

АО «Экспобанк»

107078, г. Москва, ул. Каланчевская,
д. 29, стр. 2

Заинтересованные лица:

ПАО «Мегафон»

127006, г. Москва, Оружейный
переулок, 41

ООО «СМС Трафик»

115088, г. Москва, 2-й
Южнопортовый проезд, д.20А,
стр.4, подъезд 1, этаж 2

**Заявитель: (вх. № 13057-ИП/22 от
02.09.2022)**

РЕШЕНИЕ

по делу № 002/05/18-1867/2022

26.12.2022 года

г. Уфа, ул. Пушкина, 95

Решение в полном объеме изготовлено «12» января 2023 года

Комиссия Башкортостанского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

Председатель Комиссии:

<...>;

Члены Комиссии:

<...>;

<...>;

рассмотрев дело № 002/05/18-1867/2022 возбужденное по обращению физического лица в отношении АО «Экспобанк» (ОГРН: 1217700369083, ИНН: 7708397772), по факту распространения рекламы с признаками нарушения части 1 статьи 18 и пункта 2 части 2 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе», Закон о рекламе),

в присутствии:

- Заявителя – <...> путем использования систем видео-конференц-связи;

- <...> (доверенность № 353/д от 14.10.2022) – представителя АО «Экспобанк»
путем использования систем видео-конференц-связи;

в отсутствие остальных лиц, участвующих в деле, надлежащим образом

извещенных о дате и времени рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

02.09.2022 года в Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан (далее - УФАС по РБ, антимонопольная служба) через интернет приемную ФАС поступило обращение гражданина (вх. № 13057-ИП/22 срок рассмотрения продлен), указывающее на признаки нарушения ФЗ «О рекламе».

В обращении Заявитель сообщил, что 26.05.2022 года в 13:17 (время московское) получил на телефонный номер <...> нежелательное СМС от абонента с буквенным обозначением «**Expobank**» следующего содержания:

«Успейте открыть вклад «Эксперт» от 5 тыс. рублей. Только до 27 мая включительно. Предложение ограничено. Подробнее – <https://expobank.ru/home/vklady/deposit-expert/> АО «Экспобанк».

Согласно заявлению, согласие на получение данного рекламного сообщения Заявитель не давал.

В рамках рассмотрения поступившего обращения, антимонопольной службой установлено следующее.

Оператором связи (ПАО «Мегафон») подтвержден факт поступления СМС в указанное время и дату от указанного лица, а также принадлежность абонентского номера <...> Заявителю (вх. № 13651-ЭП/22 от 13.09.2022 электронная почта).

Кроме этого, оператор сообщил, что отправка указанного сообщения осуществлена ООО «СМС Трафик» на основании договора № ДМИ-СМСТРФК-01072016 от 01.07.2016 года и соглашением о передаче прав и обязанностей от 01.05.2021 года. Отправка СМС осуществлена по базе абонентов заказчика.

В соответствии с указанным договором Исполнитель (ПАО «Мегафон») оказывает Заказчику (ООО «СМС Трафик») услуги по размещению посредством каналов коммуникации рекламно-информационных материалов (РИМ) Заказчика (Клиента Заказчика) среди абонентов, а также по предоставлению доступа к интерфейсу и поддержке функционирования интерфейса.

Пункт 3.6 Договора: Заказчик (Клиент Заказчика) в случае возникновения необходимости осуществления рассылки РИМ, Сервисных и Транзакционных Смс-сообщений по Базе Абонентов Заказчика формирует Смс-сообщение с помощью Интерфейса.

Пункт 3.9 Договора: В случае размещения РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика Заказчик обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их упоминания в Смс-сообщении) для целей размещения РИМ. Согласие должно в обязательном порядке содержать абонентский номер, по которому Абонент дал согласие на получение Смс-сообщений.

Пункт 4.7 Договора: Заказчик гарантирует соответствие размещаемых РИМ требованиям Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации, точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в РИМ, соответствие такой информации требованиям Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», иным

требованиям законодательства Российской Федерации.

Пункт 4.8 Договора: Заказчик при размещении РИМ, распространяемых среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика, гарантирует наличие надлежащем образом оформленных согласий таких Абонентов на получение рекламы.

Пункт 4.11 Договора: Заказчик обязуется использовать в Интерфейсе только те абонентские номера, по которым Заказчиком получено предварительное согласие Абонентов на получение рекламы. В случае неподтверждения либо отзыва согласия Абонента на получение РИМ от Заказчика Заказчик обязуется незамедлительно прекратить размещение Смс-сообщений посредством интерфейса, том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия от Исполнителя.

Пункт 7.3 Договора: При размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика, а также в случае наличия в данных РИМ персональных данных Абонентов, Заказчик гарантирует Исполнителю правомерность обработки, предоставления персональных данных в соответствии с Федеральным законом от 27.07.2006 N 152-ФЗ «О персональных данных», в том числе получение согласия Абонентов на обработку персональных данных и получение предоставление персональных данных Исполнителю.

Пункт 7.11 Договора: Во избежание сомнений Стороны пришли к соглашению, что Исполнитель не несет ответственность за содержание РИМ поскольку Исполнитель не осуществляет постоянный мониторинг (премодерацию) РИМ, размещаемых Заказчиком посредством Интерфейса. Также Исполнитель не несет ответственность за наличие согласия Абонентов на получение рекламы при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика.

ООО «СМС Трафик» представлена информация (вх. № 13860-ЭП/22 от 15.09.2022 электронная почта, вх. № 14090/22 от 20.09.2022 почта России) что рассылка с буквенного номера «**Expobank**» осуществлена ООО «Экспобанк» (АО «Экспобанк» ОГРН: 1027739504760, ИНН: 7729065633) в соответствии с договором № 106/20 от 01.05.2020 года.

Указанным договором предусмотрено, что Заказчик (АО «Экспобанк»), пользуясь услугами, заказывает Исполнителю (ООО «СМС Трафик») обеспечить, в частности:

- комплекс необходимых технических и организационных мероприятий, обеспечивающих рассылку Сообщений, в том числе по сети подвижной радиотелефонной связи (то есть массовую отправку одинаковых Сообщений Абонентам с целью распространения какой-либо информации);
- комплекс необходимых технических и организационных мероприятий, обеспечивающих передачу Абонентам индивидуальных Сообщений, содержащих цифровые, буквенные или буквенно-цифровые сочетания (например, коды, пароли), а также иных адресных Сообщений, содержащих различную информацию.

Пункт 3.2.2 Договора: В случаях, предусмотренных законом, ЗАКАЗЧИК обязан, получить от Абонента предварительное согласие, выраженное посредством совершения Абонентом действий, однозначно идентифицирующих этого Абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на

получение Сообщения. Сообщение считается отправленным без предварительного согласия Абонента, если ЗАКАЗЧИК не докажет, что такое согласие было получено.

Пункт 3.2.4 Договора: ЗАКАЗЧИК обязан соблюдать требования Федерального закона от 27.07.2006 N 152-ФЗ «О персональных данных», получать в необходимых случаях согласие физических лиц на обработку их персональных данных и передачу их третьим лицам, в частности, получать согласие физического лица на передачу документов, содержащих его персональные данные, в которых содержится его волеизъявление на получение Сообщения, ИСПОЛНИТЕЛЮ, Оператору и уполномоченному органу государственной власти для целей подтверждения наличия такого согласия.

Пункт 3.2.7 Договора: ЗАКАЗЧИК обязан соблюдать иные требования законодательства в отношении Сообщений, отправляемые использованием Системы, их содержания и выбора адресатов, в том числе требования законодательства в области связи, рекламы, информации, информатизации и защите информации.

Пункт 5.3. Договора: ИСПОЛНИТЕЛЬ не несет ответственности за содержание Сообщения, предоставленного ЗАКАЗЧИКОМ. Если иное не предусмотрено Договором, ИСПОЛНИТЕЛЬ обеспечивает пропуск через Систему Сообщений без проверки и редактирования и без изменения содержания и объема. Ответственность за включение в Сообщения сведений, противоречащих действующему законодательству (в том числе высказываний экстремистского характера, ненормативной лексики, сведений, составляющих военную, государственную и иную охраняемую законом тайну, ненадлежащей рекламы и т.п.), несет ЗАКАЗЧИК.

Также ООО «СМС Трафик» представлена информационная карточка клиента, полученная от АО «Экспобанк», в соответствии с которой 17.02.2017 года владелец абонентского номера <...> выразил согласие на получение смс-сообщений от Банка путем заполнения анкеты.

Антимонопольная служба отмечает, что данная информационная карточка клиента не содержит графы (чек-боксы, отметки и т.п.) для проставления отметки о несогласии на получение рекламы. Кроме того, заявитель, вступая в договорные отношения с Банком, отказался от дачи согласия на обработку персональных данных.

Пунктом 28 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (утв. Постановление Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922) установлено, что лицами, участвующими в деле, являются стороны и заинтересованные лица.

Заинтересованными лицами могут быть лица, чьи права и законные интересы нарушены либо могут быть нарушены лицами, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также лица, на чьи права или обязанности по отношению к одной из сторон дела может повлиять принятое антимонопольным органом решение.

19.10.2022 года Башкортостанским УФАС России, в порядке части 2 статьи 36 Закона о рекламе возбуждено дело № 002/05/18-1867/2022 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 и пункта 2 части 2 статьи 28 ФЗ «О рекламе». К

участию в деле привлечены:

• **Заявитель:**

- вх. № 13057-ИП/22 от 02.09.2022.

• **Лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения**

законодательства о рекламе:

- АО «Экспобанк» (ОГРН: 1217700369083, ИНН: 7708397772).

• **Заинтересованные лица:**

- ПАО «Мегафон» (ОГРН: 1027809169585, ИНН: 7812014560);

- ООО «СМС Трафик» (ОГРН: 1057746117384, ИНН: 7705642257).

Рассмотрение дела назначено на 10.11.2022 года.

08.11.2022 года от АО «Экспобанк» поступило ходатайство о рассмотрении дела путем использования систем видео-конференц-связи (вх. № 16719-ЭП/22 от 08.11.2022 электронная почта).

09.11.2022 года АО «Экспобанк» посредством электронной почты представлены запрошенные сведения (документы и материалы) и письменные пояснения относительно рассматриваемых обстоятельств (вх. № 16826-ЭП/22).

10.11.2022 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-1867/2022 по признакам нарушения законодательства о рекламе путем систем видео-конференц-связи присутствовала:

- <...> (доверенность № 353/д от 14.10.2022) – представитель АО «Экспобанк».

Представителем АО «Экспобанк» озвучена позиция по делу.

10.11.2021 года Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. продлить срок рассмотрения дела № 002/05/18-1867/2022.

2. отложить рассмотрение дела на другую дату – 29.11.2021 года.

14.11.2022 года Заявителем представлены дополнительные пояснения (вх. № 17022-ИП/22 электронная почта).

22.11.2022 года дополнительные сведения (документы и материалы) поступили от АО «Экспобанк» (вх. № 17646-ЭП/22 электронная почта и вх. № 17990/22 от 29.11.2022 почта России).

29.11.2022 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-1867/2022 по признакам нарушения законодательства о рекламе путем систем видео-конференц-связи присутствовала:

- <...> (доверенность № 353/д от 14.10.2022) – представитель АО «Экспобанк».

Представителем АО «Экспобанк» озвучена позиция по делу.

В связи с необходимостью получения дополнительных доказательств, а также необходимостью получения по данному делу объективной и полной информации, в соответствии с пунктом 37 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия объявила перерыв в рассмотрении дела до 05.12.2022 года.

05.12.2022 года рассмотрение Комиссией дела № 002/05/18-1867/2022 после перерыва продолжено с момента, на котором оно было прервано, путем систем видео-конференц-связи в присутствии:

- <...> (доверенность № 353/д от 14.10.2022) – представитель АО «Экспобанк». Банком представлена дополнительная информация (вх. № 18361 от 05.12.2022 электронная почта).

05.12.2022 года Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. отложить рассмотрение дела на другую дату – 26.12.2021 года.

26.12.2022 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-1867/2022 по признакам нарушения законодательства о рекламе путем использования систем видео-конференц-связи присутствовали:

- Заявитель – <...>

- <...> (доверенность № 353/д от 14.10.2022) – представитель АО «Экспобанк».

Сторонами озвучена позиция по делу.

Исследовав материалы дела, заслушав пояснения сторон, Комиссия приходит к выводу, что реклама, распространенная путем СМС 26.05.2022 года в 13:17 (время московское) на телефонный номер <...> от абонента с буквенным обозначением «**Expobank**» следующего содержания:

«Успейте открыть вклад «Эксперт» от 5 тыс. рублей. Только до 27 мая включительно. Предложение ограничено. Подробнее – <https://expobank.ru/home/vklady/deposit-expert/> АО «Экспобанк».

нарушает часть 1 статьи 18 и пункт 2 части 2 статьи 28 ФЗ «О рекламе». При этом Комиссия исходит из следующего.

В соответствии с пунктами 1, 2, 3 статьи 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 - 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.

По смыслу законодательного определения рекламой считается та информация, которая, во-первых, была распространена, во-вторых, адресована неопределенному кругу лиц, в-третьих, направляет внимание и интерес на объект рекламирования, в-четвертых, имеет цель продвинуть объект рекламы на рынок. Иными словами, реклама призвана выделить рекламируемый объект из ряда других объектов и привлечь к нему внимание, а также побуждать лиц из числа неопределенного круга, среди которых распространялась реклама, обратиться за приобретением товара.

Распространенная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками:

- распространена путем использования телефонной связи (направление СМС на абонентский номер <...>);

- является общедоступной для восприятия неопределенного круга лиц и не является персонифицированной;
- направлена на привлечения внимания потребителей к услугам и товарам, предоставляемым соответствующим рекламодателем (АО «Экспобанк») и осуществляемой им деятельности и способствует формированию интереса к реализуемым товарам и их продвижение на рынке;
- объектом рекламирования выступает товар (услуги) – финансовые услуги, предоставляемые АО «Экспобанк», в частности услуги по открытию вклада. Рассматриваемая информация формирует и поддерживает потребительский интерес к данному товару – «Успейте открыть вклад «Эксперт» от 5 тыс. рублей. Только до 27 мая включительно. Предложение ограничено», что направлено на положительное выделение услуг Банка и стимулирование потенциальных потребителей рекламы к обращению к хозяйствующему субъекту.
- целью распространения рекламы является увеличение спроса на рекламируемый товар (услуги).

Сотрудниками Башкортостанского УФАС России произведен осмотр сайта указанного в тексте СМС - <https://expobank.ru/home/vklady/deposit-expert/> (осмотр с приложением фотоматериалов от 06.09.2022).

Указанный сайт принадлежит АО «Экспобанк» (ОГРН: 1217700369083, ИНН: 7708397772) и содержит информацию об услугах и товарах банка. Таким образом, содержание спорного СМС в том числе направлено на поддержание интереса к услугам данного Банка.

Частью 1 статьи 5 ФЗ «О рекламе» установлено, что реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Требования к рекламе, распространяющейся по сетям электросвязи, установлены статьей 18 Закона о рекламе.

Согласно части 1 статьи 18 ФЗ «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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Каждый рекламодатель обязан соблюдать требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

При этом, из данной нормы закона следует, что отсутствие согласия абонента на получение рекламы предполагается, если иное не доказано рекламодателем.

Бремя доказывания наличия предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы по сетям электросвязи лежит на рекламодателе,

при этом, заявитель не обязан доказывать факт отсутствия подобного согласия.

Из обращения Заявителя следует, что СМС поступило без его предварительного согласия.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Однако 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 (Постановление пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее – Пленум № 58).

В рассматриваемом случае под абонентом надлежит понимать владельца абонентского номера <...> (факт принадлежности номера заявителю подтвержден оператором связи ПАО «Мегафон»), который сообщил антимонопольному органу о том, что он не давал согласия на получение рекламных сообщений от абонента с буквенным обозначением **«Expobank»**.

Факт поступления указанного сообщения Заявителю, а также принадлежность буквенного обозначения **«Expobank»** АО «Экспобанк» подтверждается материалами дела и сторонами не оспаривается.

Материалами дела установлена следующая цепочка лиц, участвующая в направлении данного сообщения: путем передачи от АО «Экспобанк» к ООО «СМС Трафик», от него последовательно к ПАО «Мегафон» и абоненту (Заявителю).

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Из анализа договоров следует, что ответственность предусмотренная законодательством РФ за передачу сообщений возлагается на непосредственно на Заказчика рекламной рассылки.

В постановлении Верховного суда Российской Федерации от 30.03.2015 года при рассмотрении дела №305-АД15-1441 указано, что именно конечный заказчик рекламы (инициатор рассылки) является рекламораспространителем в силу положений Закона «О рекламе», если это прямо предусмотрено положениями договоров, заключенных с лицами, осуществляющими рассылку сообщений.

В указанном выше Постановлении Верховного суда также отмечено, что, если положениями договора предусмотрено, что именно заказчик является единственным составителем всех SMS-сообщений, отправляемых в рамках договора, то есть именно он является рекламодателем и рекламораспространителем указанных сообщений, именно он определяет их конечных получателей (абонентов), а исполнитель лишь создает техническую возможность для отправки этих сообщений, то оператор связи не может рассматриваться как рекламораспространитель SMS-

сообщений.

Обязанность по получению согласия и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе. При этом рекламодателем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1. Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ «О связи», рассылка, в частности, рекламного характера, 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.

Таким образом, статус рекламодателя в случае распространения рекламных рассылок по сети электросвязи фактически имеет лицо, по чьей инициативе происходит рассылка, то есть, либо заказчик рассылки, инициировавший рекламную рассылку в рамках соответствующего договора на осуществление рассылки, либо, непосредственно, сам оператор связи, если рассылка происходит по его инициативе.

В данном случае, ООО «СМС Трафик» и ПАО «Мегафон» не участвуют в определении получателя, содержании, времени отправки, круга получателей СМС-рассылки, а также иных характеристик смс-сообщений. Указанные лица, предоставляют техническую возможность для отправки сообщений АО «Экспобанк».

Материалами дела установлено, и Обществом не оспаривается, что АО «Экспобанк» выступило инициатором отправки рассматриваемого смс-сообщения, и именно на данный субъект возложена обязанность по получению и доказыванию факта наличия согласия абонента на получение рекламы.

Позиция АО «Экспобанк»: *«...В результате проведенной проверки установлено, что номер телефона <...> принадлежит действующему клиенту Банка <...> (08.07.1978 г.р.).*

17.02.2017 <...> путем подписания Информационной карточки клиента - физического лица (карточка клиента обновлена 19.02.2019) предоставил свое согласие на получение от Банка сообщений (в том числе рекламной информации) об услугах, программах и продуктах Банка, третьих лиц.

Поскольку <...> предоставил согласие на получение рекламной информации, Заявителю Банком 26.05.2022 было направлено СМС - сообщение на номер телефона с предложением об открытии вклада «Эксперт».

Обращаем внимание, что несмотря на отсутствие в Информационной карточке клиента - физического лица специальной графы для проставления отказа от получения рекламной информации, Заявитель имел возможность выразить свое несогласие, прямо указав об этом по тексту аналогично его надписи об отказе от согласия на обработку персональных данных, а также направив в последующем отказ на имя Банка.

Сообщаем, что указанное СМС - сообщение было направлено Заявителю как

клиенту Банка, с которым имеют место быть длительные договорные отношения, с учетом ранее предоставленного согласия на получение такой информации. Рекламная кампания Банком не проводилась.

Дополнительно информируем, что рассылка СМС-сообщений осуществлялась с использованием Сервиса, используемого Банком на основании Договора № 106/20 от 01.05.2020, заключенного между Банком и ООО «СМС Трафик».

С данной позицией Банка, Комиссия не согласна.

Исходя из правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 Пленума № 58, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем, согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя. При этом, в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов, 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.

Следует отметить, что 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 части 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Оценивая представленные в материалы дела информационные карточки клиента от 17.02.2017 и 19.02.2019 года, Комиссия отмечает, что Карточки не содержат графы (чек-боксы, отметки и т.п.) для проставления отметки о несогласии на получение рекламы.

Таким образом, при подписании указанных документов у Клиента отсутствует возможность отдельно отказаться от получения рекламной информации, и Заявитель вынужден в целях получения банковских услуг в совокупности соглашаться на получение рекламы.

Из пояснений, представленных Заявителем, явно следует, что он не выражал добровольного согласия на получение рекламы, и если бы у него была изначально

возможность выбора, которая была бы доведена надлежащим образом, то он однозначно не дал бы своего согласия на получение рекламы.

Распространение рекламы в данном случае связано с интересами АО «Экспобанк» но при этом, интересы Банка, не должны нарушать права лица, обратившегося за получением банковских услуг, на добровольное получение информации, а также создавать неудобства, связанные с поиском возможности отказаться от получения навязанной рекламы и совершением каких-либо дополнительных действий для отказа.

Комиссия также учитывает тот факт, что в приведенных анкетах Заявителем собственноручной подписью выражен отказ от дачи согласия на обработку персональных данных.

Антимонопольная служба согласна с позицией Заявителя, согласно которой, отказ от дачи согласия на обработку персональных данных, учитывая содержание и формулировку раздела «согласие на обработку персональных данных» в информационной карточке клиента от 2017 и 2019 года, подразумевает также и отказ на направление рекламной информации.

Башкортостанское УФАС России, также отмечает, что под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

При этом реклама может иметь целевую аудиторию, к которой относятся некие лица, для которых в первую очередь предназначена такая информация. Однако направленность рекламы на неопределенный круг лиц оценивается исходя из выбранного способа и средства распространения рекламы, а также содержания самой рекламной информации. Если рекламная информация представляет интерес и доступна также и иным лицам, не только входящим в ее целевую аудиторию, то направленность такой рекламы выходит за пределы целевой аудитории и относится к неопределенному кругу лиц.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер смс-сообщения.

В случае направления посредством смс-сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если 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 (упоминание имени и отчества абонента либо принадлежащих ему индивидуализирующих признаков, представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются

рекламой.

Под рекламой понимается определенная не персонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

В силу специфики способа распространения рекламы по сетям электросвязи следует исходить из возможности направления однообразных предложений с несколько отличающимися условиями разным абонентам.

Оценивая текст смс-сообщения, Комиссия приходит к выводу, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением Заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования – услугам по открытию и обслуживанию вклада в АО «Экспобанк» и представляет интерес для неопределенного круга лиц.

В материалы дела АО «Экспобанк» безусловных и убедительных доказательств того, что указанным предложением может воспользоваться исключительно владелец абонентского номера <...> не представлено.

С учетом изложенного, данное СМС нарушает часть 1 статьи 18 Закона о рекламе. Ответственность за нарушение указанной нормы, в соответствии с частью 7 статьи 38 данного Закона, возложена на рекламораспространителя.

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Закона о рекламе).

АО «Экспобанк» как владелец буквенного обозначения «**Expobank**», с которого направлено ненадлежащее смс-сообщение, выступило рекламораспространителем данной рекламы. Обществом данный факт не оспаривается.

То обстоятельство, что Заявителем после направления в его адрес рекламной информации, заключены договора банковских вкладов «Эксперт», не опровергает факт отсутствия и не освобождает Банк от обязанности получения надлежащего согласия на направление рекламных сообщений в адрес потребителя.

Кроме этого, так как объектом рекламирования в указанном сообщении, выступают услуги по привлечению во вклады денежных средств, смс-сообщение представляет собой рекламу финансовых услуг.

Под финансовой услугой понимают, банковскую услугу, страховую услугу, услугу на рынке ценных бумаг, услугу по договору лизинга, а также услугу, оказываемую финансовой организацией и связанную с привлечением и (или) размещением денежных средств юридических и физических лиц (пункт 2 статьи 4 ФЗ «О защите конкуренции»).

Статья 28 ФЗ «О рекламе» устанавливает специальные требования и ограничения к рекламе финансовых услуг и финансовой деятельности.

Банк - кредитная организация, которая имеет исключительное право осуществлять в совокупности следующие банковские операции: привлечение во вклады денежных средств физических и юридических лиц, размещение указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности, открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц

(статья 1 ФЗ «О банках и банковской деятельности»).

В соответствии с пунктом 2 части 2 статьи 28 ФЗ «О рекламе» реклама банковских, страховых и иных финансовых услуг и финансовой деятельности не должна умалчивать об иных условиях оказания соответствующих услуг, влияющих на сумму доходов, которые получают воспользовавшиеся услугами лица, или на сумму расходов, которую понесут воспользовавшиеся услугами лица, если в рекламе сообщается хотя бы одно из таких условий.

К условиям, влияющим на сумму доходов по вкладу относятся: сумма банковского вклада, срок банковского вклада, проценты по вкладу, порядок снятия денежных средств со счета по вкладу и его пополнения, минимальная сумма вклада, периодичность начисления процентов, наличие или отсутствие капитализации, изменение процентной ставки внутри срока договора, процентная ставка при досрочном востребовании вклада, периодичность выплаты процентов по вкладу, начисление процентов по вкладу в случае полного или частичного востребования вклада до истечения срока договора, иные условия.

В рекламе финансовых услуг существенной является не только информация, привлекательная для потребителя, но и информация, способная обмануть ожидания, сформированные у потребителей такой рекламой.

При этом вся необходимая и требуемая по закону информация, должна доводиться непосредственно в рекламе с тем, чтобы обеспечить возможность потребителю с ней ознакомиться, так как она может существенно повлиять на его выбор.

В рассматриваемой рекламе указывается минимальная сумма вклада (от 5 тыс. рублей) и срок, в течении которого возможно открыть данный вклад, однако иные условия вклада (максимальная сумма открытия вклада, процентная ставка, порядок пополнения и начисления процентов, порядок снятия денежных средств с вклада, условия пролонгации и т.д.), влияющие на размер вклада и его доходность, в рекламе не содержатся.

Таким образом, данное рекламное сообщение также нарушает пункт 2 части 2 статьи 28 Закона о рекламе. Ответственность за нарушение указанной нормы, в соответствии с частью 6 статьи 38 данного Закона, возложена на рекламоделателя.

Рекламоделатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо (пункт 5 статьи 3 ФЗ «О рекламе»).

Из материалов дела следует, что АО «Экспобанк» выступило рекламоделателем указанной рекламы. Обществом данный факт не оспаривается.

Согласно пункту 49 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.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия,

направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

В силу пункта 54 Правил при добровольном устранении лицом (лицами) совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В этом случае основания нецелесообразности выдачи предписания излагаются в мотивировочной части решения по делу.

Комиссией принято решение предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе АО «Экспобанк» не выдавать, так как Обществом представлены пояснения, что абонентский номер Заявителя исключен из рассылок, а Заявителем доказательства повторного получения рекламных сообщений не представлено.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 42-48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать АО «Экспобанк» рекламораспространителем и рекламодателем рекламы.

2. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную путем смс-сообщения 26.05.2022 года в 13:17 (время московское) на телефонный номер <...> от абонента с буквенным обозначением «**Expobank**», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 и пункта 2 части 2 статьи 28 Федерального закона «О рекламе».

3. В соответствии с пунктом 54 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать.

4. Передать материалы дела для возбуждения административного производства, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении АО «Экспобанк».

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...> <...>