ПОСТАНОВЛЕНИЕ
о назначении административного наказания по делу 036/04/14.3-415/2019 об административном правонарушении
«09» декабря 2019 года город Воронеж
Заместитель руководителя - начальник отдела контроля органов власти Управления Федеральной антимонопольной службы по Воронежской области (далее - Воронежское УФАС России) Логошин Андрей Владимирович, рассмотрев протокол и материалы дела об административном правонарушении 036/04/14.3-415/2019, возбужденного в отношении публичного акционерного общества Банк «Финансовая корпорация Открытие» (115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 2, строение 4, ИНН 7706092528, ОГРН 1027739019208, дата регистрации 15.12.1992 г.) (далее – ПАО Банк «ФК Открытие») в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального Закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе») на основании Решения № 036/05/18-805/2019 от 19.11.2019 года, в связи с непосредственным обнаружением начальником отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Воронежского УФАС России Козининой О.Г. достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения в сфере предпринимательской деятельности (часть 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях), в отсутствие законного представителя ПАО Банк «ФК Открытие», (Общество надлежащим образом уведомлено), в присутствии представителя ПАО Банк «ФК Открытие» <…>,

УСТАНОВИЛ:

Решением от 19.11.2019 года № 036/05/18-805/2019 Комиссии Воронежского УФАС России реклама: *«<…>, пора реализовать ваши грандиозные планы! Успей получить кредит 415 000 руб. под 9,9% годовых в первый год в банке «Открытие» до 30.09.19. Ваш промокод – 1041593446. Не забудьте паспорт и справку о доходе. Остались вопросы? Звоните прямо сейчас: 88005050160. ПАО Банк «ФК Открытие»»*, распространенная без предварительного согласия абонента посредством SMS-рассылки в 18:33 (мск.) 18.09.2019 года от SMS-центра +7(904)349-00-04 с указанием в адресной строке отправителя OTKRITIE, признана ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Решением от 19.11.2019 года № 036/05/18-805/2019 установлено следующее.

В Воронежское УФАС России поступило обращение гражданина <…> (далее – <…>, Заявитель) (вх. № 01-12/1363 от 20.09.2019) с указанием на признаки нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении следующей рекламы:

– *«<…>, пора реализовать ваши грандиозные планы! Успей получить кредит 415 000 руб. под 9,9% годовых в первый год в банке «Открытие» до 30.09.19. Ваш промокод – 1041593446. Не забудьте паспорт и справку о доходе. Остались вопросы? Звоните прямо сейчас: 88005050160. ПАО Банк «ФК Открытие»»*, распространявшейся посредством SMS-рассылки в 18:33 (мск.) 18.09.2019 года от SMS-центра +7(904)349-00-04 с указанием в адресной строке отправителя OTKRITIE (далее – рассматриваемая реклама).

Заявитель указал, что вышеуказанная реклама распространялась на принадлежащий ему номер <...> <…> без его согласия.

Согласно данным из реестра Российской системы и плана нумерации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи, телефонный номер <…> входит в ресурс оператора святи ООО «Т2 Мобайл».

ООО «Т2 Мобайл» представило письменные пояснения, согласно которым установлено, что 18.09.2019 года в 18:33 направление смс-сообщения абоненту <…

> от отправителя «OTKRITIE» осуществляла компания ООО «ОСК», с которой заключен договор № 216/SMS-BULK от 01.06.2015 года.
Таким образом, из изложенного выше следует, что <…> является абонентом ООО «Т2 Мобайл» и рекламное сообщение поступило на его абонентский номер с номера отправителя «OTKRITIE».
ПАО Банк «ФК Открытие» признало, что указанное SMS-сообщение было отправлено на номер заявителя ошибочно.
Вместе с тем ПАО Банк «ФК Открытие», принимавшее участие в отправке рекламы, не представлено согласие абонента <…> на получение спорного SMS-сообщения.
ПАО Банк «ФК Открытие» представило письменные пояснения, согласно которым данное SMS-сообщение направлено через технические и программные средства ООО «ОСК» по заказу ПАО Банк «ФК Открытие», с которым ООО «ОСК» заключен договор об оказании услуг связи № SMS – 02/07-09 от 04.06.2009 г.
Из предмета договора № SMS – 02/07-09 от 04.06.2009 г. (пункт 1.1) следует, в том числе, что ООО «ОСК» предоставляет за плату ПАО Банк «ФК Открытие» услуги по предоставлению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке SMS – сообщений. На основании п. 12 и 14 указанного договора ПАО Банк «ФК Открытие» обязуется использовать Услугу только для передачи информации своим сотрудникам и /или клиентам, а также не использовать услуги ООО «ОСК» для распространения ненужной получателю, не запрошенной информации в виде спама.
Таким образом, рекламораспространителем указанного SMS-сообщения является ПАО Банк «ФК Открытие».
24.10.2019 года в отношении ПАО Банк «ФК Открытие» вынесено определение о возбуждении дела № 036/05/5-805/2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
Из информации, предоставленной ПАО Банк «ФК Открытие» (вх. № 01-11/2615 от 02.10.2019, вх. № 01-11/2765 от 15.10.2019) по запросу Воронежского УФАС России (исх. № 03-16/5991 от 25.09.2019, исх. № 03-16/6372 от 09.10.2019, вх. № 01-11/3066 от 08.11.2019) следует, в том числе что: «В рамках проведенного расследования Банк подтверждает отправку 18.09.2019 смс-сообщения на номер <…>. Текст направленного сообщения: *«<…>, пора реализовать ваши грандиозные планы! Успей получить кредит 415 000 руб. под 9,9% годовых в первый год в банке «Открытие» до 30.09.19. Ваш промокод – 1041593446. Не забудьте паспорт и справку о доходе. Остались вопросы? Звоните прямо сейчас: 88005050160. ПАО Банк «ФК Открытие»»*. Текст сообщения был утвержден в Банке, сообщение направлено на номер абонента (1) раз 18.09.2019, в дальнейшем распространение данного сообщения не планировалось и не производилось. При этом Банк не может предоставить документы, свидетельствующие о наличии согласия абонента на получение рекламной информации от Банка./…/ После получения Запроса о наличии претензии получателя смс-сообщения в отношении факта его получения 30.09.2019 Банком проведены соответствующие мероприятия, телефонный номер <…> исключен из базы данных рассылок. Банк прекратил осуществлять информационные рассылки адресату данного телефонного номера. Информируем, что Банк самостоятельно формирует рекламу, рекламодателем и рекламораспространителем является ПАО Банк «ФК Открытие». Владельцем абонентского номера OTKRITIE (отправителя смс – сообщения с рассматриваемой рекламой) является Публичное акционерное общество Банк «Финансовая Корпорация Открытие/…/ Промокод является автоматически формируемым Банком набором цифр, который при предоставлении его сотруднику офиса банка

используется для быстрого доступа к предложению, сформированному Банком для клиента, что сокращает время обслуживания клиента, обратившегося для получения продукта/услуги Банка по полученному предложению/…/ Банк полагает, что рассматриваемое смс сообщение, отправленное на мобильный телефон <…>, 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 лиц/…/. С учетом изложенного, направленное смс-сообщение носит информационный характер, адресована определенному лицу - <…>, не отвечает признакам рекламы, в связи с чем положения Федерального закона «О рекламе» в данном случае применению не подлежат/…/Таким образом, в действиях Банка отсутствуют признаки нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе»».

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 ФЗ «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.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 ФЗ «О рекламе», объект рекламирования – товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

В соответствии с пунктом 3 статьи 3 ФЗ «О рекламе» товаром является продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Довод Общества, о том, что указанная информация не является рекламной, так как сообщение адресовано конкретному лицу, несостоятелен по следующим основаниям.

Рассылка смс-сообщений по каналам телефонной связи не может быть произведена иначе как на конкретный абонентский номер <...> что позволяет говорить об адресном характере отправлений. Однако, специфика связи с абонентами, сама по себе не может являться основанием для признания информации, содержащейся в смс-сообщениях, как предназначенной исключительно для конкретного абонента.

Согласно пункту 16 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.12.1998 № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе», информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителя с определенным товаром, должна рассматриваться как реклама этого товара.

Согласно пункту 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителя ассоциацию с определенным товаром, имеющее своей целью привлечение внимания к объекту рекламирования, должно рассматриваться как реклама этого товара, поскольку в названных случаях для привлечения внимания и поддержания интереса к товару достаточно изображения части сведений о товаре. Такие сведения должны также соответствовать требованиям, установленным главой 3 ФЗ «О рекламе» в отношении отдельных видов товаров.

Согласно письму ФАС России от 25.06.2013 исх. № АК/24455/13, под рекламой

понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному списку.
В соответствии с письмом ФАС России от 20 июня 2018 г. № АД/45557/18, реклама может иметь целевую аудиторию, к которой относятся некие лица, для которых в первую очередь предназначена такая информация. Однако направленность рекламы на неопределенный круг лиц 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.
Таким образом, поскольку в содержании смс-сообщения указывается, помимо персонифицированного обращения информация, которая при полноценном восприятии текста потребителем привлекает внимание к услугам по кредитованию, предоставляемым 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».
В ходе рассмотрения дела № 036/05/18-805/2019 Комиссией установлено, что <…> не является клиентом ПАО Банк «ФК Открытие».
По запросу Воронежского УФАС России от 09.10.2019 исх. № 03-16/6372, Банком не был предоставлен алгоритм отбора лиц для рассылки подобных сообщений, а также Банком была предоставлена информация о том, что промокод является автоматически формируемым Банком набором цифр.
Таким образом, информация, распространенная посредством смс-сообщения на номер телефона <…>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (организация ПАО Банк «ФК Открытие» и его услуги).
Объектом рекламирования в рассматриваемой рекламе является финансовая услуга.
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 излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.
В соответствии с частью 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 реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Комиссией установлено, что <…> является абонентом номера <…> и в соответствии с заявлением своего согласия на получение рассматриваемой рекламы не давал.

Из информации, предоставленной ПАО Банк «ФК Открытие», следует, что согласие от абонента <…> получено не было, поскольку указанное SMS-сообщение было отправлено на номер телефона Заявителя ошибочно.

Таким образом, ввиду отсутствия надлежащего согласия абонента, а также наличия у ПАО Банк «ФК Открытие» статуса рекламораспространителя, полученное абонентом – <…> SMS-сообщение рекламного характера нарушает требование части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламораспространитель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Комиссией Воронежского УФАС России установлено, что в рассматриваемом случае рекламораспространителем является ПАО Банк «ФК Открытие».

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения рассматриваемой рекламы указанным способом, ПАО Банк «ФК Открытие» не представлено.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 4 указанной статьи, статьями 14.37, 14.38, 19.31 Кодекса, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц в размере от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Место совершения правонарушения: Воронежская область (адрес регистрации и местонахождение Заявителя).

Время совершения правонарушения – 18.09.2019 г 18:33 (мск.) (дата и время получения Заявителем нежелательного смс-сообщения).

Таким образом, ПАО Банк «ФК Открытие», являясь рекламораспространителем рассматриваемой ненадлежащей рекламы, 18.09.2019 г совершило административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

02.12.2019 года в отношении ПАО Банк «ФК Открытие» составлен протокол № 036/04/14.3-415/2019 об административном правонарушении по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Определением от 02.12.2019 дело № 036/04/14.3-415/2019 в отношении ПАО Банк «ФК

Открытие» назначено к рассмотрению 09.12.2019 в 10. часов 30 минут (мск).
09.12.2019 года Представитель банка по доверенности <…> озвучила позицию Банка, в соответствии с которой Банком признается факт нарушения законодательства о рекламе.
При вынесении Постановления № 036/04/14.3-415/2019 учитываются все обстоятельства дела.
В соответствии с частью 1 статьи 2.1 КоАП РФ, 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.
Частью 2 указанной статьи предусмотрено, что 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.
ПАО Банк «ФК Открытие» имело возможность для соблюдения законодательства РФ о рекламе, поскольку в ходе рассмотрения настоящего дела не установлены факты, а в материалах административного дела отсутствуют доказательства, свидетельствующие о том, что Обществом были приняты все зависящие от него меры, направленные на недопущение совершения вменяемого административного правонарушения.
Обстоятельств исключающих или отягчающих административную ответственность, не установлено.
На основании изложенного, руководствуясь ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», ч. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе», ст. 4.1, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать ПАО Банк «Финансовая корпорация Открытие» (115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 2, строение 4, КПП 770501001, ИНН 7706092528, ОГРН 1027739019208, дата регистрации 15.12.1992 г.) (далее – ПАО Банк «ФК Открытие») виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Применить к ПАО Банк «Финансовая корпорация Открытие» меру ответственности в виде административного штрафа за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе в размере 101 000 (сто одна тысяча) рублей.

3. Направить копию настоящего постановления ПАО Банк «Финансовая корпорация Открытие» для исполнения.

Согласно ч. 1 ст. 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 указанного Кодекса.

Суммы штрафов, уплаченных за нарушения законодательства РФ о рекламе, зачисляются в Федеральный бюджет по следующим реквизитам:

Получатель: УФК по Воронежской области (Воронежское УФАС России)
Расчетный счет: 40101810500000010004
Банк получателя: ОТДЕЛЕНИЕ ВОРОНЕЖ Г. ВОРОНЕЖ
БИК 042007001
ИНН 3664022568
КПП 366601001
Код бюджетной классификации 161 1 16 26000 01 6000 140
ОКТМО 20701000
УИН 16100500000000350003

В соответствии с пунктом 1 статьи 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления. Жалоба на постановление по делу об административном правонарушении подается вышестоящему должностному лицу либо в суд в порядке, предусмотренном главой 30 КоАП РФ.