

ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк»

125124, г. Москва, ул. Правды, д. 8,
корп. 1,

Заинтересованное лицо:

ПАО «Мегафон»

127006, г. Москва, Оружейный
переулок, 41
info@megafon.ru

Заявитель: вх. № 5938 от 20.04.2022

РЕШЕНИЕ

по делу № 002/05/18-1113/2022

11.08.2022 года

г. Уфа, ул. Пушкина, 95

Решение в полном объеме изготовлено «24» августа 2022 года

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

Председатель Комиссии:

<...>;

Члены Комиссии:

<...>;

<...>;

рассмотрев дело № 002/05/18-1113/2022, возбужденное по обращению физического лица в отношении ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк» (ОГРН: 1027700280937, ИНН: 7735057951), по факту распространения рекламы с признаками нарушения части 1 статьи 18 и части 3 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе», Закон о рекламе),

в присутствии:

- <...> (доверенность № 1-6/241 от 25.05.2022) – представителя ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк» путем использования систем видео-конференц-связи;

- <...> (доверенность № 5-531/21 от 16.12.2021) – представителя ПАО «Мегафон» путем использования систем видео-конференц-связи;

УСТАНОВИЛА:

20.04.2022 года в Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан (далее - УФАС по РБ, антимонопольная служба) посредством электронной почты (solutions@fas.gov.ru) поступило обращение гражданина (вх. № 5938 срок рассмотрения продлен) указывающее на признаки

нарушения ФЗ «О рекламе».

В обращение Заявитель сообщил, что 18.08.2021 года в 12:30 (время московское) получил на телефонный номер <...> нежелательное СМС от абонента с буквенным обозначением «**HomeCredit**» следующего содержания:

« , мы снизили ставку по кредиту для всех – теперь 5,9%. Вам доступно до 858 000 р. hcrd.ru/c 88007007655 ООО ХКФ Банк».

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

Дополнительно Заявителем приложен Договор вклада физического лица № 272/003977 от 19.03.2021 года заключенный с ООО «ХКФ Банк» в рамках которого, по его мнению, и было направлено данное рекламное сообщение. В указанном Договоре Заявитель отказался от дачи согласия на направление в его адрес (в том числе по сетям электросвязи) рекламной информации от Банка.

Заявителем также приложена копия постановления Управления Роспотребнадзора по Республике Башкортостан № 09/22-54 от 27.01.2022 года, где была установлена незаконность включенного в Договор № 272/003977 положения о безусловном согласии на обработку персональных данных клиентом банка.

Также Заявителем приложено письмо, полученное им от Управления поддержки Клиентов и повышения эффективности операционной деятельности ООО «ХКФ Банк» (от 03.11.2021 года исх. № 12-4-2-15/65303) в котором Банк сообщил, что прекратил обработку персональных данных Заявителя, для целей не связанных с исполнением договоров, и что информационная рассылка более не направляется.

В рамках рассмотрения заявления, 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. № 7183 электронная почта).

Кроме этого, оператор сообщил, что отправка указанного сообщения осуществлена ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк» (абонентский номер +7 (925) 424-80-80, буквенное обозначение «HomeCredit») ОГРН: 1027700280937, ИНН: 7735057951 на основании договора на оказание услуг связи № ФД 14/88 от 01.12.2013 года.

В рамках договора об оказании услуг связи, заключенного между ПАО «Мегафон» и ООО «ХКФ Банк» на абонентский номер +7 (925) 424-80-80 подключена услуга «Мобильные SMS-сервисы» (далее - Услуга).

Услуга представляет собой оферту, адресованную Абонентам ПАО «МегаФон», являющимися индивидуальными предпринимателями или юридическими лицами. Услуга, в том числе предоставляет возможность рассылать рекламные сообщения.

Пункт 5.4 Условий: Предоставляемые Корпоративным клиентом (в данном случае ООО «ХКФ Банк») Оператору РИМ (рекламно - информационные материалы) должны соответствовать требованиям Федерального закона от 13.03.2006 г. N 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской

Федерации. Корпоративный клиент обязан обеспечить точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в РИМ, соответствие такой информации требованиям Федерального закона от 13.03.2006 г. N 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации. В противном случае Оператор может в одностороннем порядке отказаться от выполнения своих обязательств по настоящим Условиям, письменно предупредив Корпоративного клиента о наступлении вышеуказанных обстоятельств, до момента предоставления Корпоративным клиентом других РИМ, не противоречащих законодательству Российской Федерации. За информацию, содержащуюся в РИМ, ответственность несет Корпоративный клиент. Оператор не несет ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение условий настоящих Условий в случае исполнения решений, предписаний или других обязательных указаний органов власти и иных регулирующих органов, затрагивающих предмет настоящих Условий.

Пункт 5.11 Условий: Корпоративный клиент до размещения РИМ среди Конечных получателей из Перечня абонентских номеров Корпоративного клиента обязан получить согласие Конечного получателя на получение РИМ посредством SMS-сообщений от Корпоративного клиента.

Пункт 5.12 Условий: Использование Услуги Корпоративным клиентом для размещения РИМ среди Конечных получателей из Перечня абонентских номеров Корпоративного клиента означает наличие у Корпоративного клиента согласия Конечного получателя на получение РИМ посредством SMS-сообщений от Корпоративного клиента. Согласие должно быть получено в форме, достаточной для идентификации Конечного получателя и подтверждения его волеизъявления на получение РИМ посредством SMS-сообщений от Корпоративного клиента, и должно в обязательном порядке содержать абонентский номер, по которому Конечный получатель дал согласие на получение РИМ через SMS-сообщения. Абонентский номер, по которому Конечный получатель дал согласие на получение РИМ через SMS-сообщения, должен быть указан в соответствии с международным форматом (например: +7 (9XX) XXX – XX – XX).

Пункт 5.14 Условий: В случае неподтверждения либо отзыва согласия Конечного получателя на получение РИМ посредством SMS-сообщений (рассылки) от Корпоративного клиента, Корпоративный клиент обязуется прекратить направление РИМ посредством SMS-сообщений такому Конечному получателю, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо об отзыве согласия Корпоративному клиенту от Оператора.

Пункт 5.15 Условий: Корпоративный клиент несет ответственность за полноту и достоверность предоставляемой Конечным получателям информации в РИМ. В случае если Конечному получателю была предоставлена информация в SMS-сообщении, причинившая последнему убытки и/или повлекшая причинение морального вреда, Корпоративный клиент обязуется возместить Конечному получателю в полном объеме убытки, а также моральный вред.

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.

20.06.2022 года Башкортостанским УФАС России, в порядке части 2 статьи 36 Закона о рекламе возбуждено дело № 002/05/18-1113/2022 по признакам нарушения требований ФЗ «О рекламе». К участию в деле привлечены:

• **Заявитель:**

- вх. № 5938 от 20.04.2022.

• **Лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:**

- ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк» (ОГРН: 1027700280937, ИНН: 7735057951).

• **Заинтересованные лица:**

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

Рассмотрение дела назначено на 07.07.2022 года.

04.07.2022 года ПАО «Мегафон» представлена позиция по делу и запрошенные сведения (вх. № 9638 электронная почта). Также от Общества поступило ходатайство о рассмотрении дела путем использования систем видео-конференц-связи.

06.07.2022 года от ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк» поступила позиция по делу и запрошенные сведения (вх. № 9874 электронная почта). Также Обществом заявлены ходатайства: **1.** об объединении дел о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе № 002/05/18-1105/2022, 002/05/18-1108/2022, 002/05/18-1109/2022, 002/05/18-1111/2022, 002/05/18-1112/2022, 002/05/18-1113/2022, 002/05/18-1114/2022, 002/05/18-1115/2022 в одно производство; **2.** о рассмотрении дела путем использования систем видео-конференц-связи.

07.07.2022 года по техническим причинам не удалось организовать заседание Комиссии с использованием систем видео-конференц-связи.

Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. отложить рассмотрение дела на другую дату - 13.07.2022 года.

13.07.2022 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-1113/2022 по признакам нарушения законодательства о рекламе путем систем видео-конференц-связи присутствовали:

- <...> (доверенность № 1-6/241 от 25.05.2022) – представитель ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк»;

- <...> (доверенность № 5-531/21 от 16.12.2021) – представитель ПАО «Мегафон».

Комиссией рассмотрено ходатайство ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк» (вх. № 9868 от 06.07.2022 электронная почта) об объединении дел о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе № 002/05/18-1105/2022, 002/05/18-1108/2022, 002/05/18-1109/2022, 002/05/18-1111/2022, 002/05/18-1112/2022,

002/05/18-1113/2022, 002/05/18-1114/2022, 002/05/18-1115/2022 в одно производство.

По итогам рассмотрения ходатайства принято решение об отказе в его удовлетворении в силу поступления спорных смс-сообщений в разное время, а также в силу разного содержания указанных сообщений.

Сторонами озвучена позиция по делу.

Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. продлить срок рассмотрения дела № 002/05/18-1113/2022.
2. отложить рассмотрение дела на другую дату - 08.08.2022 года.

18.07.2022 года Заявителем представлены дополнительные пояснения (вх. № 10500 электронная почта).

08.08.2022 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-1113/2022 по признакам нарушения законодательства о рекламе путем систем видео-конференц-связи присутствовали:

- <...> (доверенность № 1-6/241 от 25.05.2022) – представитель ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк»;

- <...> (доверенность № 5-531/21 от 16.12.2021) – представитель ПАО «Мегафон».

Банком представлены дополнительные сведения (документы и материалы) (вх. № 11678 электронная почта).

Сторонами 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 11.08.2022 года.

Информация о новой дате размещена на сайте Башкортостанского УФАС России по ссылке: <https://bash.fas.gov.ru/news/16128>.

11.08.2022 года рассмотрение Комиссией дела № 002/05/18-1113/2022 после перерыва продолжено с момента, на котором оно было прервано, в присутствии:

- <...> (доверенность № 1-6/241 от 25.05.2022) – представитель ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк», путем видео-конференц-связи;

- <...> (доверенность № 5-531/21 от 16.12.2021) – представитель ПАО «Мегафон», путем видео-конференц-связи.

От Заявителя поступили дополнительные пояснения (вх. № 11709 от 09.08.2022 электронная почта).

Исследовав материалы дела, заслушав пояснения сторон, Комиссия приходит к выводу, что реклама, распространенная путем СМС 18.08.2021 года в 12:30 на телефонный номер <...> от абонента с буквенным обозначением «**HomeCredit**» следующего содержания:

« , мы снизили ставку по кредиту для всех – теперь 5,9%. Вам доступно до 858 000 р. hcrd.ru/c 88007007655 ООО ХКФ Банк».

нарушает часть 1 статьи 18 и часть 3 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.

Сотрудниками Башкортостанского УФАС России произведен осмотр сайта указанного в тексте СМС - hcrd.ru/c (осмотр с приложением фотоматериалов от 05.05.2022).

Указанный сайт принадлежит ООО «ХКФ Банк» (ОГРН: 1027700280937, ИНН: 7735057951) и содержит информацию об услугах и товарах банка. Таким образом, содержание спорного СМС в том числе направлено на поддержание интереса к услугам ООО «ХКФ Банк».

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 (ООО ХКФ Банк) и осуществляемой им деятельности и способствует формированию интереса к реализуемым товарам и их продвижение на рынке;
- объектом рекламирования выступает товар (услуги) – финансовые услуги, предоставляемые ООО ХКФ Банк, в частности услуги по кредитованию. Рассматриваемая информация формирует и поддерживает потребительский интерес к данному товару – «снизили ставку по кредиту для всех – теперь 5,9 % до 858 000 р.».
- целью распространения рекламы является увеличение спроса на рекламируемый товар (услуги).

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.

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 рекламодателя (Постановление пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 28 «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 **«HomeCredit»**.

Факт поступления указанного сообщения Заявителю, а также принадлежность буквенного обозначения **«HomeCredit»** ООО «ХКФ Банк» подтверждается материалами дела и сторонами не оспаривается.

Рассматриваемое смс-сообщение направлено Заявителю ООО «ХКФ Банк» (услуга «Мобильные SMS-сервисы») в рамках договора об оказании услуг связи, заключенного с ПАО «Мегафон».

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 условий предоставления услуги «Мобильные SMS-сервисы» следует, что ответственность предусмотренная законодательством РФ за передачу сообщений возлагается 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.

В письме ФАС России от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе», Федеральной антимонопольной службой разъяснено, что обязанность по получению согласия и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе. При этом рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя. В названном письме также обращено внимание на то, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

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 рекламораспространителя 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, ПАО «Мегафон» не участвуют в определении получателя, содержания, времени отправки, круга получателей СМС-рассылки, а также иных характеристик смс-сообщений. Указанное лицо, предоставляет техническую

возможность для отправки сообщений ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк».

Материалами дела установлено, что ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк» выступило инициатором отправки рассматриваемого смс-сообщения (данный факт Банком не оспаривается), и именно на данный субъект возложена обязанность по получению и доказыванию факта наличия согласия абонента на получение рекламы.

Пояснения ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк»: *между Банком и <...> 29.03.2021г. заключен Договор о ведении банковского счёта «Накопительный счёт» №7319007846 (далее - Договор). При заключении Договора Клиентом предоставлен в Банк телефонный номер <...>, а также Клиент дал согласие Банку на обработку своих персональных данных, сообщенных устно и/или предоставленных в предъявленных для заключения с Банком договоров банковского счета/вклада документах, а также полученных от партнеров Банка и собранных в сети Интернет или в иных открытых источниках (далее - Данные), с целью их проверки для оказания финансовых услуг, а при возникновении просроченной задолженности – с целью её возврата, а также дает согласие Банку на обработку данных ребенка, указанных при оформлении заявки на открытие Текущего счета и выпуск Карты с целью предоставления финансовых услуг. Также Клиент дал согласие на получение от Банка предложений продуктов (услуг) Банка и его партнеров, а также иной информации для поддержания клиентских отношений. При этом Клиент согласен получать от Банка информацию по почте, по телефону, по электронной почте, посредством сети Интернет, в том числе с использованием систем мгновенного обмена сообщениями и социальных сетей, или в виде СМС - сообщений/ПУШ-уведомлений в течение срока действия договора, заключенного с Банком, и 5 лет с момента его прекращения (в случае не заключения договора - в течение 5 лет с момента подписания Согласия) с автоматической пролонгацией на каждые следующие 5 лет, если согласие не будет отозвано. Согласие на получение предложений может быть отозвано в любое время по заявлению Клиента, направленному в порядке, установленном п.7 Согласия (п. 7.1, 7.2 Договора).*

Согласие на обработку персональных данных действует со дня подписания и до дня его отзыва. Клиент вправе в любое время отозвать Согласие полностью или в части, в том числе отказаться от получения предложений продуктов (услуг) Банка и его партнеров, путем подачи письменного заявления в Банк в произвольной форме с обязательным указанием ФИО, серии и номера паспорта. Заявление может быть направлено Клиентом по почте или через Информационные сервисы, описание которых размещено на сайте Банка www.homecredit.ru. После получения заявления Клиента об отзыве Согласия Банк вправе продолжить обработку персональных данных Клиента только по основаниям, предусмотренным действующим законодательством РФ (п. 7.7 Договора).

Следовательно, согласие Клиента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления.

Однако в Банк не поступало обращений Клиента об отзыве ранее данного согласия.

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 рекламораспространителя. 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 рекламораспространителя. 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 положения пункта 7.2 договора о ведении банковского счета «Накопительный счет» № 7319007846 от 29.03.2021 года, Комиссия признает, что приведенные в нем формулировки предполагают распространение абоненту информации, связанной с его обслуживанием в кредитной организации, но не рекламной, поскольку прямого указания на возможность распространения именно рекламной информации приведенные положения договора не содержат. Такое расширительное толкование упомянутого пункта договоров вклада дано Банком самостоятельно, что, однако, не свидетельствует о возникновении у него правомочий по направлению в адрес абонента рекламной информации.

Кроме того, Комиссия отмечает тот факт, что указанный Договор не содержит графы (чек-боксы, отметки и т.п.) для проставления отметки о несогласии на получение рекламы.

Таким образом, при подписании данного Договора у клиента отсутствует возможность отдельно отказаться от получения рекламы, и потребитель вынужден в целях открытия банковского счета соглашаться в совокупности на обработку персональных данных в целях исполнения договора, а также дополнительно на получение рекламы.

Нахождение заключения договора банковского обслуживания в прямой

зависимости от дачи согласия на получение рекламы не позволяет расценивать совершение лицом действий в рамках алгоритма по заключению договора банковского обслуживания как дачу им своего согласия на получение рекламной рассылки, так как не соответствует его фактическому волеизъявлению. Навязанное против воли абонента согласие будет действовать до тех пор, пока абонент не обратит внимания на не имеющее отношения к заключению договора банковского обслуживания условие.

При заключении указанного договора у Заявителя отсутствовала возможность добровольного выбора, согласиться на получение рекламы или отказаться.

Из пояснений, представленных заявителем в материалы дела, явно следует, что заявитель не выражал добровольного волеизъявления 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 ООО «ХКФ Банк» но при этом не должно нарушать права лица, обратившегося за получением банковских услуг, на добровольное получение информации, а также создавать неудобства, связанные с поиском возможности отказаться от получения навязанной, вопреки воли, рекламы и совершением каких-либо дополнительных действий для отказа.

В материалы дела сведения (документы и материалы) о том, что Заявителю была предоставлена возможность предварительного отказа от получения рекламных сообщений, Банком не представлена.

Таким образом, предварительное согласие Заявителя на распространение в его адрес рекламной информации Банком не получено.

ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк» также представлены пояснения, в которых Банк сообщил следующее: *текстовое сообщение, направленное Банком, адресовано конкретному лицу (Клиенту), о чем свидетельствует:*

- *направление сообщения на номер, указанный клиентом Банка в Договоре;*
- *смс-сообщение направлено Банком лицу, являющемуся до настоящего времени Клиентом Банка;*
- *наличие согласия клиента Банка на получение такой информации (п. 7.2 Договора).*

В силу п. 1 ст. 3 ФЗ РФ «О рекламе» законодатель относит к рекламе информацию, распространенную любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованную неопределенному кругу лиц и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Аналогическая правовая позиция изложена ФАС России в Письме №АЦ/4624 от 05.04.2007г., Разъяснениях от 14.06.2012г.:

- *«...под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация...».*

Кроме того, исходя из понятия «рекламы» (п. 1 ст. 3 ФЗ РФ «О рекламе»), с учетом правовой позиции ФАС России, изложенной в Письме №АЦ/4624 от

05.04.2007г., Разъяснениях от 14.06.2012г.:

- «...под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация...»;

- «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».

По указанным выше критериям к рекламе относится только неперсонифицированная информация, побуждающая приобрести продукты и услуги Банка, адресованная неопределенному кругу лиц, а никак не своему Клиенту.

Спорное смс-сообщение не является неперсонифицированной информацией, а является индивидуально определенным предложением кредита клиенту Банка – <...>. Иными словами, воспользоваться этим предложением сможет только конкретный Клиент.

Следовательно, данное сообщение не может быть квалифицировано как реклама и его направление не регулируется ФЗ РФ «О рекламе», что исключает нарушение Банком требований ст. 18 ФЗ РФ «О рекламе».

С данным доводом Комиссия также не согласна.

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 оценивается лиц 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.

Согласно письму ФАС России от 27.06.2016 № АД/43482/16 «Об отнесении к рекламе информации с личным обращением», 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 в сообщении (упоминание имени и отчества абонента), представляет интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

Таким образом, 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 Банка по предоставлению денежных средств до 858 000 рублей от 5,9%, и представляет интерес для неопределенного круга лиц.

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

На основании вышеизложенного, данное рекламное смс-сообщение нарушает часть 1 статью 18 Закона о рекламе.

Ответственность за нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», 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).

ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк» как владелец буквенного обозначения (**HomeCredit**), с которого было направлено ненадлежащее смс-сообщение, выступило рекламораспространителем данной рекламы.

Кроме этого, так как объектом рекламирования в указанном сообщении, выступают услуги по кредитованию, смс-сообщение представляет собой рекламу финансовых услуг.

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

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»).

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 частью 3 статьи 28 ФЗ «О рекламе» если реклама услуг, связанных с предоставлением кредита или займа, использованием им и погашением кредита или займа, содержит хотя бы одно условие, влияющее на его стоимость, такая реклама должна содержать все остальные условия, определяющие полную стоимость кредита (займа), определяемую в соответствии с Федеральным законом «О потребительском кредите (займе)», для заемщика и влияющие на нее.

В своих пояснениях Банк указывает: *условия, влияющие на ПСК (полная стоимость кредита) в направленных Клиенту сообщениях соответствуют требованиям Федерального закона «О рекламе», поскольку направленные сообщения содержат все условия, предусмотренные Федеральным законом «О потребительском кредите (займе)».*

Кроме того, обращаем Ваше внимание, что согласно информации размещенной на сайте Банка, у Банка отсутствуют какие-либо дополнительные услуги, обязательные к включению в договор и влияющие на ПСК (страхование, комиссии, смс-пакет), в связи с чем информация о них отсутствовала в сообщениях.

Кроме того, Банк полагает, что реклама кредитных продуктов не предназначена для импульсивного восприятия информации потребителем; как правило, получение денежных средств в кредит является результатом длительного процесса, решение по которому может быть охарактеризовано как осознанное и взвешенное; цель рекламирования потребительских кредитов заключается не в импульсивном восприятии информации, а в формировании первичного интереса и побуждении потребителя обратиться в соответствующую кредитную организацию за подробной информацией. Для этих целей смс-сообщения Банка содержат ссылку на страницу hcrd.ru/sale, где указаны все возможные условия, в том числе по кредитам с другой ставкой.

Согласно позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации реклама должна оцениваться по тому воздействию, которое она может оказать («Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе»).

В данном случае в направленных сообщениях вся информация соответствовала действительности, содержание сообщения не могло привести к искажению смысла рекламы и способствовать введению в заблуждение потребителей, имеющих намерение воспользоваться рекламируемой финансовой услугой.

Согласно пункту 1 части 1 статьи 3 Федерального закона от 21.12.2013 N 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» (далее - Закон о займе) потребительский кредит (заем) - денежные средства, предоставленные кредитором заемщику на основании кредитного договора, договора займа, в том числе с использованием

электронных средств платежа, в целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности (далее - договор потребительского кредита (займа), в том числе с лимитом кредитования.

В соответствии с частью 4 статьи 5 Закона о займе к условиям договора потребительского кредита (займа) отнесены, в том числе: сумма потребительского кредита (займа); срок действия договора потребительского кредита (займа) и срок возврата потребительского кредита (займа); валюта, в которой предоставляется потребительский кредит (заем); процентная ставка в процентах годовых, а при применении переменной процентной ставки - порядок ее определения; диапазоны значений полной стоимости потребительского кредита (займа), определенных с учетом требований настоящего Федерального закона по видам потребительского кредита (займа).

Согласно части 1 статьи 6 Закона о займе полная стоимость потребительского кредита (займа) определяется как в процентах годовых, так и в денежном выражении и рассчитывается в порядке, установленном настоящим Федеральным законом.

В соответствии с пунктом 25 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» к условиям, влияющим на стоимость кредита, в частности, могут относиться условия о размере процентной ставки, сумме и сроке кредита, платежах и комиссиях по кредитным операциям, а также о дополнительных расходах заемщика, связанных с получением кредита (по страхованию рисков, в том числе жизни, здоровья потенциального заемщика, нотариальному заверению документов, предоставлению обеспечения по кредитному договору, оценке имущества, передаваемого в залог, и др.)

В рассматриваемой рекламе указывается привлекательная для потребителя процентная ставка (от 5,9%) и сумма кредита (до 858 000 рублей), однако какие-либо иные условия, влияющие на фактическую стоимость кредита, отсутствуют.

Так как указание в рассматриваемой рекламе условий предоставления кредита направлено на формирование у потенциального заемщика желания воспользоваться финансовой услугой - кредитованием, то существенной является не только информация, привлекательная для потребителя, но и информация, способная обмануть ожидания, сформированные у потребителей такой рекламой.

Рассматриваемая реклама не предоставляет лицу, имеющему намерение воспользоваться рекламируемыми финансовыми услугами, возможность объективной оценки стоимости кредитного продукта. Отсутствие в рекламе какой-либо существенной части информации о выдаче кредита приводит к искажению смысла рекламы и способствует введению в заблуждение потребителей, имеющих намерение воспользоваться рекламируемым видом финансовых услуг, а именно: получить кредит с процентной ставкой от 5,9%, как указано в рекламном предложении.

Указание в рекламе всех условий определяющих полную стоимость кредита (займа) является одной из гарантий соблюдения информационного права потребителей.

С доводом ООО «ХКФ Банк», о возможности ознакомления потребителей с условиями продукта путем перехода по ссылке в смс-сообщении на сайт Банка в сети Интернет и последующим получением подробной информации, Комиссия не согласна.

В соответствии с пунктом 24 Пленума № 58, наличие в рекламе информации о возможности получения (уточнения) сведений об условиях оказания соответствующих услуг у сотрудников организации, предоставляющей такие услуги, или иных консультантов, обладающих необходимыми сведениями об условиях оказания данных услуг, не освобождает рекламодателя от исполнения обязанности опубликования в рекламном объявлении условий оказания банковских, страховых и иных финансовых услуг, влияющих на их стоимость, если в рекламе сообщается хотя бы одно из таких условий.

Учитывая изложенное, необходимая информация должна доводиться до потребителя непосредственно в тексте смс-сообщения для того, чтобы обеспечить возможность с ней ознакомиться, так как она может существенно повлиять на выбор, а также должна содержать все существенные условия предоставления рекламируемой финансовой услуги (при сообщении хотя бы одного условия) и информацию о лице его предоставляющим. Кроме того, у потребителя может отсутствовать возможность ознакомления с существенными условиями предоставления услуги, размещенными на интернет-ресурсе банка, в силу возраста, нехватки знаний, недоступности выхода в сеть «Интернет», а также возможности в момент получения рекламного СМС-сообщения перехода к условиям посредством нажатия определенных ссылок на мобильном телефоне.

Таким образом, данное рекламное смс-сообщение также нарушает часть 3 статью 28 Закона о рекламе.

Ответственность за нарушение части 3 статьи 28 ФЗ «О рекламе», в соответствии с частью 6 статьи 38 данного Закона, возложена на рекламодателя.

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

Материалами дела установлено, что ООО «ХКФ Банк» выступило рекламодателем 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 ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк» не выдавать, так как Обществом представлены пояснения, что абонентский номер Заявителя исключен из рассылок, а Заявителем доказательства повторного получения рекламных сообщений не представлено.

Частью 4 статьи 38 Закона о рекламе, частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе.

Исходя из части 1 статьи 4.5 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

Из материалов дела следует, что смс-сообщение с нарушением было распространено 18.08.2021 года.

Таким образом, срок давности привлечения к административной ответственности на дату принятия решения истек.

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 ООО «Хоум Кредит Энд Финанс Банк» рекламодателем и рекламопроизводителем рекламы.

2. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную путем смс-сообщения 18.08.2021 года в 12:30 на телефонный номер <...> от абонента с буквенным обозначением «**HomeCredit**», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 и части 3 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. Не передавать материалы дела для возбуждения административного производства, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>