера на его абонентский номер <...> Письмом вх. № 9141 от

09.08.2017 заявитель представил информацию об обращениях на горячую линию ПАО «Сбербанк» с целью отказа от получения смс-сообщений общества.

ПАО «Сбербанк» на заседании Комиссии поддержало ранее изложенную позицию о том, что полностью не признает нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе ввиду того, что рассматриваемое смс-сообщение является персонализированным, содержит в себе обращение «Галина Леонидовна», индивидуальные условия для предоставления кредита, а также специальный код для пользования предлагаемой услугой. Указанный персональный код является уникальным.

Также общество полагает, что данное смс-сообщение было направлено с согласия абонента Смышляевой Галины Леонидовны, выразившей его при заполнении заявления на получение международной дебетовой карты сбербанк-maestro-momentum в рамках Договора банковского обслуживания № 370201917052 от 11.04.2012. Выбор лиц, которым общество формирует персональное предложение, осуществляется на основании регламента организации и проведения активных продаж физическим лицам клиентам ПАО «Сбербанк» от 23.06.2016 № 4278, т.е. на основании базы данных клиентов банка, отнесенности к определенному сегменту клиентов, возрастной группе, кредитной истории, производимых транзакциях и иное. Общество указало, что договор банковского обслуживания является действующим, поскольку С. не обращалась с заявлением о расторжении договора банковского обслуживания по форме, установленной банком (п. 8.3 Условий банковского обслуживания физических лиц ПАО «Сбербанк»).

В отношении обращений В. с требованием о прекращении смс-рассылки на телефонный номер ПАО «Сбербанк» указало, что не могло исключить телефонный номер из списка смс-рассылки, поскольку заявитель при обращении в банк не указал на наличие договора об оказании услуг связи на рассматриваемый номер <...> Также общество сообщило, что после обращения В. 04.04.2017 исключило указанный номер из смс-рассылки.

ООО «Т2 Мобайл» пояснило, что не согласно с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе, придерживалось доводов, изложенных в письменных пояснениях и сообщило, что является оператором связи абонента с номером, предоставляет ПАО «Сбербанк» техническое обеспечение возможности отправки смс-сообщений. Общество также полагает, что рассматриваемое смс-сообщение по содержанию не является рекламой, т.к. не соответствует пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе.

Кроме того, ООО «Т2 Мобайл» полагает, что при заключении договора оказания услуг связи G/V15/000069 от 10.01.2015 В. выразил свое согласие на возможность получения рекламной информации, распространяемой по сетям электросвязи.

Также общество сослалось на практику применения территориальными органами ФАС и судебными инстанциями положений части 1 статьи 18 Закона о рекламе в отношении операторов связи, в соответствии с которой оператор абонента не может быть признан рекламодателем, поскольку он обязан обеспечить возможность пропуска трафика на (от)

своей сети связи абоненту.

Комиссия Марийского УФАС России, исследовав материалы дела, выслушав позиции лиц, участвующих в деле, пришла к выводу о нарушении законодательства о рекламе при распространении рассматриваемой рекламы ввиду следующего.

Согласно статье 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.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Под объектом рекламирования понимают 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 (статья 3 Закона о рекламе).

Товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (статья 3 Закона о рекламе).

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования – ПАО «Сбербанк», формирование и поддержание интереса потребителей рекламы к Банку, и к рекламируемым услугам. Рассматриваемое сообщение является не информационным, а именно рекламным сообщением, так как предлагает воспользоваться услугами ПАО «Сбербанк» по предоставлению потребительского кредита.

Комиссией Марийского УФАС России отклоняется довод ПАО «Сбербанк» о том, что рассматриваемое смс-сообщение является персонифицированным и направлено конкретному лицу, выразившему своё согласие при

заполнении заявления на получение международной дебетовой карты сбербанк-maestro-momentum в рамках Договора банковского обслуживания № 370201917052 от 11.04.2012, а также содержало уникальный код для получения персонального предложения, в связи с тем, что данная информация ориентирована на неопределенный круг лиц и была адресована неопределенному кругу лиц – клиентам банка, сформированна в соответствии с регламентом организации и проведения активных продаж физическим лицам клиентам ПАО «Сбербанк» от 23.06.2016 № 4278, т.е. преследовало рекламные цели. Кроме того, рассматриваемое сообщение поступило в адрес гражданина, которое не указанным в смс-сообщении лицом и не выражало своё согласие на получение рекламной информации. Таким образом, рассматриваемое смс-сообщение является рекламой по смыслу статьи 3 Закона о рекламе.

Как следует из материалов дела, В. неоднократно обращался в адрес ПАО «Сбербанк» с целью отказа от получения смс-рекламы на его телефонный номер <...> В подтверждение заявителем представлены сведения об обращениях в адрес общества: от 12.10.2016 вх. № 161012-0087-833600, от 08.12.2016 вх. № 161208-0823-780600, от 07.02.2017 вх. № 170207-0823-521800, от 09.03.2017 вх. № 170309-0382-592200, от 04.04.2017 вх. № 170404-0814-765700.

В своем обращении от 04.04.2017 вх. № 170404-0814-765700 В. указал, что отказывается от смс-рассылки следующего содержания: «Галина Леонидовна, чем ближе лето – тем больше свежих и ярких идей! Спешите претворить их в жизнь! Подайте заявку на кредит в Сбербанке и осуществляйте задуманное! Например, при сумме кредита 131 000 руб. по 20,9% годовых на 60 мес., платеж составит 3 537 руб. в мес. Обратитесь в отделение – пароль 9915696327С. ПАО Сбербанк».

ПАО «Сбербанк» в ответ на указанное обращение по электронной почте заявителя сообщил: «...информация об исключении указанных Вами контактных данных из списка оповещений рекламно-информационного характера направлена в ответственное подразделение Банка. Дополнительно сообщаем, что максимальный срок решения вопроса составляет до 10 рабочих дней. Сбербанк».

Как пояснило ПАО «Сбербанк» на заседании Комиссии, общество не исключало телефонный номер из списка рекламно-информационной рассылки ввиду того, что В. при обращении не предоставил договор, заключенный с ООО «Т2 Мобайл» на указанный телефонный номер <...> Общество не обращалось к заявителю, а также к оператору связи заявителя с целью установления владельца рассматриваемого телефонного номера, однако, после обращения В. от 04.04.2017 указанный абонентский номер был исключен из смс-рассылки.

На основании изложенного, Комиссией Марийского УФАС России отклоняется довод ПАО «Сбербанк» о том, что общество не могло без подтверждающих документальных доказательств (наличия договора на предоставление номера В.) исключить рассматриваемый телефонный номер из рекламно-информационной смс-рассылки.

Из анализа текста смс-сообщений, поступивших заявителю 04.04.2017

(«Галина Леонидовна, чем ближе лето – тем больше свежих и ярких идей! Спешите претворить их в жизнь! Подайте заявку на кредит в Сбербанке и осуществляйте задуманное! Например, при сумме кредита 131 000 руб. по 20,9% годовых на 60 мес., платеж составит 3 537 руб. в мес. Обратитесь в отделение – пароль 9915696327С. ПАО Сбербанк») и от 02.05.2017 («Галина Леонидовна, напоминаем, что с потребительским кредитом Сбербанка больше простора для Ваших ярких идей! Подайте заявку и осуществляйте задуманное! Например, при сумме кредита 131 000 руб. по 20,9% годовых на 60 мес., платеж составит 3 537 руб. в мес. Обратитесь в отделение – пароль K0136881924. ПАО Сбербанк») следует, что объектом рекламирования является ПАО «Сбербанк», а также потребительский кредит, предоставляемый обществом.

При этом, как установлено антимонопольным органом, смс-сообщение от 02.05.2017 пришло не только без согласия абонента В., но и после указанного обращения заявителя в адрес ПАО «Сбербанк».

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. Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

Согласно части 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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.

Таким образом, распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Заявитель В. сообщил об отсутствии его разрешения на получение

рассматриваемой рекламы.

При рассмотрении заявления антимонопольным органом установлен следующий механизм распространения указанного рекламного смс-сообщения.

Согласно сведениям, содержащимся в реестре Российской системы и плана нумерации, абонентский номер принадлежит ООО «Т2 Мобайл».

ООО «Т2 Мобайл» подтвердило принадлежность телефонного номера В., представив заключенный между указанными лицами договор об оказании услуг связи № GV15/000069, в соответствии с которым оператор связи обязан предоставить абоненту в пользование телефонный номер для пользования услугой передачи данных, а абонент использует указанные средства по назначению, а также оплачивает данные услуги.

Письмом от 26.05.2017 исх. № 05-С134 ООО «Т2 Мобайл» указало, что распространение данной рекламы осуществлялось ПАО Сбербанк в рамках договора № 180 от 08.09.2010.

В соответствии с указанным договором Исполнитель (ООО «Т2 Мобайл») обязуется предоставлять Заказчику (ПАО Сбербанк) услуги (п. 1.12 договора: маршрутизация смс МТ-сообщений от оборудования Заказчика, подключенного к смс-центру Исполнителя, на абонента, маршрутизацию смс МО-сообщений от абонента на оборудование Заказчика, выделение Заказчику индекса сокращенного набора номера и псевдонимов для маршрутизации смс МО-сообщений и смс МТ-сообщений), предусмотренные соответствующим дополнительным соглашением к данному договору, а Заказчик обязуется оплачивать данные услуги.

Пунктом 2.3 договора установлено, что подключение программно-аппаратных средств Заказчика к смс-центру Исполнителя обеспечивается через программно-аппаратные средства ЗАО «СмартКардЛинк» (далее – АО «СмартКардЛинк»), являющегося подрядчиком Заказчика на основании договора № 36/СКЛ-01 от 18.09.2002.

Согласно пункту 1.2.1 приложения № 1 к договору № 180 от 08.09.2010 Заказчик формирует и направляет на оборудование Исполнителя через оборудование подрядчика Заказчика смс МТ-сообщение с информацией для абонента.

ООО «Т2 Мобайл» письмом исх. № юр-53 от 17.08.2017 представило дополнительное соглашение № 10 от 26.07.2017 к договору № 180 от 08.09.2010. В соответствии с пунктом 1 (таблица 1) указанного соглашения через каналы связи SKLSber1, SKLSber2, SKLSber3, SKLSber4, SKLSber5 с ИСНН/псевдонима, в том числе «900», типом разрешенного шаблона SMS МТ-сообщений являются только рекламные. Вместе с тем, пунктом 9 данного соглашения установлено, что указанное соглашение вступает в силу с момента подписания его сторонами и распространяет свое действие на отношения сторон, возникшие с 01.01.2017 по 31.12.2018.

Таким образом, согласно представленному дополнительному соглашению через каналы АО «СмартКардЛинк» осуществляется рассылка рекламных смс-сообщений.

Из письменных пояснений ПАО Сбербанк от 02.06.2017 исх. № 8614-11-исх/250 следует, что рассылка спорного смс-сообщения с номера 900

осуществлена банком на основании договора на информационно-техническое обеспечение операций по банковским картам в открытых телекоммуникационных сетях № 36/СКЛ-01 от 18.09.2002, заключенного с АО «СмартКардЛинк», в адрес С. на телефонный номер <...> Согласие С. было выражено в заявлении на получение международной дебетовой карты на ее имя, в котором в качестве мобильного номера указан телефонный номер <...> С. выбран экономный пакет услуг «Мобильного банка», в соответствии с которым лицо выразило согласие на получение на мобильный телефон информации по банковской карте от ПАО «Сбербанк».

В связи с тем, что телефонный номер выделен абоненту В. на основании договора оказания услуг связи № GV15/000069 и в соответствии с частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, для направления рекламно-информационных сообщений на указанный телефонный номер ПАО «Сбербанк» необходимо наличие согласия В. Однако В. сообщил об отсутствии согласия на получение рекламных смс-сообщений от указанного отправителя.

Таким образом, в ходе рассмотрения заявления в Марийское УФАС России не были представлены доказательства того, что данное смс-сообщение поступило абоненту В. с его предварительного согласия, следовательно, рекламодателем нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламодателем. Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламодателем - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Проанализировав правоотношения, складывающиеся между ООО «Т2 Мобайл», АО «СмартКардЛинк» и ПАО «Сбербанк» Марийское УФАС России пришло к выводу о том, что между субъектами правоотношений фактически возникли взаимосвязанные действия, направленные на доведение сведений, содержащихся в рассматриваемом смс-сообщении, до абонента.

Заключенные между указанными лицами договоры и дополнительные соглашения рассматриваются антимонопольным органом как взаимосвязанные действия, которые свидетельствуют о том, что их предметом, в первую очередь, является обеспечение возможности рассылки смс-сообщений за плату.

В соответствии с частью 1 статьи 46 Закона о связи оператор связи обязан оказывать пользователям услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами, техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи; соблюдать требования, касающиеся организационно-технического взаимодействия с другими сетями связи, пропуска трафика и его маршрутизации и устанавливаемые федеральными органами

исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

Операторы связи обязаны соблюдать тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи. Просмотр почтовых отправлений лицами, не являющимися уполномоченными работниками оператора связи, ознакомление с информацией, передаваемой по сетям электросвязи, осуществляется только на основании решения суда, за исключением случаев, установленных федеральными законами (письмо Министерства связи и массовых коммуникаций Российской Федерации от 24.04.2014 исх. № ДА-П12-7436).

Пунктом 21.1 Правил присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 28.03.2005 № 161, оператор сети подвижной связи при оказании услуг присоединения обязан обеспечить возможность пропуска трафика на (от) своей сети связи.

Из материалов дела следует, что между В. и ООО «Т2 Мобайл» заключен договор об оказании услуг связи.

Поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является (письмо ФАС России от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе»).

В спорных правоотношениях смс-сообщение было передано абоненту по подвижной радиотелефонной связи. Тем самым поставщиком услуг связи В. в рассматриваемом случае выступает оператор сотовой связи ООО «Т2 Мобайл».

Как следует из представленных документальных доказательств, ПАО «Сбербанк» был неоднократно уведомлен о том, что владельцем телефонного номер в настоящее время является В., однако, общество не только не прекратило рассматриваемую рекламную смс-рассылку, но и не уведомило лиц, с которыми заключены договоры на рекламно-информационную смс-рассылку, о том, что согласие абонента номера отсутствует.

Частью 1 статьи 18 Закона о рекламе предусмотрен повышенный контроль именно за распространением, а не за формированием содержания рекламы. Законодательно установленное определение распространителя рекламы не поставлено в зависимость от обязательной осведомленности относительно ее содержания.

Исходя из анализа документов и фактических обстоятельств рассматриваемого дела, обязанность получить предварительное согласие и уведомить об отказе абонента от получения смс-рекламы лежит на ПАО «Сбербанк».

На основании изложенного, Комиссия Марийского УФАС России пришла к итоговому выводу о том, что ПАО «Сбербанк» является рекламораспространителем ненадлежащей смс-рекламы.

В соответствии со статьей 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несёт рекламодатель.

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Марийского УФАС России в действиях ПАО «Сбербанк» установила факт нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламного смс-сообщения без согласия абонента.

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламодателям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Комиссия Марийского УФАС России, изучив представленные в материалы дела доказательства, считает необходимым выдать ПАО «Сбербанк» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

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 ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Галина Леонидовна, напоминаем, что с потребительским кредитом Сбербанка больше простора для Ваших ярких идей! Подайте заявку и осуществляйте задуманное! Например, при сумме кредита 131 000 руб. по 20,9% годовых на 60 мес., платеж составит 3 537 руб. в мес. Обратитесь в отделение – пароль K0136881924. ПАО Сбербанк», направленную на телефонный номер <...> .05.2017 в 13 часов 01 минуту с номера 900, без предварительного согласия абонента, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ПАО «Сбербанк» обязательное для исполнения предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Марийского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

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

Председатель Комиссии

Члены Комиссии