

РЕШЕНИЕ № 036/05/18-805/2019

18 ноября 2019 года

город Воронеж

(дата оглашения резолютивной части решения)

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

председатель Комиссии: А.В. Логошин - заместитель руководителя управления - начальник отдела контроля органов власти;

члены Комиссии: Козина О.Г. – начальник отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции; Давыдова О.В. – государственный инспектор отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции, рассмотрев дело № 036/05/18-805/2019 по признакам нарушения публичным акционерным обществом 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», Общество, Банк) требований части 1 статьи 18 Федерального Закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»),

в присутствии лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – представителя ПАО Банк «ФК Открытие» <...>, в отсутствие заявителя - <...> (надлежащим образом уведомлен),

#### **УСТАНОВИЛА:**

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 ОТКРИТИЕ (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 связи 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 «ОТКРИТИЕ» 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 «ОТКРИТИЕ».

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.

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Таким образом, распространение рассматриваемой рекламы посредством смс-рассылки осуществлялось с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

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, рекламодателем 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. Рассмотрение дела назначено на 11 часов 30 минут (мск) 11.11.2019 года.

Комиссией Воронежского УФАС России, объявлялся перерыв в заседании Комиссии до 18.11.2019 года.

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. Информировуем, что Банк самостоятельно формирует рекламу, рекламодателем и рекламодателем является ПАО Банк «ФК Открытие». Владелец абонентского номера ОТКРИТИЕ (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». На заседании Комиссии представитель ПАО Банк «ФК Открытие» <...> поддержала доводы, изложенные в объяснениях.

Ознакомившись с материалами дела, изучив объяснения, документы, предоставленные лицами, участвующими в деле, Комиссия установила следующее.

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, 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 рекламодатель 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 рекламодателя.

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 рекламодателя, 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 рекламодатель.

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

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

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

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В связи с тем, что на момент вынесения решения в материалах настоящего дела отсутствуют доказательства прекращения нарушения ПАО Банк «ФК Открытие», Комиссия пришла к выводу о выдаче указанному обществу предписания о прекращении нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Руководствуясь частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 36 - 43 «Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения

законодательства Российской Федерации о рекламе», утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17 августа 2006 г. № 508, Комиссия,

**РЕШИЛА:**

**1.** Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «<...>, 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»», распространенную 18.09.2019 года в 18:33 (мск.) посредством SMS-рассылки на абонентский номер <...> <...>, без предварительного согласия абонента, поскольку в ней нарушены требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

**2.** Выдать ПАО Банк «ФК Открытие» (115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 2, строение 4, ИНН 7706092528, ОГРН 1027739019208, дата регистрации 15.12.1992 г.) предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» путем прекращения распространения ненадлежащей рекламы на абонентский номер <...>, при отсутствии предварительного согласия на получение рекламной информации абонента.

**3.** Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Воронежского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 19 ноября 2019 года.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 АПК РФ.

Председатель Комиссии

Члены Комиссии

А.В. Логошин

О.Г. Козина

О.В. Давыдова