

<...>

105037, г. Москва, <...>

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

О НАЗНАЧЕНИИ АДМИНИСТРАТИВНОГО НАКАЗАНИЯ

ПО ДЕЛУ № 045/04/14.3-73/2021

ОБ АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРАВОНАРУШЕНИИ
статьи 14.3 КоАП РФ)

(часть 1

«21» июля 2021 года
Курган

г.

Врио руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Курганской области (далее по тексту – Курганское УФАС России) <...>, рассмотрев на основании статьи 23.48 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) и в порядке статьи 29.7 КоАП РФ материалы дела об административном правонарушении № 045/04/14.3-73/2021, возбужденного в отношении должностного лица ПАО Банк «ФК Открытие» - Директора Отдела реализации кампаний Управления целевого CRM маркетинга Департамента CRM, розничного маркетинга и продвижения ПАО Банк «ФК Открытие» <...> (<...> года рождения, паспорт <...>, адрес регистрации: 105037, г. Москва, <...>),

УСТАНОВИЛ:

Поводом к возбуждению дела согласно пункту 1 части 1 статьи 28.1 КоАП РФ явилось непосредственное обнаружение должностным лицом Курганского УФАС России достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения, при принятии Решения Курганского УФАС России от 14.12.2020 по делу № 045/05/18-19/2020, а именно распространения ненадлежащей рекламы 16.09.2020 года посредством направления на абонентский номер +<...>, нежелательного смс-сообщения с «буквенного» номера следующего содержания: «Осень-отличное время для приятных перемен! Николай, получите 89000 руб. на новый ремонт под 6,9% в первый год! А разницу потратите на что захотите. Не забудьте сообщить нашему сотруднику свой промокод 1144842134. Обсудим подробности? 88005050160 ПАО Банк «ФК Открытие», нарушающего часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Извещение о явке на составление протокола содержалось в определении о возбуждении дела об административном правонарушении и проведении административного расследования (исх. № 04-13/2019-11 от 22.06.2021), в котором определены дата и время составления протокола об административном правонарушении: 06.07.2021 в 11 часов 00 минут.

Лицо, в отношении которого составлен протокол по делу об административном правонарушении, извещено о времени и месте составления протокола, что подтверждается отчетом об отслеживании отправления с почтовым идентификатором № 80091961011446, размещенным на сайте АО «Почта России» (<https://www.pochta.ru/>), согласно которому, корреспонденция Курганского УФАС России (исх. № исх. № 04-13/2019-11 от 22.06.2021), содержащая информацию о времени и месте составления протокола, направленная по адресу регистрации <...> (105037, г. Москва, ул. Первомайская, д.60, кв. 64 <...>), была получена.

Определением от 06.07.2021 рассмотрение дела назначено на 21.07.2021.

Дело в соответствии с частью 2 статьи 25.1 рассмотрено в отсутствие <...>, надлежащим образом извещенного о месте и времени рассмотрения дела, что подтверждается отчетом об отслеживании отправления с почтовым идентификатором № 80080462800581, размещенным на сайте АО «Почта России» (<https://www.pochta.ru/>), согласно которому, корреспонденция Курганского УФАС России (исх. № исх. № 04-13/2195-11 от 06.07.2021), содержащая информацию о времени и месте рассмотрения дела, направленная по адресу регистрации <...> (105037, г. Москва, ул. Первомайская, д.60, кв. 64), была получена.

Наличие события совершенного административного правонарушения подтверждается Решением Курганского УФАС России от 14.12.2020 по делу № 045/05/18-19/2020, которое согласно статье 26.2 и статье 26.7 КоАП РФ является письменным доказательством. Указанное решение в установленном

порядке не обжаловалось.

Согласно пункту 3.1 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях», рассмотрение дел об оспаривании решений, действий (бездействия) административных органов, принятых (допущенных) ими в рамках применения мер обеспечения производства по делу об административном правонарушении, не приостанавливает производство по делу об административном правонарушении. В случае вынесения административным органом постановления о привлечении лица к административной ответственности доводы о незаконности указанных решений, действий (бездействия) подлежат оценке судом при рассмотрении дела об оспаривании такого постановления.

Учитывая установленные частью 1 статьи 37 Закона о рекламе особенности порядков принятия (только коллегиально) решения, являющегося результатом проведенной в ходе осуществления государственного контроля (надзора) проверки (примечание к статье 28.1 КоАП РФ), и его обжалования (только судебный), у должностных лиц того же самого органа, единолично осуществляющих производство по делу об административном правонарушении, заведомо отсутствуют законные основания как переоценивать изложенные в решении достаточные данные, указывающие на наличие события административного правонарушения, так и отражать результаты такой переоценки как в протоколе об административном правонарушении, так и в соответствующем постановлении (пункт 10.2 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30).

Решением Курганского УФАС России от 14.12.2020 по делу № 045/05/18-19/2020, установлено следующее.

1. 17.09.2020 года в Курганское УФАС России поступило заявление Панина Н.Р. (вх. 4322) с жалобой на получение смс-сообщения рекламного характера с «буквенного» номера без предварительного согласия абонента.

Заявитель сообщил, что 16.09.2020 года получил на свой абонентский номер + <...>, нежелательное смс-сообщение с «буквенного» номера следующего содержания: «Осень-отличное время для приятных перемен! Николай, получите 89000 руб. на новый ремонт под 6,9% в первый год! А разницу потратите на что захотите. Не забудьте сообщить нашему сотруднику свой промокод 1144842134. Обсудим подробности? 88005050160 ПАО Банк «ФК Открытие»».

По результатам рассмотрения заявления Курганским УФАС России установлено следующее.

Согласно информации и детализации смс-сообщений, представленных ПАО

«МТС» на запрос информации в Курганское УФАС России (вх. № 4475 от 21.10.2020 года) установлено, что на абонентский номер заявителя + <...> поступили входящее смс-сообщение 16.09.2020 г. в 20:42:08, 20:42:08, 20:42:09, 20:42:09, 20:42:08 с «буквенного» номера, принадлежащего Публичному акционерному обществу Банк «Финансовая Корпорация Открытие» (далее - ПАО Банк «ФК Открытие») (ИНН 7706092528, ОГРН 102773901920, юридический адрес: 115114, г. Москва, ул. Летниковская, д.2, стр. 4) на основании договора об оказании услуг связи № Н16299 от 13.03.2012 г. Вместе с тем, ПАО «МТС» сообщило, что не является инициатором сообщения, направленного абоненту с буквенного номера «ОТКРИТИЕ», и, если такое сообщение содержало в себе информацию рекламного характера, то ПАО «МТС» не являлось ни рекламодателем, ни распространителем такой рекламы.

Согласно статье 3 Закона о рекламе, под рекламой понимается 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.

Информация, поступившая 16.09.2020 г. 20:42:08, 20:42:08, 20:42:09, 20:42:09, 20:42:08 на абонентский номер заявителя +<...>, в силу статьи 3 Закона о рекламе является рекламой, поскольку направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей.

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.

Пункт 21.1 статьи 2 Закона о рекламе закрепляет понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения,

направляемые с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (то есть, например, с использованием «коротких» или «буквенных» номеров) и сообщения, направляемые автоматически. Сообщения, рассылаемые с номеров, входящих в российскую систему и план нумерации или предусмотренные договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи, и не являющиеся автоматическими, не подпадают под указанное понятие рассылки.

Статья 44.1 Закона о связи устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с «коротких» и «буквенных» номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Федерального закона «О связи».

Согласно части 1 статьи 44.1 Закона о связи 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. Рассылка 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.

В соответствии с данной нормой согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

Заявитель предварительного согласия на получение вышеуказанной рекламы посредством телефонной связи (электросвязи) не давал.

Таким образом, вышеуказанная реклама распространялась посредством использования телефонной связи (электросвязи) с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации является ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

2. Ответственность за нарушение требований, установленных части 1 статьи 18 закона о рекламе, несет рекламодатель (часть 7 статья 38 Закона о рекламе).

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

Рекламодателем рассматриваемой рекламы является ПАО Банк «ФК Открытие».

3. Административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность (часть 1 статьи 2.1 КоАП РФ).

В соответствии с частью 3 статьи 2.1 КоАП РФ в случае совершения юридическим лицом административного правонарушения и выявления конкретных должностных лиц, по вине которых оно было совершено, допускается привлечение к административной ответственности по одной и той же норме как юридического лица, так и указанных должностных лиц (пункт 15 Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2005 № 5).

Из указанного следует, что действующее законодательство позволяет привлекать к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, как юридическое лицо (ООО Банк «ФК Открытие»), так и конкретных должностных лиц ООО Банк «ФК Открытие», по вине которых оно было совершено.

Согласно статье 2.4 КоАП РФ административной ответственности подлежит должностное лицо в случае совершения им административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей.

Под должностным лицом в настоящем Кодексе следует понимать лицо, выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в коммерческих организациях (прим. к статье 2.4 КоАП РФ).

Совершившие административные правонарушения в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций руководители и другие работники организаций несут административную ответственность как должностные лица, т.е. подлежат административной ответственности в случае совершения ими административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей (прим. к статье 2.4 КоАП РФ).

К организационно-распорядительным функциям относятся полномочия лиц по принятию решений, имеющих юридическое значение и влекущих определенные юридические последствия. Как административно-хозяйственные функции надлежит рассматривать полномочия должностного лица по управлению и распоряжению имуществом и (или) денежными средствами, находящимися на балансе и (или) банковских счетах организаций, учреждений, воинских частей и подразделений, а также по совершению иных действий (пункты 4 и 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16.10.2009 № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий»).

Согласно представленным в антимонопольный орган сведениям ПАО Банк «ФК Открытие» (вх. № Н-2465 от 22.06.2021) ответственным за осуществление контроля за соответствием требований Федерального закона «О рекламе» при разработке, распространении рекламы Банка и рекламных материалов, содержащих информацию о рекламируемых финансовых услугах, реализуемых и оказываемых Банком, а также о проверке наличия согласия потребителя рекламы на получение от имени Банка до момента отправки коммуникаций является <...> (пункты 1.8, 1.9 должностной инструкции).

Таким образом, именно должностное лицо ПАО Банк «ФК Открытие» <...> осуществлял непосредственное управление и руководство при разработке, распространении рекламы Банка и рекламных материалов, содержащих информацию о рекламируемых финансовых услугах, реализуемых и оказываемых Банком, а также о проверке наличия согласия потребителя рекламы на получение от имени Банка до момента отправки коммуникаций.

Причастность <...> к совершению административного правонарушения проявляется в его обязанности соблюдать требования рекламного законодательства.

Доказательств того, что <...> принял все зависящие от него меры для соблюдения законодательства, в материалах дела не имеется.

Таким образом, <...> является виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое установлена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Место совершения административного правонарушения: г. Санкт-Петербург, Ленинградская область.

Время совершения административного правонарушения: 16.09.2020.

Объектом административного правонарушения являются общие и специальные требования к процессу производства, размещения и распространения рекламы.

Объективную сторону административного правонарушения составляют действия должностного лица ПАО Банк «ФК Открытие» - <...> по проверке наличия согласия потребителя рекламы на ее получение от имени Банка до момента отправки коммуникаций, выразившиеся в распространении рекламы посредством направления нежелательного смс-сообщения на абонентский номер +<...> в отсутствие согласия абонента.

4. Обстоятельств, смягчающих (статья 4.2 КоАП РФ) административную ответственность, не выявлено.

5. В качестве отягчающих (статья 4.3 КоАП РФ) обстоятельств признается совершение однородного правонарушения, то есть совершение административного правонарушения в период, когда лицо считается подвергнутым административному наказанию в соответствии со статьей 4.6 КоАП РФ за совершение однородного административного правонарушения повторно, что подтверждается постановлением Московского областного УФАС России от 17.12.2020 по делу об административном правонарушении № 050/04/14.3-2367/2020.

6. Ущерба, причиненного административным правонарушением, не выявлено.

7. Обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении (статья 24.5 КоАП РФ), не выявлено.

Срок давности привлечения к административной ответственности не истек (часть 1 статьи 4.5 КоАП РФ).

8. Причин и условий, способствовавших совершению административного правонарушения, не выявлено.

Согласно части 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 4 настоящей статьи, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, - влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

До рассмотрения дела в Курганское УФАС России поступили объяснения <...> (вх. № 2640 от 05.07.2021), из которых следует, что в данном случае отсутствует событие административного правонарушения на основании следующего.

Рассматриваемое смс-сообщение было сформировано конкретному лицу, содержало обращение к абоненту, персональный код, конкретные суммы одобренного кредита и являлось персонализированной информацией, следовательно, текстовая рассылка не является рекламой.

Должностное лицо административного органа, отклоняя заявленные доводы исходит из следующего.

Обращение к абоненту в данном случае не является фактором, определенно идентифицирующим получателя распространяемой информации. Подобное обращение к потенциальному клиенту является нормальным общепринятым поведением в обществе, соответствующим правилам обычного и делового этикета и лишь свидетельствует о клиентоориентированной направленности деятельности рекламодателя при продвижении своей продукции на рынке.

При этом 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 обобщённый 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 абонента), представляют интерес для неопределённого круга лиц и являются рекламой.

Исходя из текста смс-сообщения, в котором содержится предложение оформить кредит, должностное лицо административного органа приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Также <...> просил прекратить производство по делу об административном правонарушении по малозначительности.

Согласно статье 2.9 КоАП РФ, при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

Малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений (Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»).

Согласно пункту 18 Постановления Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных

правонарушениях», при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

Возможность или невозможность квалификации деяния в качестве малозначительного не может быть установлена абстрактно, исходя из сформулированной в КоАП РФ конструкции состава административного правонарушения, за совершение которого установлена ответственность.

Немотивированные случаи прекращения производства по делу по малозначительности и освобождения от административной ответственности за допущенные нарушения неизбежно ведут к формированию у подотчетных субъектов халатного отношения к исполнению своих обязанностей, уверенности в собственной безнаказанности.

Необоснованное применение статьи 2.9 КоАП РФ противоречит задачам производства по делам об административных правонарушениях, сформулированным в статье 24.1 КоАП РФ, основополагающей из которых является обеспечение исполнения вынесенного постановления.

В рассматриваемой ситуации доказательств наличия каких-либо исключительных обстоятельств, позволяющих квалифицировать правонарушение, совершенное <...>, как малозначительное, не представлено.

Административное правонарушение, совершенное <...>, административная ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, не может быть признано малозначительным.

На основании вышеизложенного, руководствуясь статьями 4.1. – 4.4, частью 1 статьи 14.3, статьями 23.48, 24.5, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

Признать должностное лицо ПАО Банк «ФК Открытие» - Директора Отдела реализации кампаний Управления целевого CRM маркетинга Департамента CRM, розничного маркетинга и продвижения ПАО Банк «ФК Открытие» <...> виновным в совершении административного правонарушения, административная ответственность за которое установлена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, и назначить ему административное наказание в виде административного штрафа в размере 4 000 (четыре тысячи) рублей.

В соответствии с [частью 1 статьи 32.2 КоАП РФ](#) штраф должен быть уплачен

не позднее 60 дней со дня вступления постановления о наложении штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных [статьей 31.5 КоАП РФ](#).

В соответствии с [частью 5 статьи 3.5 КоАП РФ](#) сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Сумма штрафа, уплаченного за нарушение антимонопольного законодательства, зачисляется по следующим реквизитам:

ИНН 4501099573 КПП 450101001 УФК по Курганской области (Курганское УФАС России) р/с 40102810345370000037 в Отделение Курган банка России г. Курган БИК ТОФК 013735150.

Начисление платежа:

[КБК 161 1 16 01141 01 0003 140](#); ОКТМО 37701000000

[УИН 16100500000001050682](#)

Наименование платежа: Административный штраф по постановлению № 045/04/14.3-73/2021 от 21.07.2021 года за совершение административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Копию документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, лицу, привлеченного к административной ответственности, надлежит представить в Курганское УФАС России (e-mail: to45@fas.gov.ru).

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП РФ неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного штрафа.

В соответствии с частью 7 статьи 21 Федерального закона от 02.10.2007 года № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» судебные акты, акты других органов и должностных лиц по делам об административных правонарушениях могут быть предъявлены к исполнению в течение двух лет со дня их вступления в законную силу.

В соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу, либо в суд по месту рассмотрения дела в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 31.1 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении вступает в законную силу после истечения срока, установленного для обжалования постановления по делу об административном правонарушении, если указанное постановление не было обжаловано или опротестовано.

Врио руководителя

<...>

Тел. 8 (3522) 46-39-55