

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу № 79-14.3ч.1/17 об административном правонарушении

30 октября 2017 года г. Челябинск

Я, руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее – Челябинское УФАС России), <...>, рассмотрев материалы административного дела № 79-14.3ч.1/17, возбужденного в отношении ПАО Банк «ФК Открытие» (ОГРН 1027739019208, ИНН/КПП 7706092528/775001001, юридический адрес: ул. Летниковская, д. 2, стр. 4, г. Москва, 115114) по факту **направления** 23.03.2017 в 19:46 на телефонный номер <...> -9<...>-18 СМС-сообщения с рекламой: «<...>, получите 1000 рублей с картой Mastercard банка «Открытие», просто совершив по ней первую покупку до 31.05.2017. Выберите карту, которая подходит именно вам, и получайте: полеты за мили, скидки на оплату поездок и на топливо и многое другое. Оформите карту на сайте банка open.ru/39470 или 88005007042. Подробнее open.ru/39470» от отправителя под буквенным обозначением «ОТКРИТИЕ» без предварительного согласия абонента с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

в присутствии:

<...>, являющейся представителем ПАО Банк «ФК Открытие» по доверенности;

ведущего специалиста-эксперта отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России <...>,

исследовав материалы дела, разъяснив представителю лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, права, а именно: ознакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы и иные процессуальные права и обязанности, предусмотренные КоАП РФ.

В соответствии со статьей 51 Конституции Российской Федерации никто не обязан свидетельствовать против самого себя, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом,

УСТАНОВИЛА:

Челябинским УФАС России при исполнении полномочий по государственному контролю за соблюдением требований законодательства Российской Федерации о рекламе установлено, что 23 марта 2017 года в 19:46 на телефонный номер <...> -9<...>-18 поступило СМС-сообщение с рекламой: «<...>, получите 1000 рублей с картой Mastercard банка «Открытие», просто

совершив по ней первую покупку до 31.05.2017. Выберите карту, которая подходит именно вам, и получайте: полеты за мили, скидки на оплату поездок и на топливо и многое другое. Оформите карту на сайте банка open.ru/39470 или 88005007042. Подробнее open.ru/39470» от отправителя под буквенным обозначением «ОТКРИТИЕ» без его предварительного согласия.

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.

В силу части 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Сообщение со сведениями: «<...>, получите 1000 рублей с картой Mastercard банка «Открытие», просто совершив по ней первую покупку до 31.05.2017. Выберите карту, которая подходит именно вам, и получайте: полеты за мили, скидки на оплату поездок и на топливо и многое другое. Оформите карту на сайте банка open.ru/39470 или 88005007042. Подробнее open.ru/39470», является рекламой, поскольку направлено на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей к услугам банка.

Согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Абонент, согласно статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 «О связи» (далее – Закон о связи), это пользователь услуг связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также – рассылка) 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, не докажет, что такое согласие было получено.

При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено, что отражено в части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Документы, свидетельствующие о получении предварительного согласия абонента +7-9<...>-18 на распространение ему рекламы по сетям

электросвязи отсутствуют. Кроме того, установлено, что физическим лицом приняты меры по недопущению распространения рекламных сообщений от ПАО Банк «ФК Открытие» путем указания на Заявлении на открытие срочного банковского вклада физического лица № 44722-2136-1066087 от 29.11.2016 письменного отказа: «Требую в силу ФЗ «О рекламе» не рассылать на мой телефон рекламу в любом виде. Требование является бессрочным», а также путем повторного обращения в ПАО Банк «ФК Открытие» 15.02.2017 с письменным требованием о прекращении направления СМС-сообщений с рекламой.

На основании части 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламораспространитель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Отправителем рекламного СМС-сообщения на номер <...> -9<...>-18 без предварительного согласия абонента является ПАО Банк «ФК «Открытие», что подтверждается принадлежностью пояснениями ПАО Банк «ФК Открытие», Договором № mfm 96/12-16 лицензирования и оказания услуг от 29.12.2016, сведений опровергающих данный факт материалы дела не содержат.

Таким образом, направление рекламы, содержащей сведения: «<...>, получите 1000 рублей с картой Mastercard банка «Открытие», просто совершив по ней первую покупку до 31.05.2017. Выберите карту, которая подходит именно вам, и получайте: полеты за мили, скидки на оплату поездок и на топливо и многое другое. Оформите карту на сайте банка open.ru/39470 или 88005007042. Подробнее open.ru/39470», осуществлено ПАО Банк «ФК Открытие», являющейся рекламораспространителем указанной рассылки.

Доказательств, свидетельствующих о получении согласия абонента +7-9<...>-18 в материалы дела не представлено.

Из анализа норм Закона о связи, Закона о рекламе следует, что заказчик рассылки СМС-сообщений должен принять меры по однозначной идентификации именно абонента (а не лица, указавшего телефонный номер при заполнении документов, дающих согласие на направление рекламных и информационных материалов), а также получить предварительное согласие абонента на направление ему рекламной информации посредством использования сетей электросвязи, то есть получить согласие непосредственно перед направлением конкретного сообщения рекламного характера определенному абоненту.

Документов, материалов, указывающих, что ПАО Банк «ФК Открытие» приняты достаточные меры по соблюдению требований статьи 44.1 Закона о связи, части 1 статьи 18 Закона о рекламе при направлении СМС-сообщений с рекламой на номер абонента +7-9<...>-18 Челябинским УФАС России при рассмотрении дела не получено, ПАО Банк «ФК Открытие» не представлено.

В силу статьи 44.1 Закона о связи обязанность по идентификации абонента

перед направлением ему СМС-сообщений, в том числе рекламного характера возложена на заказчика рассылки в случае, если рассылка осуществлялась по его инициативе.

Условие о предварительном согласии абонента на распространение рекламы по сетям электросвязи следует из части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

Рекламораспространителем является ПАО Банк «ФК «Открытие» как лицо, осуществившее распространение рекламы по сетям электросвязи.

Распространение ненадлежащей рекламы также установлено решением по делу № 23-08/2016 Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 03 августа 2017 года.

Частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) предусмотрено, что нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2-5 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 пятьсот рублей; должностных лиц – от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц – от ста до пятисот тысяч рублей.

Статья 1.5. КоАП РФ устанавливает, что лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

Вина ПАО Банк «ФК Открытие» выразилась в необеспечении выполнения требований законодательства о рекламе при направлении 15 марта 2017 года СМС-сообщения с рекламой на номер абонента +7-9<...>-18 без его предварительного согласия в нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Срок давности привлечения к административной ответственности за административное правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, составляет один год со дня совершения административного правонарушения (часть 1 статьи 4.5 КоАП РФ).

Согласно правовой позиции, изложенной в пункте 5 Постановления Пленума Высшего Арбитражного суда РФ от 8.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» рассматривая дела о привлечении лиц к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе, суды должны

учитывать, что срок давности привлечения к административной ответственности начинает течь с момента совершения такого правонарушения, а не с момента принятия антимонопольным органом решения о нарушении законодательства о рекламе.

В связи с тем, что спорная реклама размещалась до 23 марта 2017 года, годичный срок давности для привлечения ПАО Банк «ФК Открытие» к административной ответственности, установленный частью 1 статьи 4.5 КоАП РФ, истекает 23 марта 2018 года.

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 предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Согласно пункту 16.1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 2 июня 2004 года № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» в отличие от физических лиц в отношении юридических лиц КоАП РФ формы вины (статья 2.2 КоАП РФ) не выделяет. Следовательно, в отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению (часть 2 статьи 2.1 КоАП РФ).

Наличие обстоятельств, объективно препятствующих ПАО Банк «ФК Открытие» надлежащему соблюдению требований части 1 статьи 15 Закона о рекламе, Челябинским УФАС России не выявлено.

У ПАО Банк «ФК Открытие» отсутствовали препятствия и имелась возможность для соблюдения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно – для соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе. Однако ПАО Банк «ФК Открытие» не приняло необходимых и достаточных мер по соблюдению законодательства Российской Федерации о рекламе.

При таких обстоятельствах ПАО Банк «ФК Открытие» признается виновным в совершении административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Обстоятельств, исключающих вину ПАО Банк «ФК Открытие» в совершении данного административного правонарушения, а также обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении при совершении данного административного правонарушения, не установлено.

Обстоятельств, отягчающих и смягчающих административную ответственность, предусмотренных статьями 4.2, 4.3 КоАП РФ, не установлено.

ПАО Банк «ФК Открытие» представило пояснения (вх. № 13926 от 24.10.2017), в которых просит применить основания малозначительности,

предусмотренные статьей 2.9 КоАП РФ, ввиду отсутствия неблагоприятных последствий и (или) причинения ущерба государственным интересам, существенной угрозы общественным отношениям, добровольного прекращения ПАО Банк «ФК Открытие» правонарушения.

Указанное ходатайство не подлежит удовлетворению, ввиду того, что <...> предприняты меры по прекращению направления банком рекламных СМС-сообщений; несмотря на то, что <...> неоднократно уведомлял ПАО Банк «ФК Открытие» о необходимости прекращения рассылки СМС-сообщений с рекламой, направлял в адрес банка Требование, 23 марта 2017 года ПАО Банк «ФК Открытие» направило спорное СМС-сообщение на телефонный номер <...> -9<...>-18 без его предварительного согласия.

На рассмотрении дела № 79-14.3ч.1/17 об административном правонарушении от представителя ПАО Банк «ФК Открытие» по доверенности поступило письменное ходатайство о применении части 1 статьи 4.1. КоАП РФ.

В соответствии с частью 3.2 статьи 4.1 КоАП РФ при наличии исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением привлекаемого к административной ответственности юридического лица, судья, орган, должностное лицо, рассматривающие дела об административных правонарушениях либо жалобы, протесты на постановления и (или) решения по делам об административных правонарушениях, могут назначить наказание в виде административного штрафа в размере менее минимального размера административного штрафа, предусмотренного соответствующей статьей или частью статьи [раздела II](#) настоящего Кодекса, в случае, если минимальный размер административного штрафа для юридических лиц составляет не менее ста тысяч рублей.

Должностным лицом Челябинского УФАС России при вынесении постановления в отношении ПАО Банк «ФК Открытие» принято во внимание, что ПАО Банк «ФК Открытие» впервые совершило нарушение антимонопольного законодательства Российской Федерации, отсутствие материалов, свидетельствующих о причинении имущественного ущерба либо вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера.

С учетом изложенного, ПАО Банк «ФК Открытие» может быть назначено наказание в виде административного штрафа в размере менее минимального размера административного штрафа, предусмотренного санкцией части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, а именно – административный штраф в размере 50 000 (пятьдесят тысяч) рублей.

Руководствуясь статьями 4.1, 23.48, 29.9, 29.10, а также частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать виновным ПАО Банк «ФК Открытие» в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

2. Применить к ПАО Банк «ФК Открытие» административное наказание в виде административного штрафа по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ в размере 50 000 (пятьдесят тысяч) рублей.

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 КоАП РФ административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, 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.

Сумма штрафа должна быть перечислена в доход федерального бюджета по следующим реквизитам: ББК 16111626000016000140, ОКТМО 75701000 на счет органа федерального казначейства: УФК по Челябинской области (для Челябинского УФАС России), отделение Челябинск, БИК 047501001, р/с 40101810400000010801, ИНН 7453045147, КПП 745301001, УИН 16188110200000993180.

Согласно части 5 статьи 32.2 КоАП РФ при отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, и информации об уплате административного штрафа в Государственной информационной системе о государственных и муниципальных платежах, по истечении срока, указанного в части 1 или 1.1 настоящей статьи, судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, направляют в течение десяти суток, а в случае, предусмотренном частью 1.1 настоящей статьи, в течение одних суток постановление о наложении административного штрафа с отметкой о его неуплате судебному приставу-исполнителю для исполнения в порядке, предусмотренном федеральным законодательством.

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП РФ, неуплата административного штрафа в срок, предусмотренный КоАП РФ, влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа, но не менее одной тысячи рублей, либо административный арест на срок до пятнадцати суток, либо обязательные работы до пятидесяти часов.

В соответствии с частью 7 статьи 21 Федерального закона Российской Федерации от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» постановление о наложении штрафа может быть предъявлено к исполнению в течение двух лет со дня их вступления в законную силу.

В соответствии с частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в течение 10 (десяти) суток со дня вручения или получения копии постановления в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в Арбитражный суд.

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.

После уплаты штрафа просим представить в Челябинское УФАС России копию платежного документа (факс (351) 263-18-39; электронная почта: to74@fas.gov.ru).