

## РЕШЕНИЕ

### по делу № 219/2013-Р

«16» декабря 2013г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Рязанской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе, в составе <...>,

рассмотрев дело № 219/2013-Р по признакам нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе по факту распространения смс-рекламы: *«Хорошие новости! Аппетитные кредиты под 0% годовых без процентов и переплат сроком до 4 месяцев! Подавайте заявку прямо сейчас по т. 8-800-100-7-100 (доб.2, звонок бесплатный) или на сайте www.express-bank.ru. С уважением, ОАО «Восточный экспресс банк»* на телефонный номер <...> в отсутствие рекламораспространителя – ОАО «Восточный экспресс банк», уведомленного надлежащим образом о месте и времени рассмотрения дела (согласно уведомлению о вручении почтовое отправление № 39097168313358 вручено 28.11.2013г.), заявителя – <...>, уведомленной о месте и времени рассмотрения дела по электронной почте,

#### УСТАНОВИЛА:

В адрес Рязанского УФАС России 10.07.2013г. поступило заявление от <...> (вх. №2373эс) о распространении 10.07.2013 г. на ее мобильный номер <...> смс-сообщения: *«Хорошие новости! Аппетитные кредиты под 0% годовых без процентов и переплат сроком до 4 месяцев! Подавайте заявку прямо сейчас по т. 8-800-100-7-100 (доб.2, звонок бесплатный) или на сайте www.express-bank.ru. С уважением, ОАО «Восточный экспресс банк».*

В поле «От» значилось VOSTOCHNY.

<...> является абонентом сотового оператора «Мегафон» (ОАО «Мегафон»), согласно заключенному договору об оказании услуг связи <...>.

Поскольку телефонный номер заявителя закреплен за ОАО «Мегафон», для установления рекламораспространителя Рязанским УФАС России был направлен запрос (от 31.07.2013г. исх. №2093) в Рязанское региональное отделение Центрального филиала ОАО «Мегафон».

Согласно данным, представленным Рязанским региональным отделением Центрального филиала ОАО «Мегафон» (от 01.08.2013г. вх. №2617) смс-сообщение на номер <...> 10.07.2013 г. в 10:34 поступило с смс-центра <...>, принадлежащего ОАО «Вымпел-Коммуникации» (г.Москва).

Из объяснений ОАО «Вымпел-Коммуникации» (г. Рязань) (от 16.08.2013г. вх. №2785) следует, что указанное смс-сообщение было направлено ООО «ИнфоБип» (г. Москва). Между ОАО «Вымпел Коммуникации» (Оператор) и ООО «ИнфоБип» (Абонент) 20.06.2011 г. заключен договор об оказании услуг связи <...>, а также дополнительное соглашение №1 от 20.06.2011 г. (далее - Соглашение) к указанному договору. Предметом Соглашения является оказание Абоненту услуг по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений (SMS) от Абонента к

Пользователю (абоненту сети сотовой радиотелефонной связи Оператора либо других операторов подвижной связи). В соответствии с п. 4.10 Соглашения, Абонент обязался не использовать выделенные номера доступа и подключение к оборудованию Оператора с целью организации спама. Согласно Соглашению, услуга рассылки SMS-сообщений осуществляется на основе платформы Абонента и предоставляется только юридическим лицам, с каждым из которых Абонент заключает договор оказания услуг, в котором прописана ответственность заказчика за рассылку СПАМ-сообщений. Пунктом 4.18 Соглашения также предусмотрено, что Абонент обязуется осуществлять смс-рассылки (без предварительного смс-запроса Пользователя) только при наличии согласия Пользователя, подтвержденного документально. За содержание передаваемой и (или) принимаемой абонентами по сети подвижной связи голосовой и (или) неголосовой информации Общество как оператор связи ответственности не несет.

Определением о возбуждении дела № 219/2013-Р по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ООО «ИнфоБип» было привлечено в качестве рекламораспространителя. Рассмотрение дела назначено на 07.10.2013г.

Указанным определением у ООО «ИнфоБип» были затребованы следующие документы и сведения:

- Копии учредительных документов;
- Приказ о назначении на должность директора ООО «ИнфоБип»;
- Копия бухгалтерской отчетности за последний отчетный период;
- Мотивированное письменное объяснение по факту нарушения рекламного законодательства;
- Копия письменного согласия <...> на получение рекламных смс-сообщений от ООО «ИнфоБип».

В качестве заинтересованного лица к рассмотрению дела привлечено ОАО «Восточный экспресс банк».

У ОАО «Восточный экспресс банк» затребованы следующие документы и сведения:

- Копия согласия <...> на получение рекламных смс-сообщений от ОАО «Восточный экспресс банк»;
- Копия договора с рекламораспространителем на распространение рекламы со всеми приложениями;
- Копия типового кредитного договора с условиями, указанными в содержании рекламного смс-сообщения.

В соответствии с определением о возбуждении дела № 219/2013-Р ОАО «Восточный экспресс банк» 02.10.2013г. вх. №3396 представило письменное объяснение из которого следует, что договор с организацией ООО «ИнфоБип», от которой на телефонный номер <...> поступило смс-сообщение банк заключал, рекламу у ООО

«ИнфоБип» не размещал, поручений о распространении рекламы не давал. Типовая форма кредитного договора не содержит в себе условий, указанных в содержании рекламного смс-сообщения, данные условия содержатся в тарифном плане «Кредитная карта «Аппетитный кредит».

В связи с неявкой представителя ООО «ИнфоБип» на рассмотрение дела 07.10.2013г., а также отсутствием у Комиссии сведений о своевременном извещении ООО «ИнфоБип» о месте и времени рассмотрения дела и невозможностью рассмотрения дела Комиссия приняла решение об отложении данного дела на 29.10.2013г.

Определением об отложении дела № 219/2013-Р от 07.10.2013г. у ОАО «Восточный экспресс банк» были запрошены копии всех имеющихся договоров на распространение смс-рекламы с иными организациями.

В Рязанское УФАС России 29.10.2013г. (вх. 3724э) ООО «ИнфоБип» представило объяснение, из которого следует, что ООО «ИнфоБип» (ранее – «ООО «Телематик») оказывает услуги по приему и передаче электронных сообщений – sms, являясь технологическим посредником между заказчиками – рекламодателями и рекламодателями согласно смыслу ст. 3 ФЗ «О рекламе». ООО «ИнфоБип» является оператором связи по смыслу ст. 2 ФЗ «О связи», получив в установленном ст. 30 закона о связи порядке лицензию <...> от 04.12.2012 на оказание телематических услуг связи. В соответствии со статьей 63 закона о связи «на территории Российской Федерации» гарантируется тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи». Пункт 2 данной статьи указывает, что «операторы связи обязаны обеспечить соблюдение тайны связи». ООО «ИнфоБип» в указанном случае имеет договорные отношения с ЗАО «Связной Загрузка» (коммерческое обозначение Загрузка, [www.zagruzka.com](http://www.zagruzka.com)), заказчиком по договору оказания услуг <...> от 01.07.2010г. Согласно условиям договора оказания услуг заключенного между ООО «ИнфоБип» и ЗАО «Связной Загрузка» (пункт 2.6 договора) Заказчик обязуется не использовать права и (или) технические возможности, полученные в соответствии с договором, для осуществления действий запрещенных законодательством РФ (таких как проведение азартных игр, направление абонентам информации без согласия последних на ее получение и т.д.). Также заказчик по договору вправе самостоятельно определять имя отправителя, текст сообщения и иные свойства сообщения. Вместе с тем, согласно ранее данным пояснениям, представленным ЗАО «Связной Загрузка», именно данная организация имеет договорные отношения с ОАО «Восточный экспресс банк» в виде заключенного договора оказания услуг по приему и передаче электронных сообщений – sms. Таким образом, согласно ранее представленной информации, именно ЗАО «Связной Загрузка» действовало по поручению ОАО «Восточный экспресс банк».

ООО «ИнфоБип» считает, что именно данные организации являются рекламодателем и рекламодателем согласно законодательству о рекламе.

ООО «ИнфоБип» просит привлечь в качестве лица, участвующего в деле ЗАО «Связной загрузка» (ИНН 7703544582), а также рассмотреть данное дело без участия представителя ООО «ИнфоБип».

В соответствии с определением об отложении рассмотрения дела № 219/2013-Р от 07.10.2013г. ОАО «Восточный экспресс банк» 28.10.2013г. предоставил копии всех имеющихся договоров на распространение смс-рекламы, в том числе и договоры: <...> от 06.12.2010г., <...> от 01.05.2011г. с приложениями с ЗАО «Связной Загрузка».

В связи с заменой ненадлежащего лица - ООО «Инфобип», надлежащим - ЗАО «Связной Загрузка» 29.10.2013г., Комиссией было принято решение об отложении рассмотрения дела на 20.11.2013г.

ОАО «Восточный экспресс банк» 15.11.2013г. (вх. №3936э) по факту заключения договора с ЗАО «Связной Загрузка» представил письменное пояснение, из которого следует, что 06.12.2010г. между банком и ЗАО «Связной Загрузка» заключен договор <...>, предметом которого является оказание услуг исполнителем (ЗАО «Связной Загрузка») заказчику (ОАО «Восточный экспресс банк») в части осуществления передачи смс-сообщений от банка посредством технических и программных средств исполнителя абонентам операторов сотовой связи и осуществления мониторинга и технической поддержки в процессе оказания услуг.

От ЗАО «Связной Загрузка» 19.11.2013г. (вх. №3979э) поступило пояснение, из которого следует, что ЗАО «Связной Загрузка» по заказу ОАО «Восточный экспресс банк» оказывает технологические услуги по передаче смс-сообщений через технические и программные средства ЗАО «Связной Загрузка» в рамках исполнения договора <...> от 06 декабря 2010г. (далее – договор). В соответствии с условиями договора ОАО «Восточный экспресс банк» обязуется не инициировать и не осуществлять отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ (рассылка смс-сообщений рекламного или иного характера, которая инициирована без согласия абонентов и/или вводящая абонентов в заблуждение относительно характера таких смс-сообщений или их отправителя), при этом ответственность за содержание смс-сообщений в любом случае несет ОАО «Восточный экспресс банк» (пункты 3.1.3, 7.2 договора). ОАО «Восточный экспресс банк» самостоятельно рассматривает претензии третьих лиц, связанные с инициированной ОАО «Восточный экспресс банк» рассылкой, а также осуществляет предоставление документов, подтверждающих согласие абонентов на получение смс-сообщений.

Технологически ОАО «Восточный экспресс банк» (заказчик по договору) подключен к платформе ЗАО «Связной Загрузка» (исполнитель) через протокол SMPP3.4, который не подразумевает какую-либо проверку смс-сообщений, их получателей исполнителем, а только пересылает смс-сообщения, сформированные заказчиком по указанным заказчиком в своем аппаратно-программном комплексе номерам. В соответствии с пунктом 2.2 договора «Фактом оказания услуг по настоящему договору является доставка смс-сообщения, сформированного и отправленного заказчиком ...», то есть лицом, осуществившим отправку смс-сообщения абоненту, является заказчик. Исполнитель только технически обеспечивает рассылку смс-сообщений абонентам без потерь, искажений и не согласованных с заказчиком изменений в точном соответствии с требованиями заказчика (пункт 3.3.2 договора). Заказчик и исполнитель согласились с тем, что зона обслуживания и ответственности исполнителя включает лишь правильность настроек программных средств и оборудования КПИ в соответствии с согласованными протоколами, а также выделенный канал доступа от исполнителя в сеть интернет до СМСЦ

оператора (пункт 7.8.3 договора). Рассылка всех смс-сообщений инициируется заказчиком, исполнитель не участвует в определении получателя, содержания, времени отправки, а также иных характеристик рассылки смс-сообщений, и выполняет исключительно технологическую функцию.

ЗАО «Связной Загрузка» не считает себя рекламодателем, ответственным за наличие/подтверждение согласия абонента на получение смс-сообщений, надлежащим лицом по делу №219/2013-Р является ОАО «Восточный экспресс банк», как лицо не только являющееся рекламодателем, но и соответствующее признакам рекламодателя.

Комиссия 20.11.2013г. установила необходимость замены ненадлежащего лица – ЗАО «Связной Загрузка», надлежащим – ОАО «Восточный экспресс банк». В связи с данным обстоятельством рассмотрение дела № 219/2013-Р было снова отложено на 16.12.2013г. ОАО «Восточный экспресс банк» привлечено к участию в рассмотрении дела в качестве рекламодателя.

Рассмотрев все имеющиеся в материалах дела № 219/2013-Р документы и сведения, 16.12.2013г. Комиссия пришла к следующим выводам.

Направленная путем смс-сообщения информация является рекламой, так как, соответствует критериям рекламы, указанным в статье 3 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»).

Реклама ОАО «Восточный экспресс банк» имела цель сформировать и поддержать интерес к объекту рекламирования (аппетитные кредиты под 0% годовых без процентов и переплат сроком до 4 месяцев) и способствовала его продвижению.

В силу 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.

Согласно пункту 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

*Заявитель предварительного согласия на получение рекламных сообщений ОАО «Восточный экспресс банк» не выражал.*

Распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Согласно статье 2 Федерального закона «О связи», абонент – это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие адресата содержится в статье 2 Федерального закона от 17.07.1999

№ 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями сообщений.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

В соответствии со статьей 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» несет рекламораспространитель.

Пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» определено, что рекламораспространитель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, ОАО «Восточный экспресс банк» (ИНН 2801015394, 675000, Амурская область, г. Благовещенск, пер. Святителя Иннокентия, д. 1) является рекламораспространителем, так как обществом выбран способ распространения рекламы с использованием технических и программных средств ЗАО «Связной Загрузка» по договору <...> от 06.12.2010г.

В соответствии с пунктом 3.1.3. договора <...> от 06 декабря 2010г. ОАО «Восточный экспресс банк» обязался не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ. В соответствии с Разделом 1 указанного договора СПАМ – рассылка смс-сообщений рекламного или иного характера, которая осуществлена ОАО «Восточный экспресс банк» без согласия абонентов и/или вводящая абонентов в заблуждение относительно характера таких смс-сообщений или его отправителя.

ОАО «Восточный экспресс банк» не предприняло никаких действий по соблюдению обязанностей возложенных пунктом 3.1.3. договора <...> от 06 декабря 2010г., в результате чего произошло распространение смс-рекламы на телефонный номер <...> с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

На момент рассмотрения дела 16.12.2013г. Комиссия не получила никакого мотивированного объяснения от ОАО «Восточный экспресс банк», подтверждающего согласие <...> на получение вышеуказанной рекламы.

Руководствуясь частью 2 пункта 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: «Хорошие новости! Аппетитные кредиты под 0% годовых без процентов и переплат сроком до 4 месяцев! Подавайте заявку прямо сейчас по т. 8-800-100-7-100 (доб.2, звонок бесплатный) или на сайте [www.express-bank.ru](http://www.express-bank.ru). С уважением, ОАО «Восточный экспресс банк», распространяемую ОАО «Восточный экспресс банк» посредством сотовой связи на телефонный номер <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ОАО «Восточный экспресс банк» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

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

Решение изготовлено в полном объеме 16 декабря 2013г.

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

## **ПРЕДПИСАНИЕ**

### **О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

### **РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ**

«16» декабря 2013 года

Комиссия Рязанского УФАС России по рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе: <...>,

на основании своего решения от 16 декабря 2013 года по делу № 219/2013-Р о признании ненадлежащей рекламы ОАО «Восточный экспресс банк», распространяемой посредством сотовой связи на телефонный номер <...>, и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1,3 статьи 36 ФЗ «О рекламе», пунктами 44,45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

## **ПРЕДПИСЫВАЕТ:**

1. ОАО «Восточный экспресс банк» в пятидневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства РФ о рекламе, а именно, распространение ненадлежащей рекламы на телефонный номер <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».

2. ОАО «Восточный экспресс банк» представить в Рязанское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до 10

января 2014 года.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Рязанское УФАС России вправе в соответствии с п.2.4 ст. 19.5 КоАП РФ наложить административный штраф на должностных лиц 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.