

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

об отложении рассмотрения дела № 042/04/14.3-1837/2021

об административном правонарушении

«09» декабря 2021г.

г. Кемерово

Я, <...>, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области, рассмотрев материалы дела об административном правонарушении № 042/04/14.3-1837/2021, возбужденного протоколом от 15.10.2021 в отношении публичного акционерного общества банк «Финансовая корпорация Открытие» (далее – 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) за совершение нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее по тексту - КоАП РФ) в присутствии защитника ПАО Банк «ФК Открытие» <...> (доверенность от 25.01.2021 № 1Ф/16),

УСТАНОВИЛА:

19.08.2021 Комиссией Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по результатам рассмотрения дела № 042/05/18-719/2021 о нарушении законодательства о рекламе, вынесено решение о признании ПАО Банк «ФК Открытие» нарушившим требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», при распространении рекламы от 22.01.2021 в 19 часов 45 минут посредством смс - сообщения на абонентский номер заявителя <...>, 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель 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 рекламораспространителя. 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».

Административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламодателем, рекламопроизводителем требований законодательства Российской Федерации о рекламе установлена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ и влечет наложение штрафа на физических лиц – 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.

Действия ПАО Банк «ФК Открытие», выразившиеся в нарушении требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщения, подлежат квалификации как действия, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, согласно которой нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 статьи 14.3 КоАП РФ, частью 4 статьи 14.3.1 статьями 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ, влечет наложение штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Время совершения ПАО Банк «ФК Открытие» административного правонарушения: 22.01.2021 в 19 часов 45 минут.

Место совершения ПАО Банк «ФК Открытие» административного правонарушения: г. Москва.

13.09.2021 уведомлением о составлении протокола были назначены дата, время и место составления и подписания на 15.10.2021 в 10 часов 00 минут. Уведомление было направлено в адрес ПАО Банк «ФК Открытие» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

15.10.2021 состоялась процедура составления и подписания протокола № 042/04/14.3-1837/2021 об административном правонарушении в присутствии защитника ПАО Банк «ФК Открытие» <...>, которая предоставила письменные пояснения по данному делу.

15.10.2021 определением о назначении времени и места рассмотрения дела об административном правонарушении № 042/04/14.3-1837/2021 были назначены дата, время и место рассмотрения данного дела об административном правонарушении на 28.10.2021 в 10 часов 30 минут. Копии определения и протокола были направлены в адрес ПАО Банк «ФК Открытие» заказным письмом с уведомлением о вручении, протокол также был вручен защитнику ПАО Банк «ФК Открытие».

22.10.2021 в связи с производственной необходимостью рассмотрение дела № 042/04/14.3-1837/2021, назначенное на 28.10.2021 на 10 часов 30 минут, было отложено на 09.12.2021 на 10 часов 00 минут. Уведомление о переносе рассмотрения данного дела было направлено в адрес ПАО Банк «ФК Открытие» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

09.12.2021 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения защитника ПАО Банк «ФК Открытие» (исх. б/н, б/д), 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.

Таким образом, информация, распространенная на абонентский номер Клиента Банка, не отвечает признакам рекламы в силу вышеуказанных обстоятельств.

Также защитник ПАО Банк «ФК Открытие» считает, что в данном случае имеются основания для признания правонарушения малозначительным.

25.01.2021 номера заявителя были исключены из базы данных клиентов, установлен запрет на направление рекламной информации, в связи с чем, Банк прекратил осуществлять рассылки адресату. Также между подачей Клиентом Банка заявления об исключении его абонентского номера из базы рассылки рекламных сообщений (22.12.2020) и датой направления смс – сообщения (22.01.2021) прошел небольшой промежуток времени (1 месяц с учетом выходных дней января 2021). Допущенное нарушение не носит системный характер.

Все вышеизложенное свидетельствует об отсутствии существенной угрозы общественным отношениям и малозначительности административного правонарушения, а также может расцениваться как смягчающее обстоятельство в понимании части 3 статьи 4.1 КоАП РФ.

09.12.2021 состоялось рассмотрение дела № 042/04/14.3-1837/2021 об административном правонарушении в присутствии защитника ПАО Банк «ФК Открытие» <...>.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения данного дела для получения дополнительных доказательств по делу.

Руководствуясь статьями 29.1, 29.4, 29.6, 29.7 КоАП РФ,

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Дело № 042/04/14.3-1837/2021 отложить.

2. Назначить рассмотрение дела № 042/04/14.3-1837/2021 на 19 января 2022 на 10 часов 00 минут в каб. 307 (регистрация участников состоится в 09 часов 50 минут в каб. 316).

В соответствии с частью 1 статьи 25.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами в соответствии с КоАП РФ.

Дополнительно сообщаем, что с учетом складывающейся неблагоприятной санитарно-эпидемиологической ситуации Кемеровское УФАС России просит Вас принять одно из следующих решений:

1) Направление ходатайства о возможности рассмотрения дела с использованием систем видеоконференцсвязи или программ, обеспечивающих голосовую видеосвязь посредством сети «Интернет».

Для участия в рассмотрении дела дистанционно с использованием системы видеоконференцсвязи, Вам необходимо заранее (за 3 рабочих дня до заседания) заявить соответствующее ходатайство с указанием данных IT-специалиста Вашей организации (номер телефона, адрес электронной почты) и получить гиперссылку для подключения видеоконференцсвязи.

При этом полномочия представителей лиц, участвующих в рассмотрении дела, должны быть оформлены в соответствии с законодательством Российской Федерации и направлены в адрес Кемеровского УФАС России с вышеуказанным ходатайством.

Обращаем Ваше внимание, с учетом складывающейся неблагоприятной санитарно-эпидемиологической ситуации, дистанционный способ заседания Комиссии по рассмотрению дела является ПРИОРИТЕТНЫМ.

2) Направление ходатайства о рассмотрении дела в отсутствие лиц, участвующих в деле.

О принятом решении надлежит сообщить Кемеровскому УФАС России в течение 3 рабочих дней с момента получения настоящего определения и направить по электронной почте: fo42@fas.gov.ru.

Одновременно сообщаем, что независимо от формы участия в заседании Комиссии Кемеровского УФАС России, все письменные пояснения и документы будут всесторонне изучены и учтены при рассмотрении дела.