

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 042/05/18-719/2021

«19» августа 2021г.

г. Кемерово

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

Заместителя председателя
Комиссии: <...> заместителя руководителя управления;
- ведущего специалиста-эксперта отдела
Членов Комиссии: <... рекламы и
>- недобросовестной конкуренции,
ведущего специалиста-эксперта отдела
<... рекламы и
>- недобросовестной конкуренции,

рассмотрев дело № 042/05/18-719/2021, возбужденное в отношении общества с ограниченной ответственностью «АйДиджитал» (далее – ООО «АйДиджитал», юридический адрес: 197110, г. Санкт – Петербург, ул. Лодейнопольская, д. 5, литер А, оф. 604, ОГРН 1137847488195, Дата присвоения ОГРН 16.12.2013, ИНН 7813577816, КПП 781301001) по признакам нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе») в присутствии заявителя, а также представителя ПАО Банк «ФК Открытие» <...> (доверенность от 25.01.2021 № 1Ф/22)

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило заявление <...> (исх. от 01.03.2021, вх. от 01.03.2021 № 1317э), а также обращение Управления Роскомнадзора по Кемеровской области – Кузбассу (исх. от 05.03.2021 № 2794095/42, вх. от 11.03.2021 № 1042) о рассмотрении аналогичного заявления физического лица (исх. от 01.03.2021) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы на абонентский номер заявителя <...> без согласия абонента.

Из заявлений следует, что заявитель обращался в адрес ПАО Банк «ФК Открытия» с заявлением об исключении своих абонентских номеров из базы рассылок рекламных сообщений (копия заявления с отметкой банка от 24.12.2020 о принятии представлена в адрес Кемеровского УФАС России).

Вместе с тем, заявителем представлен скриншот смс – сообщения от 22.01.2021 в 19 часов 45 минут следующего содержания:

«Больше уюта в доме этой зимой! Не успели получить до 47000 руб. в кредит по индивидуальной ставке 5,9% на первый год? Для вас продлили ее действие до 31.01. Оформите кредит без визита в банк – в мобильном приложении app.open.ru или интернет – банке ib.open.ru ПАО Банк «ФК Открытие» от абонента ОТКРИТИЕ.

Из ответа ПАО «ВымпелКом» (исх. от 12.04.2021 № ВР-04/б/н) следует, что отправителем указанного смс – сообщения является ООО «АйДиджитал»

Указанное смс – сообщение было направлено абоненту <...> после направленного заявления об исключении абонентских номеров из базы рассылок рекламных сообщений (24.12.2020).

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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 было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

29.04.2021 определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Кемеровским УФАС России было возбуждено дело № 042/05/18-719/2021 в отношении ООО «АйДиджитал» и назначено к рассмотрению на 16.06.2021 на 10 часов 00 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ООО «АйДиджитал» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

03.06.2021 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения ООО «АйДиджитал» (исх. от 21.05.2021 № 2105/2021-01), из которых следует, что ООО «АйДиджитал» является оператором телематических услуг связи, оказывающим услуги в соответствии с Правилами оказания телематических услуг связи, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 10.09.2007 № 575, на основании лицензии № 173139 от 10.06.2019.

Между ООО «АйДиджитал» и ПАО Банк «ФК Открытие» заключен договор от 01.06.2019 № 0106/2019, согласно условиям которого ООО «АйДиджитал» предоставляет ПАО Банк «ФК Открытие» возможность направлять смс – сообщения, а ПАО Банк «ФК Открытие» обязуется принимать оказанные услуги и оплачивать их в соответствии с условиями договора.

Согласно пункту 5.5 указанного договора ПАО Банк «ФК Открытие» несет ответственность перед третьими лицами за содержание любых сведений, предоставленных ПАО Банк «ФК Открытие», а также за содержание сообщений, передача которых осуществляется в рамках договора и факт их передачи ООО «АйДиджитал» по заданию ПАО Банк «ФК Открытие» в рамках оказания услуг.

Как указано в пункте 2.2.6 договора, стороны отдельно оговорили, что ПАО Банк «ФК Открытие» обязуется получить согласие абонентов, которым направляет сообщения, на получение таких сообщений в порядке и форме, предусмотренной применимым законодательством.

16.06.2021 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-719/2021 в присутствии заявителя, который поддержал доводы, изложенные в заявлении, а также заявил ходатайство о приобщении к материалам данного дела ответа от Управления Федеральной службы судебных приставов по Кемеровской области от 08.04.2021 № 91922/29721.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России решила рассмотрение дела отложить для замены ненадлежащего ответчика (ООО «АйДиджитал») надлежащим (ПАО Банк «ФК Открытие», юридический адрес: 115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 2, стр. 4, ОГРН 1027739019208, Дата присвоения ОГРН 26.07.2002, ИНН 7706092528, КПП 770501001), а также для получения дополнительных доказательств по делу.

Определением от 16.06.2021 рассмотрение дела № 042/05/18-719/2021 было отложено на 19.08.2021 в 10 часов 00 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ПАО «Банк «ФК Открытие», ООО «АйДиджитал» заказными письмами с уведомлением о вручении (распечатки с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеются в материалах дела), а также заявителю по электронной почте.

10.08.2021 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения представителя по доверенности ПАО Банк «ФК Открытие» (исх. от 10.08.2021 № 1Ф.73-4/301), из которых следует, что между ОАО «МДМ Банк» (реорганизовано в форме присоединения к ПАО Банк «ФК Открытие» 01.01.2019) и абонентом (<...>) 31.07.2012 заключен договор комплексного банковского обслуживания путем подписания Анкеты – Заявления на получение международной банковской карты Клиента (далее – Анкета Клиента). На сегодняшний день договор комплексного банковского обслуживания не расторгнут, не признан недействительным и является действующим.

Согласно Анкете Клиента, абонент предоставил банку согласие на обработку своих персональных данных, в том числе в маркетинговых и рекламных целях.

Согласно пункту 3.1.7 договора банк вправе с письменного согласия клиента направлять клиенту сообщения информационного и рекламного характера по адресам и телефонам, указанным клиентом в анкете и/или анкете на получение кредита и/или заявлениях (по домашнему адресу, рабочему адресу, адресу электронной почты либо НПО номерам телефонов, в том числе номерам сотовой связи, фактов).

В рамках действующего договора банком было направлено персональное предложение абоненту <...>, следующего содержания:

«Больше уюта в доме этой зимой! Не успели получить до 47000 руб. в кредит по индивидуальной ставке 5,9% на первый год? Для вас продлили ее действие до 31.01. Оформите кредит без визита в банк – в мобильном приложении app.open.ru или интернет – банке ib.open.ru ПАО Банк «ФК Открытие».

Анализ указанного сообщения, направленного в качестве персонального предложения исключительно абоненту <...>, не позволяет отнести его к сообщениям, которые носят рекламный характер по следующим основаниям:

1. сообщение было направлено в адрес конкретного абонента, а именно с номером <...>, который зарегистрирован за конкретным лицом, а, соответственно, доступ к информации имеет только владелец номера;
2. сообщения содержали обращение именно к данному, конкретному абоненту, поскольку в сообщении содержится указание на предоставление кредита по

индивидуальной ставке, а также на возможность оформить данный кредит по средствам мобильного приложения или интернет – банка конкретного абонента, персональное предложение которому было адресовано.

Совокупность вышеуказанных данных не позволяет сделать вывод о том, что персональное сообщение было направлено неопределенному кругу лиц, поскольку, как указано в смс – сообщении, кредит может быть оформлен через мобильное приложение или через интернет банк абонента, доступ в который имеет только данный конкретный абонент. Предоставление кредита на определенных (индивидуальных) условиях не может быть одобрено неопределенному кругу лиц.

Необходимо отметить, что персональные предложения направляются банком преимущественно посредством приложения «Мобильный банк», и только в случае отсутствия приложения «Мобильный банк» персональные предложения могут быть направлены на номер телефона конкретного абонента, которому предоставляются индивидуальные условия.

Таким образом, информация, распространенная на номер абонента, не отвечает признакам рекламы, поскольку она адресована только определенному лицу – Абоненту. При этом, необходимо обратить внимание, что доступ к данной информации имеет только абонент, которому принадлежит номер, доступ к персональному предложению иных лиц невозможен. Оформить кредит по индивидуальной ставке абонент может через свое мобильное приложение.

Также из письменных пояснений следует, что в настоящее время номера абонента исключены из базы данных клиентов, внесен в запрет на рекламу с 25.01.2021, в связи с чем, банк прекратил осуществлять рассылки адресату, в том числе предприняты меры, направленные на исключение направления в будущем в адрес абонента персональных предложений.

19.08.2021 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-719/2021 в присутствии представителя ПАО Банк «ФК Открытие» <...>, которая поддержала представленные письменные пояснения, а также в присутствии заявителя, который поддержал доводы, указанные в заявлении, а также дополнительно пояснил, что до направления заявления об отказе в получении смс – сообщений рекламного характера (24.12.2020), смс – сообщения от банка содержали обращение к заявителю по имени и отчеству, после направления указанного заявления смс – сообщение 22.01.2021 поступило без персонального обращения. Также заявитель пояснил, что мобильное приложение банка у него отсутствует.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России установила.

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило заявление <...> (исх. от 01.03.2021, вх. от 01.03.2021 № 1317э), а также обращение Управления Роскомнадзора по Кемеровской области – Кузбассу (исх. от 05.03.2021 № 2794095/42, вх. от 11.03.2021 № 1042) о рассмотрении аналогичного заявления физического лица (исх. от 01.03.2021) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы на абонентский номер заявителя <...> без согласия абонента.

Из заявлений следует, что заявитель обращался в адрес ПАО Банк «ФК Открытие» с заявлением об исключении своих абонентских номеров из базы рассылок

рекламных сообщений (копия заявления с отметкой банка от 24.12.2020 о принятии представлена в адрес Кемеровского УФАС России).

Вместе с тем, заявителем представлен скриншот смс – сообщения от 22.01.2021 в 19 часов 45 минут следующего содержания:

«Больше уюта в доме этой зимой! Не успели получить до 47000 руб. в кредит по индивидуальной ставке 5,9% на первый год? Для вас продлили ее действие до 31.01. Оформите кредит без визита в банк – в мобильном приложении app.open.ru или интернет – банке ib.open.ru ПАО Банк «ФК Открытие» от абонента ОТКРИТИЕ.

Из письменных пояснений представителя ПАО Банк «ФК Открытие» следует, что указанное сообщение является персональным предложением, так как направлено на конкретный номер абонента, а также содержит обращение именно к данному, конкретному абоненту.

Вместе с тем, в соответствии с письмом ФАС России от 25.06.2013 № АК/24455/13 «О рекламных смс – сообщениях», согласно пункту 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама - это 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 данной норме 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.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

Из заявлений следует, что заявитель обращался в адрес ПАО Банк «ФК Открытие» с заявлением об исключении своих абонентских номеров из базы рассылок рекламных сообщений (копия заявления с отметкой банка от 24.12.2020 о принятии представлена в адрес Кемеровского УФАС России).

Указанное смс – сообщение было направлено абоненту <...> после направленного заявления об исключении абонентских номеров из базы рассылок рекламных сообщений (24.12.2020).

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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.

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О

некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей телефон поступила реклама.

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 (часть 1 статьи 44.1 Закона о связи).

Поскольку Законом о рекламе не определены порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. При этом под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение (пункт 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

Таким образом, распространение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи возможно лишь при получении на это предварительного согласия лица, которому фактически принадлежит телефонный номер (абонент).

В данном случае бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламодателе, в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

Кемеровским УФАС России установлено, что 24.12.2020 заявитель обратился с заявлением в ПАО Банк «ФК Открытие», вместе с тем, в нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» ПАО Банк «ФК Открытие» направило на абонентский номер заявителя <...> рекламу посредством смс – сообщения.

Следовательно, распространение ПАО Банк «ФК Открытие» рекламы посредством смс - сообщения без согласия абонента <...>, содержит признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несёт рекламодатель.

В данном случае рекламодателем является ПАО Банк «ФК Открытие».

Руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по

признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,
Комиссия Кемеровского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу публичное акционерное общество банк «Финансовая корпорация «Открытие» (юридический адрес: 115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 2, стр. 4, ОГРН 1027739019208, Дата присвоения ОГРН 26.07.2002, ИНН 7706092528, КПП 770501001), распространенную посредством смс – сообщения от абонента ОТКРИТИЕ на абонентский номер 8-903-985-63-96 без согласия абонента, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать в связи с устранением нарушения.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Кемеровского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме «01» сентября 2021 года.

Решение может быть обжаловано в порядке, предусмотренном статьей 37 ФЗ «О рекламе».