

ОАО «СМАРТС»

ул. Дачная, д. 2, корпус 2,

г. Самара, 443013

ООО «БИФРИ»

ул. Лодейнопольская, д. 5, литера А,

г. Санкт-Петербург, 197110

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-01/21-14

«20» ноября 2014 года г. Ярославль

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

председатель Комиссии – заместитель руководителя управления Завьялов М.Ф.,

члены Комиссии: начальник отдела естественных монополий и рекламы Ярославского УФАС России Бай-Бородина Л.Ю., ведущий специалист-эксперт Ивнева М.Б., специалист-эксперт Солодяшкина С.Д.,

рассмотрев дело № 04-01/21-14, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту получения гражданином С. 21.10.2013 г. в 14:07 на номер его мобильного телефона <...> смс-сообщения рекламного характера: «Кредит от 17,9 до 28,9% до 5 лет, до 750 тыс. руб, без залога. Кредитуем пенсионеров. ОАО Банк Западный www.zapad.ru 8(800)100-99-91», без согласия абонента на его получение,

УСТАНОВИЛА:

Открытое акционерное общество «СМАРТС» (далее – ОАО «СМАРТС») и Общество с ограниченной ответственностью «БИФРИ» (далее – ООО «БИФРИ»), привлеченные в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, на рассмотрение дела уполномоченных представителей не направили, о дате, времени и месте рассмотрения дела извещены надлежащим образом. В соответствии с пунктом 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 г. № 508, Комиссией принято решение о рассмотрении дела в отсутствие представителей указанных лиц.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области поступило заявление физического лица, проживающего в г. Москве, направленное из ФАС России для рассмотрения в соответствии с пунктом 6 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 г. № 508 (вх. № 11014 от 27.11.2013).

Заявитель сообщает о том, что 21.10.2013 в 14:07 на номер его мобильного телефона <...> поступило нежелательное смс-сообщение (реклама) с номера zapad.bank и содержало следующий текст: «Кредит от 17,9 до 28,9% до 5 лет, до 750 тыс. руб, без залога. Кредитуем пенсионеров. ОАО Банк Западный www.zapad.ru 8(800)100-99-91».

Заявитель считает распространение данной рекламы нарушением Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее ФЗ «О рекламе»), поскольку не давал своего согласия на ее получение.

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.

Кроме того, согласно части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Согласно сведений, предоставленных ОАО «ВымпелКом», абонентом которого является заявитель, смс-сообщение поступившее 21.10.2013 в 14:07 было направлено с номера 9023708085. В соответствии с выпиской из реестра Российской системы и плана нумерации Федерального агентства связи данный номер выделен ОАО «СМАРТС».

Дело № 04-01/21-14 возбуждено по признакам нарушения части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в отношении ОАО «СМАРТС».

ОАО «СМАРТС» в письменных пояснениях от 04.03.2014 № 1-1043 на определение о возбуждении дела № 04-01/21-14 (исх. № 610-04/01 от 27.01.2014) сообщило, что смс-сообщение 21.10.2013 г. в 14:07 отправлено ООО «БИФРИ», с которым у ОАО «СМАРТС» заключен договор № 0908/2012/01-02-04-01-876 от 09.08.2012 г., в соответствии с которым ОАО «СМАРТС» является Исполнителем, а ООО «БИФРИ» - Заказчиком. В рамках предоставления услуг по договору № 01-02-04-01-876 от 09.08.2012 г. ОАО «СМАРТС» организует для ООО «БИФРИ» доступ к оборудованию SMS-центра по smpp-протоколу, далее информационную смс-рассылку осуществляет Заказчик с помощью своего программного комплекса по собственной абонентской базе, все адресаты которой на основании пункта 3.2.2 договора должны дать согласие на получение информационных смс-сообщений. ОАО «СМАРТС» согласно пункта 5.4 вышеуказанного договора с ООО «БИФРИ» не

является создателем (изготовителем) и распространителем смс-сообщений, начиная с момента подготовки текста, его редактирования и заканчивая отправкой абонентам. Все поступившие от абонентов заявления на отказ от получения информационных смс-сообщений перенаправляются Заказчику с требованием о прекращении распространения смс-сообщений на их номера, в противном случае на основании пункта 5.7 договора Исполнитель имеет право приостановить предоставление услуг.

Определением об отложении и продлении срока рассмотрения дела № 04-01/21-14 от 25.02.2014 к участию в рассмотрении дела привлечено ООО «БИФРИ» в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

ООО «БИФРИ» в письменных пояснениях от 17.03.2014 № 1703/2014-03 сообщило, что является техническим провайдером, предоставляющим своим клиентам возможность осуществления отправки смс-сообщений через выделенные операторами сотовой связи номера и идентификаторы путем заключения договоров возмездного оказания услуг. ООО «БИФРИ» заключен договор № SMSD0706/13-01ТО от 07.06.2013 с ИП Тимофеевой Е.П., на основании которого ООО «БИФРИ» приняло на себя обязательство по оказанию ИП Тимофеевой Е.П. услуг по обработке и передаче смс-сообщений, формируемых ИП Тимофеевой Е.П., до SMS-центра оператора с целью их последующей передачи абонентам. В рамках данного договора ИП Тимофеевой Е.П. был выделен аккаунт на сайте www.smsdirect.ru (далее – Сайт), администратором которого является ООО «БИФРИ», в результате чего ИП Тимофеева Е.П. получила посредством Сайта ООО «БИФРИ» производить со своего оборудования смс-рассылку путем ручного набора смс-сообщений и номеров абонентов, в том числе, направлять смс-сообщения с любым текстом конкретным адресатам на конкретные телефонные номера при условии соблюдения условий договора и действующего законодательства. Таким образом, рассылка смс-сообщений может осуществляться только путем ручного набора сообщений и абонентских номеров. При этом в соответствии с дополнительным соглашением № 1 к договору ИП Тимофеевой Е.П. был выделен логин «Pscb» для доступа к Сайту и отправки смс-сообщений. Согласно пункта 2.3 Договора ИП Тимофеева Е.П. приняла на себя обязательство по получению согласия от абонентов на направление им смс-сообщений, при этом ответственность за содержание смс-сообщений перед третьими лицами и факт их передачи по заданию ИП Тимофеевой Е.П. в рамках оказания услуг, лежит исключительно на ИП Тимофеевой Е.П. согласно пункта 5.3 Договора. ООО «БИФРИ» не является рекламораспространителем в связи с тем, что текст сообщений, направляемых ООО «БИФРИ» на оборудование оператора сотовой связи для последующей передачи абонентам в форме смс-сообщений, формируется ИП Тимофеевой Е.П. самостоятельно, и не проверяется ООО «БИФРИ». Кроме того, ООО «БИФРИ» также не выбирает конечного получателя информации, содержащейся в смс-сообщении, формируемом ИП Тимофеевой Е.П. Согласно полученной ООО «БИФРИ» от ИП Тимофеевой Е.П. информации, ИП Тимофеева Е.П. состоит в договорных отношениях с ОАО «Петербургский Социальный Коммерческий Банк» (далее – Банк). Вышеперечисленный ряд договоренностей позволяет ИП Тимофеевой Е.П. направлять смс-сообщения рекламного характера абонентам, воспользовавшимся услугами терминала самообслуживания Банка (далее – Терминал) и тем самым предоставившим свое согласие на смс-рассылку. В

каждом Терминале Банка размещена публичная оферта на заключение договора оказания услуг по осуществлению переводов денежных средств (далее-Оферта). Согласно пункта 3.4 Оферты пользователь Терминала дает свое согласие на передачу (распространение, предоставление, доступ) Банком персональных данных абонентов третьим лицам при наличии заключенного между Банком и такими третьими лицами договора. В соответствии с пунктом 3.5 Оферты пользователь также дает согласие на получение от третьих лиц смс-сообщений на его телефонный номер <...> в том числе в целях получения рекламной информации от третьих лиц. Факт получения согласия Абонента телефонного номера +79057693667 подтверждается справкой, предоставленной ИП Тимофеевой Е.П., в соответствии с которой 15.09.2013 года в 19:35 Абонент предоставил свое согласие на получение на свой абонентский номер сообщений рекламного характера. Предоставлен договор № SMSD0706/13-01ТО от 07.06.2013 г., заключенный между ООО «БИФРИ» и ИП Тимофеевой Е.П., справка из системы статистического учета приема-передачи сообщений ООО «БИФРИ» по рассматриваемому сообщению, информационное письмо ИП Тимофеевой Е.П., распечатка Оферты на заключение договора оказания услуг по осуществлению переводов денежных средств и обеспечению информационного и технологического взаимодействия между участниками расчетов посредством терминала самообслуживания.

Производство по делу приостанавливалось до установления местонахождения лица, осуществившего распространение 21.10.2013 в 14:07 на номер его мобильного телефона <...> смс-сообщения следующего содержания: «Кредит от 17,9 до 28,9% до 5 лет, до 750 тыс. руб, без залога. Кредитуем пенсионеров. ОАО Банк Западный www.zapad.ru 8(800)100-99-91».

Согласно Выписке из Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей Индивидуальный предприниматель Тимофеева Елена Петровна прекратила деятельность в качестве индивидуального предпринимателя с 08.05.2014 г.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к следующему выводу.

Согласно статье 3 ФЗ «О рекламе» реклама - это информация, распространяемая 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. 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.

Распространенная по сетям электросвязи 21.10.2013 в 14:07 на номер мобильного телефона <...> информация «Кредит от 17,9 до 28,9% до 5 лет, до 750 тыс. руб, без залога. Кредитуем пенсионеров. ОАО Банк Западный www.zapad.ru 8(800)100-99-91» отвечает вышеперечисленным требованиям рекламного законодательства, следовательно, является рекламой, объектом рекламирования в которой являются услуги по предоставлению кредитов Открытого акционерного общества Банка «Западный».

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.

Частью 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлен запрет на использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

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

ОАО «ВымпелКом» предоставило сведения о том, что абонентом телефонного номера <...>, на который поступило рассматриваемое смс-сообщение, является заявитель, а также детализацию смс-сообщений, согласно которой 21.10.2013 в 14:07 поступило смс-сообщение на номер <...>.

Согласно скриншота, предоставленного заявителем, на номер его мобильного телефона 21.10.2013 в 14:07 поступило смс - сообщение «Кредит от 17,9 до 28,9% до 5 лет, до 750 тыс. руб, без залога. Кредитуем пенсионеров. ОАО Банк Западный www.zapad.ru 8(800)100-99-91» от zapad.bank через SMS-центр: +79023708085.

В соответствии с выпиской из реестра Российской системы и плана нумерации Федерального агентства связи данный номер выделен оператору связи ОАО «СМАРТС».

ОАО «СМАРТС» заключен договор № 0908/2012/01-02-04-01-876 от 09.08.2012 г. (далее – Договор) с ООО «БИФРИ», в соответствии с которым ОАО «СМАРТС» является Исполнителем, а ООО «БИФРИ» - Заказчиком. В рамках предоставления услуг по Договору ОАО «СМАРТС» обязалось по заданию ООО «БИФРИ» предоставить услуги по созданию информационного канала с использованием аппаратно-программных средств Исполнителя, а Заказчик обязался услуги принять и оплатить.

В соответствии с Договором рассылку смс-сообщений осуществляет Заказчик с помощью своего программного комплекса. В соответствии с пунктом 3.2.2 Договора Заказчик обязался не использовать свои программные средства и оборудование Исполнителя для передачи SMS-СПАМа, то есть абонентам, не давшим согласие на получение сообщений рекламного характера. Пунктом 3.2.3 Договора установлено, что Заказчик обязан не рассылать смс-сообщения на адреса, полученные методом перебора абонентских телефонных номеров.

Приложение № 1 к договору № 0908/2012/01-02-04-01-876 от 09.08.2012 г. содержит тариф «SMS для бизнеса», в соответствии с которым Исполнитель выставляет Заказчику счет на оплату услуг, оказанных по настоящему договору, по тарифу согласно совокупному объему доставленных смс-сообщений за календарный месяц, отправляемых на сотовые телефоны абонентов (Пользователей) российских

операторов связи. Количество доставленных за отчетный период смс-сообщений может составлять от 1 до 100 000, от 100 000 до 1 000 000, от 1 000 000 до 5 000 000, от 5 000 000 до 20 000 000, от 20 000 000 и более.

В соответствии с приложением № 2 к договору № 0908/2012/01-02-04-01-876 от 09.08.2012 г. ОАО «СМАРТС» и ООО «БИФРИ» подписывают акт оказанных услуг за определенный период, где устанавливается количество и качество оказанных Исполнителем услуг по передаче смс-сообщений Заказчику – ООО «БИФРИ».

Пункт 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» определяет рекламораспространителя как лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии частью 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» ООО «БИФРИ» является рекламораспространителем, поскольку используя технические средства оператора связи ОАО «СМАРТС» осуществило распространение 21.10.2013 в 14:07 рекламы «Кредит от 17,9 до 28,9% до 5 лет, до 750 тыс. руб, без залога. Кредитуем пенсионеров. ОАО Банк Западный www.zapad.ru 8(800)100-99-91» посредством использования подвижной радиотелефонной связи на номер мобильного телефона <...>.

Кроме того, по мнению Комиссии, при распространении рассматриваемой рекламы рекламораспространителем ООО «БИФРИ» допущено нарушение части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» не допускающей использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки), поскольку рассылка осуществлялась автоматически по базам, сформированным на технических средствах ООО «БИФРИ» третьим лицом.

Доводы ООО «БИФРИ» о том, что рекламораспространителем является не ООО «БИФРИ», а ИП Тимофеева Е.П. не могут быть приняты Комиссией, поскольку это противоречит заключенному с ОАО «СМАРТС» Договору, согласно которому именно ООО «БИФРИ» является Заказчиком, обязавшемся соблюдать требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», то есть осуществлять смс-рассылку рекламного характера только с предварительного согласия абонента, а также части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе», то есть не использовать сети электросвязи для распространения рекламы с применением автоматической рассылки.

Представленные в материалы дела документы в отношении ИП Тимофеевой Е.П. не свидетельствуют об отсутствии вины ООО «БИФРИ» как рекламораспространителя, поскольку ИП Тимофеева Е.П. не является Заказчиком по договору с оператором связи ОАО «СМАРТС», на основании которого осуществлялось распространение рассматриваемой рекламы по сетям электросвязи. Согласно договору, заключенного между ООО «БИФРИ» и ИП Тимофеевой Е.П., общество приняло на себя обязательство по оказанию ИП Тимофеевой Е.П. услуг по обработке и передаче смс-сообщений, формируемых ИП Тимофеевой Е.П., до SMS-центра оператора с целью их последующей передачи абонентам, то есть осуществлять действия по рассылке смс-сообщений посредством использования SMS-центра оператора.

ИП Тимофеева Е.П., участвовавшая в распространении рассматриваемой

рекламы, к участию в рассмотрении дела не привлекалась, поскольку прекратила деятельность в качестве индивидуального предпринимателя с 08.05.2014 г.

По мнению Комиссии не могут быть приняты в качестве доказательства предварительного согласия абонента на получение рекламы, распространяемой по сетям электросвязи, доводы о том, что заявитель, получивший рассматриваемое смс-сообщение 21.10.2013 г., воспользовавшись услугами терминала самообслуживания ОАО «Петербургский Социальный Коммерческий Банк» 15.09.2013 г. при перечислении суммы платежа 100 рублей, тем самым предоставил свое согласие на смс-рассылку на основании размещенной в Терминале публичной оферты на заключение договора оказания услуг по осуществлению переводов денежных средств, согласно пункта 3.5 которой пользователь Терминала дает свое согласие на получение от третьих смс-сообщений на его телефонный номер <...> в том числе в целях получения рекламной информации от третьих лиц. Исходя из предоставленных в материалы дела документов установить лицо, воспользовавшееся услугами терминала не представляется возможным, отсутствует подпись заявителя, подтверждающая его согласие на подобную рассылку. Кроме того, в рассматриваемом в рамках данного дела заявлении сообщается, что согласия на смс-рассылку рекламного характера заявитель не давал.

Комиссией не установлено в действиях ОАО «СМАРТС» нарушения требований частей 1 и 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе». ОАО «СМАРТС» в рамках заключенного с ООО «БИФРИ» Договора, обязалось, как оператор связи, обеспечить функционирование своего комплекса аппаратно-программных средств, оказывать поддержку по его эксплуатации, оказывать услуги связи по обеспечению отправки смс-сообщений Абонентам с указанием обратного номера Заказчика. Следовательно, оператор связи не может являться рекламораспространителем. В связи с чем, дело в отношении ОАО «СМАРТС» подлежит прекращению.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу «Кредит от 17,9 до 28,9% до 5 лет, до 750 тыс. руб, без залога. Кредитуем пенсионеров. ОАО Банк Западный www.zapad.ru 8(800)100-99-91», поступившую 21.10.2013 в 14:07 на номер мобильного телефона <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе»
2. Выдать ООО «БИФРИ» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ярославского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

4. Дело № 04-01/21-14 в отношении ОАО «СМАРТС» прекратить.

Решение изготовлено в полном объеме «28» ноября 2014 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии _____ М.Ф.Завьялов

Члены Комиссии _____ Л.Ю. Бай-Бородина

_____ М.Б. Ивнева

_____ С.Д. Солодяшкина

ООО «БИФРИ»

ул. Лодейнопольская, д. 5, литера А,

г. Санкт-Петербург, 197110

28.11.2014 № 18079/04-01

ПРЕДПИСАНИЕ по делу № 04-01/21-14
О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

«20» ноября 2014 года г. Ярославль

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии – заместитель руководителя управления Завьялов М.Ф.,

члены Комиссии: начальник отдела естественных монополий и рекламы Ярославского УФАС России Бай-Бородина Л.Ю., ведущий специалист-эксперт Ивнева М.Б., специалист-эксперт Солодяшкина С.Д.,

на основании своего решения от «20» ноября 2014 года по делу № 04-01/21-14 о признании ненадлежащей рекламы «Кредит от 17,9 до 28,9% до 5 лет, до 750 тыс. руб, без залога. Кредитуем пенсионеров. ОАО Банк Западный www.zapad.ru 8(800)100-99-91», поступившей 21.10.2013 в 14:07 на номер мобильного телефона <... >, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе», и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ООО «БИФРИ», адрес местонахождения: 197110, г. Санкт-Петербург, ул. Лодейнопольская, д. 5, литера А, в 5-дневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы, с применением набора абонентского номера без участия человека (автоматической рассылки).
2. ООО «БИФРИ» представить в Ярославское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до «29» декабря 2014 года.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Управление Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области вправе в соответствии с пунктом 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на должностных лиц штраф в размере от двенадцати тысяч до двадцати тысяч рублей, на юридических лиц - от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

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

Председатель Комиссии _____ М.Ф. Завьялов

Члены Комиссии _____ Л.Ю. Бай-Бородина

_____ М.Б. Ивнева

_____ С.Д. Солодяшкина