

ПАО Банк «ФК Открытие»

115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 2,
стр.4

Заинтересованные лица:

ПАО «Мегафон»

127006, г. Москва, Оружейный
переулок, 41

АО «Загрузка»

115280, г. Москва, ул. Ленинская
Слобода, 19, комната 21Е
БЦ «Омега Плаза»

Заявитель: <...>

РЕШЕНИЕ

по делу № 002/05/18-392/2023

02.06.2023 года

г. Уфа, ул. Пушкина, 95

Решение в полном объеме изготовлено «15» июня 2023 года

Комиссия Башкортостанского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

Председатель Комиссии:

<...>;

Члены Комиссии:

<...>;

<...>;

рассмотрев дело № 002/05/18-392/2023 возбужденное по обращению физического лица в отношении ПАО Банк «ФК Открытие» (ОГРН: 1027739019208, ИНН: 7706092528), по факту распространения рекламы с признаками нарушения части 1 статьи 18 и части 3 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе», Закон о рекламе),

в присутствии:

- представителя Заявителя <...> – <...> (доверенность № 02АА 6327697 от 28.02.2023);

- представителя ПАО Банк «ФК Открытие» - <...> (доверенность от 17.02.2021);

УСТАНОВИЛА:

09.01.2023 года в Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан (далее - УФАС по РБ, антимонопольная служба) посредством электронной почты (интернет приемная ФАС) поступило заявление гражданина (вх. № 92-ИП/23 срок рассмотрения продлен) указывающее на признаки нарушения ФЗ «О рекламе».

В обращении Заявитель сообщил о неправомерном поступлении 04.08.2022 года в 15:24 (время московское) на телефонный номер <...> нежелательного рекламного сообщения от абонента с буквенным обозначением **ОТКРИТИЕ** следующего содержания:

«Кредит до 996 000 р., 5,5%. Доставка о р., open.ru/cr».

Согласно обращению, согласие на получение рекламного смс-сообщения Заявитель не давал.

В рамках рассмотрения поступившего заявления, антимонопольной службой установлено следующее.

Оператором связи (ПАО «Мегафон») подтвержден факт поступления СМС в указанное время и дату от указанного лица, а также принадлежность абонентского номера <...> Заявителю (вх. № 1071-ЭП/23 от 25.01.2023, электронная почта). Кроме этого, оператор сообщил, что рассматриваемое сообщение направлено АО «Загрузка» в рамках предоставления услуги «Мобильные SMS-сервисы» по договору № ДМИ-СВЗНЗГРЗК-01.08.2016 от 01.08.2016 года (соглашение о передаче прав и обязанностей от 01.05.2021).

Услуга представляет собой оферту, адресованную Абонентам ПАО «МегаФон», являющимися индивидуальными предпринимателями или юридическими лицами. Услуга, в том числе предоставляет возможность рассылать рекламные сообщения.

Пункт 5.4 Условий: Предоставляемые Корпоративным клиентом (в данном случае АО «Загрузка») Оператору РИМ (рекламно - информационные материалы) должны соответствовать требованиям Федерального закона от 13.03.2006 г. N 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации. Корпоративный клиент обязан обеспечить точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в РИМ, соответствие такой информации требованиям Федерального закона от 13.03.2006 г. N 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации. В противном случае Оператор может в одностороннем порядке отказаться от выполнения своих обязательств по настоящим Условиям, письменно предупредив Корпоративного клиента о наступлении вышеуказанных обстоятельств, до момента предоставления Корпоративным клиентом других РИМ, не противоречащих законодательству Российской Федерации. За информацию, содержащуюся в РИМ, ответственность несет Корпоративный клиент. Оператор не несет ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение условий настоящих Условий в случае исполнения решений, предписаний или других обязательных указаний органов власти и иных регулирующих органов, затрагивающих предмет настоящих Условий.

Пункт 5.11 Условий: Корпоративный клиент до размещения РИМ среди Конечных получателей из Перечня абонентских номеров Корпоративного клиента

обязан получить согласие Конечного получателя на получение РИМ посредством SMS-сообщений от Корпоративного клиента.

Пункт 5.12 Условий: Использование Услуги Корпоративным клиентом для размещения РИМ среди Конечных получателей из Перечня абонентских номеров Корпоративного клиента означает наличие у Корпоративного клиента согласия Конечного получателя на получение РИМ посредством SMS-сообщений от Корпоративного клиента. Согласие должно быть получено в форме, достаточной для идентификации Конечного получателя и подтверждения его волеизъявления на получение РИМ посредством SMS-сообщений от Корпоративного клиента, и должно в обязательном порядке содержать абонентский номер, по которому Конечный получатель дал согласие на получение РИМ через SMS-сообщения. Абонентский номер, по которому Конечный получатель дал согласие на получение РИМ через SMS-сообщения, должен быть указан в соответствии с международным форматом (например: +7 (9XX) XXX – XX – XX).

Пункт 5.14 Условий: В случае неподтверждения либо отзыва согласия Конечного получателя на получение РИМ посредством SMS-сообщений (рассылки) от Корпоративного клиента, Корпоративный клиент обязуется прекратить направление РИМ посредством SMS-сообщений такому Конечному получателю, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо об отзыве согласия Корпоративному клиенту от Оператора.

Пункт 5.15 Условий: Корпоративный клиент несет ответственность за полноту и достоверность предоставляемой Конечным получателям информации в РИМ. В случае если Конечному получателю была предоставлена информация в SMS-сообщении, причинившая последнему убытки и/или повлекшая причинение морального вреда, Корпоративный клиент обязуется возместить Конечному получателю в полном объеме убытки, а также моральный вред.

АО «Загрузка» представлена информация (вх. № 1777-ЭП/22 от 06.02.2023 электронная почта) что рассматриваемая рассылка осуществлялась в рамках исполнения договора № СМС-29/21 от 26.10.2021 года заключенного с ПАО Банк «ФК Открытие».

Указанным договором предусмотрено, что Исполнитель (АО «Загрузка») обязуется оказывать Заказчику (ПАО Банк «ФК Открытие») услуги по передаче сообщений Заказчика через оборудование Исполнителя с целью последующей передачи абонентам, а Заказчик обязуется принимать оказанные Исполнителем услуги и оплачивать их в соответствии с условиями Договора.

Пункт 2.2.6 Договора: Стороны отдельно оговорили, что Заказчик обязуется получить согласие абонентов, которым направляет сообщения Заказчика, на получение абонентами таких сообщений Заказчика в порядке и в форме, предусмотренной применимым законодательством.

Кроме того, пунктом 7 приложения № 1 к Договору сторонами согласовано, что услуги по формированию и отправке сообщений предоставляются при условии предоставления Заказчиком следующих гарантий: • Заказчик обязуется не использовать услуги для распространения ненужной получателю, незапрошенной последним информации, информации вида СПАМ.

Пунктом 28 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (утв. Постановление Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922) установлено, что лицами, участвующими в деле, являются стороны и заинтересованные лица.

Заинтересованными лицами могут быть лица, чьи права и законные интересы нарушены либо могут быть нарушены лицами, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также лица, на чьи права или обязанности по отношению к одной из сторон дела может повлиять принятое антимонопольным органом решение.

09.03.2023 года Башкортостанским УФАС России, в порядке части 2 статьи 36 Закона о рекламе возбуждено дело № 002/05/18-392/2023 по признакам нарушения требований ФЗ «О рекламе». К участию в деле привлечены:

• **Заявитель:**

- вх. № 92-ИП/23 от 09.01.2023.

• **Лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:**

- ПАО Банк «ФК Открытие» (ОГРН: 1027739019208, ИНН: 7706092528).

• **Заинтересованные лица:**

- ПАО «Мегафон» (ОГРН: 1027809169585, ИНН: 7812014560);

- АО «Загрузка» (ОГРН: 1057746396113, ИНН: 7703544582).

Рассмотрение дела назначено на 29.03.2023 года.

27.03.2023 года ПАО Банк «ФК Открытие» представлены письменные пояснения относительно рассматриваемых обстоятельств и сведения (документы и материалы) в рамках дела (вх. № 4650-ЭП/23 электронная почта).

29.03.2023 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-392/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе присутствовала:

- <...> (доверенность от 17.02.2021) – представитель ПАО Банк «ФК Открытие».

От АО «Загрузка» поступило ходатайство о рассмотрении дела без участия представителя юридического лица (вх. № 4651-ЭП/23 от 27.03.2023 электронная почта). Ходатайство удовлетворено.

Представителем ПАО Банк «ФК Открытие» озвучена позиция по делу, с признаками нарушения Общество несогласно по доводам, изложенным в пояснениях.

Кроме того, заявлено ходатайство об объединении дел № 002/05/18-391/2023 и 002/05/18-392/2023 в одно производство (вх. № 4650-ЭП/23 от 27.03.2023). По итогам рассмотрения ходатайства принято решение об отказе в его удовлетворении в силу поступления спорных сообщений в разное время и дату.

Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. продлить срок рассмотрения дела № 002/05/18-392/2023.

2. отложить рассмотрение дела на другую дату – 14.04.2023 года.

12.04.2023 года дополнительные материалы в рамках дела представлены ПАО Банк «ФК Открытие» (вх. № 5712-ЭП/23 электронная почта).

14.04.2023 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-

392/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе присутствовали:

- <...> (доверенность № 02АА 63279697 от 28.02.2023) – представитель Заявителя.

- <...> (доверенность от 17.02.2021) – представитель ПАО Банк «ФК Открытие».

Сторонами озвучена позиция по делу.

Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. отложить рассмотрение дела на другую дату – 10.05.2023 года.

Заявителем представлены дополнительные пояснения (вх. № 5909-ИП/23 от 17.04.2023 и 6180-ЭП/23 от 19.04.2023 электронная почта), а также заявлено ходатайство об истребовании доказательств.

10.05.2023 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-392/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе присутствовал:

- <...> (доверенность № 02АА 63279697 от 28.02.2023) – представитель Заявителя.

От ПАО Банк «ФК Открытие» поступило ходатайство об отложении рассмотрения дела для предоставления сведений в рамках дела (вх. № 7085-ЭП/23 от 05.05.2023).

Поступившее ходатайство Банка удовлетворено, также удовлетворено ранее поступившее ходатайство Заявителя (вх. № 6180-ЭП/23 от 19.04.2023 электронная почта).

Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. отложить рассмотрение дела на другую дату – 02.06.2023 года.

01.06.2023 года дополнительные пояснения представлены ПАО Банк «ФК Открытие» (вх. № 8469-ЭП/23 электронная почта).

02.06.2023 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-392/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе присутствовали:

- <...> (доверенность № 02АА 63279697 от 28.02.2023) – представитель Заявителя.

- <...> (доверенность от 17.02.2021) – представитель ПАО Банк «ФК Открытие».

Сторонами озвучена позиция, поддержаны доводы изложенные ранее.

Исследовав материалы дела, заслушав пояснения сторон, Комиссия пришла к выводу, что реклама, распространенная путем СМС 04.08.2022 года в 15:24 (время московское) на телефонный номер <...> от абонента с буквенным обозначением **ОТКРИТИЕ** следующего содержания:

«Кредит до 996 000 р., 5,5%. Доставка о р., open.ru/cr».

нарушает часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе». При этом Комиссия исходила из следующего.

В соответствии с пунктами 1, 2, 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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.

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.

Товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

По смыслу законодательного определения рекламой считается та информация, которая, во-первых, была распространена, во-вторых, адресована неопределенному кругу лиц, в-третьих, направляет внимание и интерес на объект рекламирования, в-четвертых, имеет цель продвинуть объект рекламы на рынок. Иными словами, реклама призвана выделить рекламируемый объект из ряда других объектов и привлечь к нему внимание, а также побуждать лиц из числа неопределенного круга, среди которых распространялась реклама, обратиться за приобретением товара.

Сотрудниками Башкортостанского УФАС России произведен осмотр сайта указанного в тексте СМС - *open.ru/cr* (осмотр с приложением фотоматериалов от 19.01.2023). Указанный сайт принадлежит ПАО Банк «ФК Открытие» (ОГРН: 1027739019208, ИНН: 7706092528) и содержит информацию об услугах и товарах Банка. Таким образом, содержание спорного СМС в том числе направлено на поддержание интереса к услугам ПАО Банк «ФК Открытие».

Частью 1 статьи 5 ФЗ «О рекламе» установлено, что реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

По мнению Банка, рассматриваемое сообщение представляет собой информацию, адресованную конкретному лицу, и не является рекламой. Кроме того, смс-сообщение содержит лишь сведения об оказываемых услугах и направлено на формирование представления именно этого адресата об имеющейся услуге, соответственно смс-сообщение носит информационный характер и не отвечает признакам рекламы.

С указанным доводом, Комиссия не согласна. Распространенная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками:

- распространена путем использования телефонной связи (отправки смс-сообщения на абонентский номер <...>).
- является общедоступной для восприятия неопределенного круга лиц и не является персонифицированной.
- направлена на привлечения внимания потребителей к услугам и товарам, предоставляемым соответствующим рекламодателем (Банк Открытие) и осуществляемой им деятельности и способствует формированию интереса к реализуемым товарам и их продвижение на рынке.
- объектом рекламирования выступает товар (услуги) – финансовые услуги, предоставляемые ПАО Банк «ФК Открытие», в частности услуги по кредитованию. Рассматриваемая информация формирует и поддерживает потребительский интерес к данному товару – «Кредит до 996 000 р., 5,5%. Доставка о р», что направлено на положительное выделение услуг Банка и стимулирование потенциальных

потребителей рекламы к обращению к данному хозяйствующему субъекту.

- целью распространения рекламы является увеличение спроса на рекламируемый товар (услуги).

Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту рекламирования для продвижения его на рынке, формирования к нему положительного отношения и закрепления его образа в памяти потребителя.

Рассматриваемая информация, направлена на привлечения внимания к конкретному банковскому продукту, кредиту, путем указания максимальной суммы и процентной ставки, а также упоминанием о бесплатной доставке. Указанные сведения формируют и поддерживают потребительский интерес к данному товару, такая информация в том числе, направлена на положительное выделение услуг ПАО Банк «ФК Открытие» и стимулирование потенциальных потребителей рекламы к обращению именно к данному хозяйствующему субъекту (в том числе ввиду указания ссылки на сайт Банка), а значит, направлена на продвижение на рынке.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер сообщения. 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.

Целью распространения смс-сообщения было не информирование потребителя об оказываемых услугах, а привлечение внимания к деятельности Банка по предоставлению банковских услуг путем указания отдельных привлекательных для потребителя характеристик услуги (в данном случае - кредитования).

В случае направления посредством смс-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 обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Антимонопольный орган отмечает, что смс-сообщение не содержит какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, либо иных данных позволяющих воспользоваться указанными условиями исключительно Заявителю.

В силу специфики способа распространения рекламы по сетям электросвязи следует исходить из возможности направления однообразных предложений с несколько отличающимися условиями разным абонентам. Уже сам факт формирования такой информации и направления ее адресату свидетельствует о цели организации по привлечению внимания к собственным услугам, в том числе путем предоставления определенных предложений, бонусов, скидок и т.п., формируемых на основании зарегистрированных в базе данных отдельных абонентов. Учитывая

развивающиеся технологии и возможности обработки значительного объема информации, в том числе об определенном абоненте, следует оценивать не только возможность неопределенного круга лиц воспользоваться отдельным предложением продавца, но и систематичность, массовость направления однотипных сообщений и их конечную цель.

В настоящем случае, оценивая содержание рассматриваемого сообщения, Комиссия пришла к выводу, об обобщенном характере услуги, что не позволяет вести речь о персонализированном предложении. Выборка смс-сообщений представленных Банком в материалы дела, которые были отправлены 19.07.2022 года и подтверждают факт отправки сообщений с иными условиями, неревалентна, так как, Общество само указывает, что условия, сформированные в рамках тарифов рассчитываются автоматически с учетом сведений о потенциальном заемщике, в том числе возраста, места жительства, гражданства, риск-грейда и т.д. Иными словами условия и предложения зависят от так называемой «целевой аудитории» и диапазон кредита (от 50 000 до 3 000 000 рублей) и размер процентной ставки (с 5,5% до 20,4% годовых с учетом страхования и с 18,70% до 26,00% без учета страхования) варьируется от перечисленных выше условий.

Таким образом, потенциальные клиенты Банка, которые принадлежат к одной целевой аудитории, получают смс-сообщения с одинаковыми условиями кредитования, о чем в том числе свидетельствуют примеры смс-сообщений от 19.07.2022 года содержащие идентичный набор условий, направленных разным клиентам. Подобная клиентоориентированность и способность видоизменять рекламу под конкретного получателя (клиента) представляется логичным развитием способов распространения рекламы и не может свидетельствовать о нерекламном характере.

Таким образом, данная информация является рекламой.

Частью 1 статьи 5 ФЗ «О рекламе» установлено, что реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Требования к рекламе, распространяющейся по сетям электросвязи, установлены статьей 18 Закона о рекламе.

Согласно части 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.

Каждый рекламодатель обязан соблюдать требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

При этом, из данной нормы закона следует, что отсутствие согласия абонента

на получение рекламы предполагается, если иное не доказано рекламодателем.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно, во-первых, относиться к конкретному рекламодателю либо рекламодателю, во-вторых – должно быть выражено явно.

Бремя доказывания наличия предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы по сетям электросвязи лежит на рекламодателе, при этом, заявитель не обязан доказывать факт отсутствия подобного согласия.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя (Постановление пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее – Пленум № 58).

В рассматриваемом случае под абонентом надлежит понимать владельца абонентского номера <...> (факт принадлежности номера заявителю подтвержден оператором связи ПАО «Мегафон»), который сообщил антимонопольному органу о том, о поступлении смс-сообщения с признаками нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Факт поступления указанного сообщения Заявителю, а также принадлежность буквенного обозначения «ОТКРИТИЕ» ПАО Банк «ФК Открытие» подтверждается материалами дела и сторонами не оспаривается.

В рамках дела установлена следующая цепочка лиц, участвующая в направлении данного сообщения: путем передачи от ПАО Банк «ФК Открытие» к АО «Загрузка», от него последовательно к ПАО «Мегафон» и абоненту (Заявителю).

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Из анализа договоров следует, что ответственность предусмотренная законодательством РФ за передачу сообщений возлагается на непосредственно на Заказчика рекламной рассылки.

В постановлении Верховного суда Российской Федерации от 30.03.2015 года при рассмотрении дела №305-АД15-1441 указано, что именно конечный заказчик рекламы (инициатор рассылки) является рекламодателем в силу положений Закона «О рекламе», если это прямо предусмотрено положениями договоров, заключенных с лицами, осуществляющими рассылку сообщений.

В указанном выше Постановлении Верховного суда также отмечено, что, если положениями договора предусмотрено, что именно заказчик является единственным

составителем всех SMS-сообщений, отправляемых в рамках договора, то есть именно он является рекламодателем и рекламораспространителем указанных сообщений, именно он определяет их конечных получателей (абонентов), а исполнитель лишь создает техническую возможность для отправки этих сообщений, то оператор связи не может рассматриваться как рекламораспространитель SMS-сообщений.

Обязанность по получению согласия и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе. При этом рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Таким образом, статус рекламораспространителя в случае распространения рекламных рассылок по сети электросвязи фактически имеет лицо, по чьей инициативе происходит рассылка, то есть, либо заказчик рассылки, инициировавший рекламную рассылку в рамках соответствующего договора на осуществление рассылки, либо, непосредственно, сам оператор связи, если рассылка происходит по его инициативе.

В данном случае, АО «Загрузка», и ПАО «Мегафон» не участвуют в определении получателя, содержания, времени отправки, круга получателей СМС-рассылки, а также иных характеристик смс-сообщений. Указанные лица, предоставляют техническую возможность для отправки сообщений ПАО Банк «ФК Открытие».

Материалами дела установлено, и Обществом не оспаривается, что ПАО Банк «ФК Открытие» выступило инициатором отправки рассматриваемого смс-сообщения, и именно на данный субъект возложена обязанность по получению и доказыванию факта наличия согласия абонента на получение рекламы.

В части получения согласия от владельца абонентского номера ПАО Банк «ФК Открытие» сообщено:

«16.04.2015 в ПАО «Ханты-Мансийский банк Открытие» (ПАО Банк «ФК Открытие» правопреемник ПАО «Ханты-Мансийский банк Открытие») обратился <...> (далее - Клиент/Вкладчик) с заявлением на открытие срочного банковского вклада № (далее - «Заявление», копию прикладываем).

Одновременно Вкладчик выразил согласие на получение от Банка коммерческих предложений путем проставления соответствующей отметки в пп. 2 п. 3 Заявления, что подтверждается его собственноручной подписью в Заявлении.

19.04.2017 договор срочного банковского вклада № расторгнут, однако согласие на получение коммерческих предложений не было отозвано Клиентом. Обращения Клиента в Банк об отзыве согласия на получение коммерческих предложений, в т.ч. письменной форме, отсутствует, при этом согласие на получение коммерческих предложений с расторжением договора не прекращается».

Проанализировав заявление на открытие срочного банковского вклада физического лица № от 16.04.2015 года, Комиссия отмечает.

Данное заявление содержит раздел, в котором проставлена галочка - «Согласен(а) с направлением мне Банком коммерческих предложений», однако подпись вкладчика под данным разделом отсутствует. Кроме того, оценивая представленное заявление, Комиссия обращает внимание, что галочка в графе «Согласен(а) с направлением мне Банком коммерческих предложений» могла быть

проставлена автоматически. Также, в конце рассматриваемого заявления, имеется собственноручная запись с подписью, в котором вкладчик отозвал согласие на обработку персональных данных.

Таким образом, указанное заявление не может выступать доказательством получения предварительного согласия на направление рекламных сообщений.

Не может выступать таким доказательством и письменное обращение Заявителя с указанием номера телефона, которое было направлено в ПАО «Росгосстрах Банк»

«<...> направлял в ПАО «Росгосстрах Банк» письменное обращение (прилагается) с указанием телефонного номера . Данный телефонный номер числился в базе данных ПАО «Росгосстрах Банк» (ПАО Банк «ФК Открытие» правопреемник ПАО «РГС Банк»).

В ходе реорганизации произошло объединение баз данных, что и стало источником получения Банком вышеуказанного телефонного номера <...>

Ознакомившись с указанным письменным обращением <...> в адрес ПАО «РГС Банк», Комиссия отмечает, что контактные данные, указанные в данном обращении, в частности номер телефона - <...>, представлены лицом в целях получения от Банка обратной связи непосредственно по тем вопросам, которые изложены в нем, но никак не в целях направления какой-либо иной информации, включая рекламные сообщения.

Предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте части 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

На основании изложенного, ПАО Банк «ФК Открытие» распространена реклама без согласия абонента на получение рекламы, что является нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе. Учитывая данное обстоятельство, содержание указанного рекламного сообщения на признаки нарушения иных статей ФЗ «О рекламе» не исследовано, так как юридическим лицом нарушено требование способа распространения рекламы по сетям электросвязи.

ПАО Банк «ФК Открытие» также отмечено, что ранее Башкортостанским УФАС России юридическое лицо было привлечено к административной ответственности (дело № 002/04/14.3-2043/2022 от 29.11.2022) за рассылку сообщения на адрес <...>. По мнению Банка, уполномоченным органом уже принято решение по факту, явившимся основанием для возбуждения настоящего дела, что исключает нарушение со стороны хозяйствующего субъекта.

Принимая во внимание то обстоятельство, что рассматриваемое рекламное сообщение поступило на абонентский номер <...> в иную дату и время, а также с иным содержанием, оно выступает самостоятельным фактом распространения рекламы, что является основанием для возбуждения и рассмотрения дела по признакам нарушения Закона о рекламе в соответствии с Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения

законодательства Российской Федерации о рекламе (утв. Постановлением Правительства РФ 24.11.2020 N 1922).

В части несоответствия проводимой проверки требованиям Постановления Правительства Российской Федерации от 10.03.2022 № 336 «Об особенностях организации и осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля», Управление ФАС по Республике Башкортостан отмечает.

Согласно части 1 статьи 33 Федерального закона «О рекламе» антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий:

- 1) федеральный государственный контроль (надзор) в сфере рекламы;
- 2) возбуждение и рассмотрение дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

При этом в силу пункта 4 части 3 статьи 1 Федерального закона от 31.07.2020 № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» для целей данного Закона к государственному контролю (надзору), муниципальному контролю не относится рассмотрение дел о нарушении законодательства о рекламе.

На основании изложенного, действие Постановления Правительства РФ от 10.03.2022 № 336 «Об особенностях организации и осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля» не распространяется на порядок возбуждения и рассмотрения дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в соответствии с частью 7 статьи 38 данного Закона, возложена на рекламодателя.

Рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Закона о рекламе).

Материалами дела установлено, что ПАО Банк «ФК Открытие» выступило рекламодателем указанной рекламы. Данный факт Обществом не оспаривается.

Согласно пункту 49 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.

Комиссией принято решение предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ПАО Банк «ФК Открытие» не выдавать, так как Обществом представлены пояснения и сведения, о том, что с 20.09.2022 года установлен запрет на рассылки в адрес Заявителя (в том числе на телефонный номер <...>). Также Комиссия учитывает то обстоятельство, что каждое направление рекламы по сетям электросвязи выступает самостоятельным фактом

распространения рекламы, в связи с чем выдача предписания по уже распространенному смс-сообщению, нецелесообразна.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 42-48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО Банк «ФК Открытие» рекламораспространителем рекламы.

2. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную путем смс-сообщения 04.08.2022 года в 15:24 (время московское) на телефонный номер <...> от абонента с буквенным обозначением **ОТКРИТИЕ**, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

3. Предписание о прекращении нарушений требований законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать в связи с отсутствием оснований для его выдачи.

4. Передать материалы дела для возбуждения административного производства, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>