РЕШЕНИЕ

«09» октября 2019г. г.Новосибирск

Комиссия Новосибирского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

"..."

рассмотрев дело №054/05/18-1726/2019, возбужденное по факту распространения информации рекламного содержания посредством направления SMS-сообщений с признаками нарушения Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе»),

в отсутствии:

"..."

в присутствии:

"..."

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление физического лица (вх. №5005э от 10.07.2019г.) по факту распространения рекламной информации по сетям электросвязи от ПАО Банк «ФК Открытие», путем направления на абонентский номер <...> +"..." 08.07.2019г в 19:59 следующего содержания:

«*Новый автомобиль, отдых, бытовая техника или WOW-подарки близким…"...", получите 89 000 руб. под 99% годовых в первый год на любые ваши планы. Нужен только паспорт <...> Давайте обсудим подробности:* "...". *ПАО Банк «ФК Открытие»*,

от отправителя «OTKRITIE» (SMS-центр: +"..."), без предварительного согласия абонента.

По результатам рассмотрения заявления Новосибирским УФАС России установлено следующее.

В соответствии с п.1 ст.3 Федерального закона «О рекламе», реклама - 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.

Распространенная информация является рекламой, так как привлекает внимание у

неопределенного круга лиц к объекту рекламирования и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (кредиту, предоставляемого ПАО Банк «ФК Открытие»), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии с ч.1 ст.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. 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.

Как сообщается заявителем, им согласия, предусмотренного требованиями ч. 1 ст. 18 Закона «О рекламе», какому-либо лицу не давалось, следовательно, данное обстоятельство указывает на признаки нарушение ч.1 ст.18 Закона «О рекламе».

Ответственность за нарушение требований ч. 1 ст.18 Закона «О рекламе» несет рекламораспространитель (ч. 7 ст.38 Закона «О рекламе»).

Согласно ст.3 Закона «О рекламе», рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с реестром Российской системы и плана нумерации, оператором связи абонента-заявителя является ПАО «МТС».

По информации, представленной ПАО «МТС», указанное в запросе SMS-сообщение 08.07.2019 поступило на сервисную платформу ПАО «МТС» с последующей доставкой через SMS-Центр ПАО «МТС» на абонентский номер "..." от отправителя с обозначением «OTKRITIE», выделенного в пользование ПАО Банк «ФК Открытие» (ИНН: 7706092528; адрес: 115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 2, стр. 4) в рамках заключенного договора.

В соответствии с п. 3.3.3 Дополнительного соглашения № 5 от 09.08.2016 г. к Договору № Н 16299 от 13.03.2012 г. (далее - «соглашение») Заказчик рассылки до начала оказания Услуги обязан получить у Пользователей предварительное согласие на получение Пользователями SMS-сообщений путем регистрации Пользователя в информационных системах Заказчика рассылки.

В соответствии с п. 3.3.5 соглашения услуги Заказчика рассылки не должны противоречить требованиям законодательства РФ.

Пунктами 1.10 и 3.3.6-3.3.8 соглашения предусмотрено выделение оператором Заказчику - рассылки - ПАО Банк «ФК Открытие» номера - буквенно-символьного и/или числового обозначения. Присвоенное обозначение согласовано сторонами в Приложении 2 к соглашению.

В соответствии с п. 3.3.12. указанного соглашения Заказчик рассылки до начала оказания услуги рассылки принимает на себя обязательство обеспечить наличие согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений -

рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи (п. 22.1 ст. 2 ФЗ «О связи»), при необходимости получить иные согласия от пользователей, которые требуются оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством РФ.

Согласно ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) обязанность доказывания факта наличия согласия абонента на получение рекламы возлагается на рекламораспространителя, которым согласно ч. 7 ст. 3 Закона о рекламе является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, поскольку в содержании смс-сообщения указывается, помимо персонифицированного обращения, информация, которая при полноценном восприятии текста потребителем привлекает внимание к услугам по кредитованию, предоставляемых ПАО Банк «ФК Открытие», а также имеет возможность заинтересовать неопределенный круг лиц (не только данного абонента), рассматриваемая информация имеет рекламный характер, а рекламораспространителем данной рекламы, не имеющим надлежащим образом полученного согласия абонента: "..." на рассылку рекламных смс-сообщений от отправителя с буквенным идентификатором «OTKRITIE», является ПАО Банк «ФК Открытие».

На рассмотрении дела Комиссией Новосибирского УФАС России представитель ПАО Банк «ФК Открытие» поддержала доводы, изложенные в ответе на Определение о возбуждении дела №054/05/18-1726/2019, содержащие следующую информацию и выводы.

ПАО Банк «ФК Открытие» сообщает, что в силу с п.4 ст.57 Гражданского кодекса Российской Федерации, п.4 ст.15 Федерального закона Российской Федерации от 26.12.1995г. №208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее - Закон об акционерных обществах) при реорганизации юридического лица в форме присоединения к нему другого юридического лица первое из них считается реорганизованным с момента внесения в единый государственный реестр юридических лиц записи о прекращении деятельности присоединенного юридического лица.

Согласно п.2 ст.58 Гражданского кодекса Российской Федерации, п.5 ст.17 Закона об акционерных обществах при присоединении юридического лица к другому юридическому лицу к последнему переходят права и обязанности присоединенного юридического лица.

С момента заключения договоров Банк несколько раз изменял свое наименование, организационную форму, реорганизован.

В соответствии с решением единственного акционера ЗАО Коммерческого Банка «Русский Банк Развития» от 08.04.2009 г. был переименован в ЗАО «КБ Открытие».

В соответствии с решением единственного акционера ЗАО «КБ Открытие» от 17.08.2010 г. был переименован в ОАО Банк «Открытие».

05.11.2014 произошла реорганизация ОАО Банк «Открытие» в форме присоединения к ОАО «Ханты-Мансийский банк». Также изменено фирменное

наименование ОАО «Ханты-Мансийский банк» на Публичное акционерное общество «Ханты-Мансийский банк Открытие».

В результате произошедшей реорганизации и в соответствии с п.1 Устава, Публичное акционерное общество «Ханты-Мансийский банк Открытие» стало правопреемником всех прав и обязанностей ОАО Банк «Открытие».

22.08.2016 произошла реорганизация ПАО «Ханты-Мансийский банк Открытие» в форме присоединения к ПАО Банк «Финансовая Корпорация Открытие».

Таким образом, в результате произошедшей реорганизации и в соответствии с Уставом, Публичное акционерное общество Банк «Финансовая Корпорация Открытие» стало правопреемником всех прав и обязанностей ПАО «Ханты-Мансийский банк Открытие».

04.06.2009 г. между КБ «РБР» (ЗАО) и ООО «ОСК», заключен договор № sms-02/07-09 о предоставлении услуг (далее по тексту - Договор), согласно условиям которого Исполнитель предоставляет за плату Заказчику услуги по предоставлению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке SMS-сообщений.

08.07.2019 г. в рамках исполнения Договора посредством использования специального программного приложения, на телефонный номер "..." было направлено сообщение.

Документов, свидетельствующих о наличии согласия абонента на получение рекламной информации ПАО Банк «ФК Открытие» не имеет.

После получения запроса Новосибирского УФАС России о наличии претензии получателя смс - сообщения в отношении факта его получения, Банком была проведена проверка, в результате которой проведены соответствующие мероприятия, телефонный номер "...", 04.09.2019 г. исключен из базы данных клиентов. Банк прекратил осуществлять рассылки адресату данного телефонного номера.

Также, по мнению ПАО Банк «ФК Открытие», рассматриваемое смс - сообщение, отправленное на мобильный телефон "..." с текстом следующего содержания: «Новый автомобиль, отдых, бытовая техника или WOW-подарки близким..."...", получите 89 000,00 руб. под 99% годовых в первый год на любые ваши планы. Нужен только паспорт <...> Давайте обсудим подробности"..."0. ПАО Банк «ФК Открытие», не является рекламой, и действия Банка не подпадают под сферу регулирования законодательства о рекламе. Содержание данного сообщения адресовано конкретному лицу, в то время как рекламой, является информация, адресованная неопределенному кругу (п.1 ст. 3 Федерального закона «О рекламе»).

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи», абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

ФЗ «О рекламе» не содержит определения понятия «неопределенный круг лиц». Но из письма Федеральной антимонопольной службы от 05.04.07 г. № АЦ/4624 следует, что под неопределенным кругом лиц понимаются лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. С точки зрения распространения рекламы, она не должна иметь конкретного адресата и быть легко доступной любому потребителю. Таким образом, направление обращения через sms конкретному адресату, не может квалифицироваться в качестве рекламы.

Также в соответствии с Разъяснением ФАС России от 14.06.2012г. «О порядке применения статьи 18 Федерального закона «О рекламе», 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. При этом, не имеет значение, направлена информация по определенному адресному списку или нет. Рекламой она будет являться только при наличии признака неперсонифицированности.

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.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

Аналогичные разъяснения даны в Письме ФАС России от 20.06.2018 N АД/45557/18 "Об оценке неопределенного круга лиц в рекламе", согласно которому 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. 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 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.

Между тем, текст смс-сообщения, направленного соответствующему получателю,

содержит информацию позволяющую его идентифицировать (имя - «"..."),

Таким образом, смс-сообщение носит индивидуальный характер, адресовано заранее определенному лицу и содержит в себе условия реализации рекламируемого продукта, предлагаемые непосредственно адресату смс-сообщения, в связи с чем не может быть доступной неопределенному либо ограниченному кругу потребителей.

С учетом изложенного, направленное смс-сообщение носит информационный характер, адресовано определенному лицу, не отвечает признакам рекламы, в связи с чем положения ФЗ «О рекламе» в данном случае применению не подлежат.

Данные доводы рассмотрены Новосибирским УФАС России, не приняты по основаниям, изложенным выше.

Также, в материалы дела не представлено доказательств прекращения рассматриваемого нарушения.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия, руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

РЕШИЛА:

1. Признать рекламную информацию, распространенную по сетям электросвязи, путем направления на абонентский номер <...> "..." 08.07.2019г в 19:59 следующего содержания: «*Новый автомобиль, отдых, бытовая техника или WOW-подарки близким… "...", получите 89 000 руб. под 99% годовых в первый год на любые ваши планы. Нужен только паспорт <...> Давайте обсудим подробности:.. ПАО Банк «ФК Открытие*», от отправителя «OTKRITIE» (SMS-центр:), ненадлежащей,

а ПАО Банк «ФК Открытие» (ИНН 7706092528, ОГРН 1027739019208, дата присвоения ОГРН 26.07.2002, адрес: ул.Летниковская, д.2, стр.4, г.Москва, 115114, почтовый адрес: ул.Марксистская, д.4, г.Москва, 109147) нарушившим ч.1 ст.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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

2. Выдать ПАО Банк «ФК Открытие» предписание о прекращении нарушения законодательства РФ о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Новосибирского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч.1 ст. 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме "23" октября 2019 г.

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