

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

О НАЗНАЧЕНИИ АДМИНИСТРАТИВНОГО НАКАЗАНИЯ ПО ДЕЛУ № 045/04/14.3-59/2021 ОБ АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРАВОНАРУШЕНИИ (часть 1 статьи 14.3 КоАП РФ)

«25» июня 2021 года
Курган

г.

Заместитель руководителя - начальник отдела контроля товарных, финансовых рынков и рекламного законодательства Управления Федеральной антимонопольной службы по Курганской области (далее по тексту - Курганское У ФАС 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 № 045/04/14.3-59/2021, возбужденного в отношении ПАО Банк «ФК Открытие» (ИНН: 7706092528, ОГРН: 1027739019208, 115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 2, стр. 4),

Поводом к возбуждению дела согласно пункту 1 части 1 статьи 28.1 КоАП РФ явилось непосредственное обнаружение должностным лицом Курганского У ФАС России достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения, при принятии Решения Курганского У ФАС 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).

Протокол об административном правонарушении по делу № 045/04/14.3-59/2021 составлен 09.06.2021 с участием защитника по доверенности № 5Ф/101 от 28.02.2019 г. - <...>

Оценив в порядке статьи 26.11 КоАП РФ имеющиеся в деле доказательства, должностное лицо, осуществляющее производство по делу, приходит к следующим выводам относительно подлежащих согласно статье 26.1 КоАП РФ выяснению обстоятельств.

1. 17.09.2020 года в Управление Федеральной антимонопольной службы по Курганской области (далее - Курганское У ФАС России) поступило заявление <...> (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 У ФАС 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 №1416299 от 13.03.2012г. Вместе с тем, ПАО «МТС» сообщило, что не является инициатором сообщения, направленного абоненту с буквенного номера «OTKRITIE», и, если такое сообщение содержало в себе информацию рекламного характера, то ПАО «МТС» не являлось ни рекламодателем, ни распространителем такой рекламы.

Согласно статье 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон 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 N 126-ФЗ (ред. от 07.04.2020) "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 признаками нарушения 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.

Данные обстоятельства подтверждаются решением Курганского У ФАС России по делу №045/05/18-19/2020 от 14.12.2020.

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».

Данные обстоятельства подтверждаются решением Курганского У ФАС России по делу №045/05/18-19/2020 от 14.12.2020.

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 2 статьи 2.1 КоАП РФ, юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

По результатам оценки в соответствии со статьей 26.11 КоАП РФ представленных материалов должностное лицо установило, что ПАО Банк

«ФК Открытие» при распространении рекламы посредством телефонного звонка на абонентский номер <...> имело возможность проконтролировать наличие согласия абонента на получение рекламы, имело возможность получения надлежащего письменного согласия абонента на получение рекламы до начала ее распространения на его абонентский номер.

Доказательств того, что ПАО Банк «ФК Открытие» приняло все зависящие от него меры для соблюдения законодательства, в материалах дела не имеется.

Таким образом, ПАО Банк «ФК Открытие» 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 ПАО Банк «ФК Открытие» по распространению рекламы посредством направления нежелательного емс-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 повторно, что подтверждается постановлениями УФАС России по г. Москве от 03.07.2020 по делу № 077/04/14.3- 9287/2020, УФАС России по Свердловской области от 03.08.2020 по делу № 066/04/14.3-2615/2020, УФАС России по ХМАО от 19.10.2020 по делу № 086/04/14.3-1463/2020, УФАС России по Брянской области от 28.12.2020 по делу № 032/04/14.3-1437/2020.

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 ПАО Банк «ФК Открытие» (вх. 19.05.2020 № 1946), из которых следует, что в данном случае в действиях банка отсутствует событие административного правонарушения на основании следующего.

В рассматриваемом емс-сообщении присутствует указание на конкретного получателя, в том числе, имя лица, которому было адресовано персональное предложение, а само предложение. является индивидуальным, в связи с чем направленное емс-сообщение носит информационный, а не рекламный характер.

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 рекламораспространителя при продвижении своей продукции на рынке.

При этом в случае направления посредством емс-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 и отчества 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.

До рассмотрения дела ПАО Банк «ФК Открытие» были представлены письменные объяснения, в которых Общество просило назначить административное наказание в размере ниже низшего предела.

В свою очередь должностное лицо административного органа отклоняет заявленные доводы как необоснованные в связи с тем, что каких-либо документальных доказательств, кроме письменных пояснений, Обществом не представлено, в связи с чем, у должностного лица административного органа отсутствует объективная возможность установить, в чем заключаются сложности юридического лица в исполнении мер административной ответственности.

Вместе с тем, должностное лицо административного органа считает необходимым пояснить, что ПАО Банк «ФК Открытие» вправе обратиться в антимонопольный орган с мотивированным ходатайством о представлении рассрочки/отсрочки уплаты административного штрафа в соответствии со ст. 31.5 КоАП РФ.

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 ПАО Банк «ФК Открытие», как малозначительное, не представлено.

- Административное правонарушение, совершенное ПАО Банк «ФК Открытие», 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 юридическое лицо ПАО Банк «ФК Открытие» (ИНН: 7706092528, ОГРН: 1027739019208, 115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 2, стр. 4) 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 150 000 (сто пятьдесят тысяч) 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 16100500000001019521

Наименование платежа: Административный штраф по постановлению № 045/04/14.3-59/2021 от 25.06.2021 года за совершение административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.33 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.

Заместитель руководителя

<...>