

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «02» июня 2015 г.

В полном объеме решение изготовлено «__» июня 2015 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по

рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о

рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России) в составе:

председателя Комиссии – (.....),

членов Комиссии – (.....), (.....),

рассмотрев дело № 3-18-9/77-15 в отношении ОАО АКБ «МИРЪ»,

ООО «ИнфоБип» по факту распространения на телефонный номер

(.....) рекламы

посредством СМС-сообщения «Миръ Банкъ» увеличил доходность по вкладам: до 8,65% в

долларах США, до 8,20% в евро + бонус 1% за лояльность, банковская ячейка. +7 (495) 114-55-

00», поступившего 25.12.2014 в 10:55, отправитель: MirBank (номер <...> в соответствии с

детализацией услуг связи — +7-903-701-11-11), с признаками нарушения части 1 статьи 18

Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе),

выразившимися в распространении рекламы посредством использования телефонной связи

без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии представителя ОАО АКБ «МИРЪ» в лице <...>,

в отсутствие лица, в действиях которого усматриваются признаки нарушения

законодательства Российской Федерации о рекламе, — ООО «ИнфоБип» (надлежащим

образом уведомлено),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-9/77-15 возбуждено в отношении ОАО АКБ «МИРЪ» на основании

обращения (.....) (вх. № 340 от 13.01.2015) по факту распространения на телефонный номер (.....) рекламы посредством СМС-сообщения «Миръ Банкъ»

увеличил доходность по вкладам: до 8,65% в долларах США, до 8,20% в евро + бонус 1% за

лояльность, банковская ячейка. +7 (495) 114-55-00», поступившего

25.12.2014 в 10:55,

отправитель: MirBank (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — <...>).

Комиссия Московского УФАС России, исследовав материалы дела, оценив

доказательства в их совокупности и взаимной связи, установила следующее.

Согласно материалам дела № 3-18-9/77-15 на номер телефона (.....)

25.12.2014 в 10:55 поступила реклама следующего содержания: «МирЪ БанкЪ» увеличил доходность по вкладам: до 8,65% в долларах США, до 8,20% в евро + бонус 1% за лояльность, банковская ячейка. <...>.

Поступление указанной рекламы на номер телефона (.....) подтверждается

фотографией экрана мобильного телефона, содержащий текст рассматриваемого

сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной

физическим лицом в материалы дела (вх. № 340 от 13.01.2015).

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона 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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «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; электросвязь - любые излучение, передача или

прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений,

звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим

электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи,

является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется

определенным абонентам.

Между тем, такая персонализация, а равно более широкое толкование понятия

рекламы, прямо следует в рассматриваемом случае из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В тексте такой рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие

которого направлена распространённая информация. Текст такой рекламы не содержит в себе

указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по

распространению исходя из ее содержания.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт

деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного

введения в оборот.

Рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания потребителя к

финансовым услугам, оказываемым ОАО АКБ «МИРЪ» и может быть воспринята любым

потенциальным потребителем.

Также, в материалы дела не представлено доказательств направления смс-сообщения

«Миръ БанкЪ» увеличил доходность по вкладам: до 8,65% в долларах США, до 8,20% в евро +

бонус 1% за лояльность, банковская ячейка. +7 (495) 114-55-00»

исключительно в адрес одного

абонента — заявителя.

Таким образом, информация, распространённая на номер телефона (.....),

направлена на привлечение внимания к финансовым услугам,

оказываемым ОАО АКБ «МИРЪ» и признана Комиссией Московского УФАС России рекламой.

В соответствии с частью 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием. 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.

Согласно пункту 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента на получение рекламы может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Таким образом, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получения рекламы лежит на лице ее распространившем.

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 рекламодателя.

Заявителем представлено документальное подтверждение направления в ОАО АКБ

«МИРЪ» надлежащего заявления от 12.12.2014 с отзывом согласия на передачу персональных

данных ОАО АКБ «МИРЪ» своим аффилированным лицам, дочерним компаниям, партнерам,

а также иным третьим лицам, с целью продвижения услуг банка и его партнеров.

Московским УФАС России у ОАО АКБ «МИРЪ» было запрошено подтверждение согласия абонента на получения рекламных сообщений.

ОАО АКБ «МИРЪ» документы, подтверждающие наличие согласия <...> на получение рекламы в форме прямого подтвержденного волеизъявления по сетям электросвязи, не представило.

В обоснование наличия согласия (.....) на получение рекламных сообщений

от ОАО АКБ «МИРЪ» заявлены следующие доводы.

Согласно письменным пояснениям, представленным ОАО АКБ «МИРЪ» в Московское УФАС России, (.....) является клиентом Банка с 12.12.2014 и имеет в

Банке текущий счет и сета по вкладам физических лиц.

При открытии текущего счета (.....) подписал заявление-анкету на банковское

обслуживание физических лиц, таким образом (.....). согласился с публичной

офертой Банка и взял на себя обязанность по соблюдению и исполнению Договора

комплексного банковского обслуживания физических лиц.

Договор комплексного банковского обслуживания физических лиц включает с

себя Единые условия для клиентов Банка.

Текст условий для клиентов банка является публичной офертой и находится в

общем доступе.

Согласно пункту 10 Единых условий комплексного банковского обслуживания

физических лиц ОАО АКБ «МИРЪ» (далее — Условия), являющихся неотъемлемой

частью заявления-анкеты на банковское обслуживание физических лиц в ОАО АКБ

«МИРЪ», (.....) выразил свое согласие на обработку (сбор,

систематизацию,
накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение)),
использование,
распространение (в том числе передачу) и т. д. своих персональных
данных, указанных
в заявлении-анкете. В указанных целях Банк может по своему
усмотрению
осуществлять передачу персональных данных дочерним компаниям,
аффилированным
лицам, партнерам, а также иным третьим лицам с целью исполнения
настоящего
договора, продвижения услуг Банка и его партнеров, а также для
обработки
информации. Настоящее согласие предоставляется с момента
подписания заявления-
анкеты на весь срок действия договора и может быть отозвано при
представлении в
Банк заявления в простой письменной форме в соответствии с
требованиями
законодательства РФ.
12.12.2014 (.....) направил в ОАО АКБ «МИРЪ» заявление об отзыве
согласия
на передачу своих персональных данных аффилированным лицам,
дочерним
компаниям, партнерам, а также иным третьим лицам с целью
продвижения услуг банка
и его партнеров, а также для обработки информации организацией
статистического
учета, оценки рисков и т. п.
При этом, 17.12.2014 ОАО АКБ «МИРЪ» сообщил (.....), что, согласно
части 1
статьи 6 Федерального закона Российской Федерации от 27.07.2006 №
152-ФЗ «О
персональных данных» (далее — Закон о персональных данных),
обработка
персональных данных должна осуществляться с соблюдением
принципов и правил,
предусмотренных Законом о персональных данных. Обработка
персональных данных
необходима для исполнения договора, стороной которого либо
выгодоприобретателем
или поручителем по которому является субъект персональных данных, в
том числе в
случае реализации оператором своего права на уступку прав

(требований) по такому договору, а также для заключения договора по инициативе субъекта персональных данных или договора, по которому субъект персональных данных будет являться выгодоприобретателем или поручителем. Таким образом, Банк не видит законных оснований для изменения условий Договора в части прекращения обработки персональных данных.

Вместе с тем, данный довод Московским УФАС России признан несостоятельным в связи с нижеследующим.

Согласно пункту 10 Условий, согласие, предоставленное (.....) при подписании

заявления-анкеты, может быть отозвано заявителем при предоставлении в Банк

заявления в простой письменной форме в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации.

(.....) при заключении договора с ОАО АКБ «МИРЪ» сразу же подал заявление Банку об отзыве своего согласия на обработку персональных данных,

связанных с продвижением Банком своих услуг, передачу персональных данных

аффилированным с Банком лицам, его дочерним компаниям, партнерам, а также иным

третьим лицам с целью продвижения услуг Банка и его партнеров в свободной

письменной форме.

Также, исходя из представленных в материалы дела № 3-18-9/77-15 документов

и материалов, указанная реклама распространялась на основании Договора оказания

услуг № 22062011-053 от 23.06.2011 (далее — Договор), заключенного между

ОАО «Флексинвест Банк» и ООО «Инфобип».

Согласно представленным материалам, а также на основании сведений, содержащихся

в Едином государственном реестре юридических лиц установлено, что ОАО «Флексинвест

Банк» сменило название на ОАО АКБ «МИРЪ» (ИНН 6312023300). Таким образом, в

настоящем решении ОАО «Флексинвест Банк» именуется ОАО АКБ «МИРЪ».

Предметом Договора, заключенного между ОАО АКБ «МИРЪ» и ООО

«Инфобип»,
является предоставление ООО «Инфобип» ОАО АКБ «МИРЪ» услуги по отправке SMS абонентам через оператора путем предоставления доступа к системе. Согласно пункту 3.2.2 Договора, ОАО АКБ «МИРЪ» обязано получить от абонента, на телефон которого планируется отправка SMS с информацией ОАО АКБ «МИРЪ», согласие на получение таких сообщений и такой рекламы, которая может быть предъявлена Оператору и не оставляет сомнений как безоговорочное доказательство добровольности абонента на получение SMS с информацией ОАО АКБ «МИРЪ».

Согласно пункту 6.1. Договора, при нарушении ОАО АКБ «МИРЪ» условий Договора, настоящий Договор может быть расторгнут ООО «Инфобип» в одностороннем порядке.

Резюмируя изложенное, исследовав процесс создания и распространения рекламы «Миръ БанкЪ» увеличил доходность по вкладам: до 8,65% в долларах США, до 8,20% в евро + бонус 1% за лояльность, банковская ячейка. +7 (495) 114-55-00», изучив принятые ООО «Инфобип», ОАО АКБ «МИРЪ» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемых договоров, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей рекламы осуществлялось ОАО АКБ «МИРЪ» путем направления оспариваемого сообщения ООО «Инфобип» с целью дальнейшего его доведения до сведения абонента.

Из имеющихся в материалах рассматриваемого дела документов следует, что ООО «Инфобип» предполагало возможность направления абонентам смс-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «спам», в том числе и рекламу.

При этом, у ООО «Инфобип» имелась обязанность предварительно удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию, а также имелась возможность блокировать отправку смс-сообщений

распространяемых лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости.

Соответственно, ООО «ИнфоБип» обладало возможностью осуществления контроля за действиями контрагента.

В соответствии со статьей 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.

Обязание контрагента не использовать выделенное подключение к оборудованию с целью организации «спама», а также самостоятельно получать

согласие абонента на получение смс-сообщений, не снимает с самого лица

обязанностей по соблюдению требований статьи 18 Закона о рекламе, поскольку не

устраняет условий, при которых такое лицо признается рекламодателем.

Исходя из вышеизложенного, ООО «ИнфоБип», ОАО АКБ «МИРЪ» имеют возможность не передавать рассматриваемую рекламу. Само по себе отсутствие

участия какой-либо из сторон по делу в процессе формирования текста рекламы либо ее адресатов, не снимает с ООО «ИнфоБип», ОАО АКБ «МИРЪ» ответственности по соблюдению требований статьи 18 Закона о рекламе, поскольку данные лица являются рекламодателями в силу законодательного определения.

Достигнутые сторонами соглашения в рамках гражданско-правовых отношений

не освобождают указанные стороны от обязанности по соблюдению норм и правил

действующего законодательства, а равно не влияют на установление субъектов

рекламодателей Комиссией Московского УФАС России.

ООО «ИнфоБип» (109012, г. Москва, ул. Ильинка, д. 4) является юридическим

лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный

реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером

5087746020720 ИНН 7703673690 , КПП 771001001.

ОАО АКБ «МИРЪ» (адрес: 109004, г. Москва, ул. Николоямская, д. 40, стр. 1)

является юридическим лицом, действующим на основании Устава, зарегистрировано и

включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным

государственным регистрационным номером 1026300003168, ИНН 6312023300,

КПП 775001001.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям

законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение 25.12.2014 в 10:55 рекламы финансовых услуг на номер

телефона (.....) от отправителя «MirBank» с нарушением части 1 статьи 18 ФЗ Закона о

рекламе является ненадлежащим.

Согласно пункту 7 статьи Закона о рекламе, рекламодатель — лицо,

осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с

использованием любых средств.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение

требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ОАО АКБ «МИРЪ» является

лицом, осуществившим наряду с ООО «ИнфоБип» распространение рассматриваемой рекламы

на телефонный номер (.....).

ООО «ИнфоБип», ОАО АКБ «МИРЪ» последовательно осуществили распространение

рассматриваемой рекламы на телефонный номер (.....) в силу имеющихся между ними гражданско - правовых отношений.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое

действие, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату

— заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий

ООО «ИнфоБип», ОАО АКБ «МИРЪ» рассматриваемое сообщение не достигло бы

конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, ООО «ИнфоБип», ОАО АКБ «МИРЪ» являются рекламодателями рекламы «МирЪ БанкЪ» увеличил доходность по вкладам: до 8,65% в долларах США, до 8,20% в евро + бонус 1% за лояльность, банковская ячейка. +7 (495) 114-55-00», поступившей 25.12.2014 в 10:55 от отправителя «MirBank».

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ООО «ИнфоБип», ОАО АКБ «МИРЪ» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «ИнфоБип», ОАО АКБ «МИРЪ» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении 25.12.2014 в 10:55 на телефонный номер (.....) от отправителя «MirBank» рекламы «МирЪ БанкЪ» увеличил доходность по вкладам: до 8,65% в долларах США, до 8,20% в евро + бонус 1% за лояльность, банковская ячейка. +7 (495) 114-55-00» без предварительного согласия абонента на ее получение.

ОАО АКБ «МИРЪ» представил в адрес Московского УФАС России информацию о том, что номер <...> изъят из перечня телефонов по которым производится рассылка информации.

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.

Между тем, предписание само по себе направлено именно на

устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, и не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «ИнфоБип», ОАО АКБ «МИРЪ» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 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 Московского УФАС России РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащим распространение 25.12.2014 в 10:55 рекламы «МирЪ БанкЪ» увеличил доходность по вкладам: до 8,65% в долларах США, до 8,20% в евро + бонус 1% за лояльность, банковская ячейка. +7 (495) 114-55-00» на номер телефона(.....) от отправителя «MirBank», в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.
2. Выдать ООО «ИнфоБип» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Выдать ОАО АКБ «МИРЪ» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия в Арбитражный суд г. Москвы в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. Председатель Комиссии (.....) Члены Комиссии (.....) (.....)

