

РЕШЕНИЕ № Р14/64-03

18.06.2014г.

г.Тюмень

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

Председатель Комиссии: Поткина И.В.	- заместитель руководителя управления;
	- заместитель начальника отдела КСЗ;
Члены Комиссии: Полухин Д.А.	
	- главный специалист-эксперт отдела КСЗ,
Баусова Е.В.	

при рассмотрении дела № Р14/64, возбужденного по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, в отсутствие представителя лица, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе - ООО «Девино Телеком» (ИНН 7715829230, адрес местонахождения: 127018, г.Москва, ул. Суцьевский Вал, д.16, стр.6),

УСТАНОВИЛА:

В Тюменское УФАС России из ФАС России на основании пункта 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, согласно которому ФАС России вправе поручить своему территориальному органу возбудить и (или) рассмотреть возбужденное дело по ходатайству своего территориального органа или по собственной инициативе независимо от места нахождения (места жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, или места распространения рекламы, поступило заявление «...» (вх. № 828 от 04.02.2014 г.).

Из заявления следует, что на абонентский номер <...> *****, зарегистрированный за гражданином, 19.11.2013 в 13:23 от абонента «Bank Jugra» поступило сообщение рекламного характера следующего содержания: «Вклад Бархатный сезон, до 8% в валюте, только до 30.11, 88005555797».

Определением №Р14/64-01 по данному факту было возбуждено дело по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В ходе рассмотрения настоящего дела, лицом в действиях которого усматривались признаки нарушения – ООО «Девино Телеком», представлены письменные пояснения,

согласно которым, рекламодателем указанной рекламы является ООО «УМ-3», зарегистрированное по адресу: 194021, г. Санкт-Петербург, ул. Шателена, д. 14, лит. А, пом. 11-Н, ОГРН 1127847303891, ИНН 7802791222.

ООО «Девино Телеком» предоставляет ООО «УМ-3» техническую возможность отправки SMS-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform» на основании договора №ДТ-К/013006 от 01.07.2012г. (далее Договор).

На основании п.3.3.1. Дополнительного соглашения №1 (Отправка/прием сообщений) к Договору оказания услуг №ДТ-К/013006 от 01.07.2012г. (далее – Дополнительное соглашение) ООО «УМ-3» (далее – Заказчик) обязано соблюдать требования законодательства РФ, в том числе закона «О рекламе».

На основании п.3.3.2. Дополнительного соглашения Заказчик обязан получить от Абонента письменное согласие на получение SMS-сообщений.

На основании п.3.3.3. и п.3.3.4. ответственность за содержание SMS-сообщений, за присваиваемый адрес отправителя, используемые номера Абонентов для отправки SMS-сообщений несет Заказчик. ООО «Девино Телеком» не участвует в формировании текста SMS-сообщений и списка получателей для последующей рассылки.

На рассмотрение дела лицо, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе, не явилось, представив письменные пояснения, что подтверждает надлежащее уведомление лица о дате, времени и месте рассмотрения дела.

Согласно пункту 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Комиссия решила возможным рассмотреть настоящее дело в отсутствие лица, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе.

Рассмотрев материалы, представленные лицом, в действиях, которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, Комиссия пришла к следующим выводам.

Согласно статье 3 Федерального закона №38-ФЗ от 13.03.2006 г. «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), **рекламой** является 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; **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; **ненадлежащая реклама** - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Независимо от формы или используемого средства распространения реклама должна быть распознаваема без специальных знаний или без применения технических средств непосредственно в момент ее представления именно как реклама. Таким образом, признаком любой рекламы является ее способность

стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя. В рассматриваемом sms-сообщении объектом продвижения на рынке выступает **Вклад Бархатный сезон**, на привлечение внимания к которому и направлено sms-сообщение.

Таким образом, рассматриваемая информация, следующего содержания: **«Вклад Бархатный сезон, до 8% в валюте, только до 30.11, 88005555797»**, является рекламой, где объектом рекламирования выступает Вклад Бархатный сезон, поскольку данное сообщение отвечает всем требованиям, предъявляемым к рекламе.

Таким образом, sms-сообщение, поступившее абоненту «...» на абонентский номер <...> *****, зарегистрированный за гражданином, 19.11.2013 в 13:23 от абонента «Bank Jugra» следующего содержания: «Вклад Бархатный сезон, до 8% в валюте, только до 30.11, 88005555797», является, в том числе и рекламой с четко определяемым объектом рекламирования, а следовательно, на которую распространяются требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно части 1 статьи 18 Закона 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 им было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Так, согласно сведениям, представленным ОАО «Вымпел-Коммуникации» (далее - Оператор), Оператор, в рамках заключенного договора об оказании услуг связи предоставляет абоненту услуги связи, позволяющие последнему передавать и (или) принимать голосовую и (или) неголосовую информацию. Применительно к услуге приема/передачи коротких текстовых сообщений (SMS) это означает, что абонент самостоятельно пользуется данной услугой посредством технической возможности, которую обеспечивает ему оператор связи. Вся последовательность действий, необходимых для отправки коротких текстовых сообщений определенного содержания, абонент осуществляет самостоятельно.

Оператор, предоставляет такую услугу, как «Корпоративные SMS-сервисы», суть которой заключается в возможности для организации самостоятельно отправлять SMS-сообщения со своей компьютерной сети на телефоны своих клиентов, партнеров, а также других операторов сотовой связи. Подключая такую услугу (договор об оказании услуг связи «Билайн» № 429838801 от 18.01.2012г.), Абонент (ООО «Девино Телеком») обязуется осуществить открытые рассылки, т.е. рассылки без предварительного SMS-запроса пользователя («...»), **только при наличии согласия пользователя подтвержденного документально.**

Отправителем sms-сообщения, указанного заявителем, является ООО «Девино Телеком», которое, согласно сведениям представленным Оператором, приняло на себя обязательства (пп. 1.13, 4.11, 4.17, 4.18 Дополнительного соглашения №010112 к договору об оказании услуг связи «Билайн» № 429838801 от 18.01.2012г.) не использовать предоставляемую услугу в целях распространения sms-сообщений, предназначенных по своему содержанию неопределенному кругу лиц, в адрес пользователей, не давших свое согласие на получение таких сообщений.

Кроме того, сторонами при заключении договорных отношений было определено понятие «СПАМ», а именно «Спам» - SMS сообщения, отправленные Абонентом (ООО «Девино Телеком») и предназначенные по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленные Пользователю без его предварительного согласия или не позволяющие определить отправителя этого SMS-сообщения, в том числе содержащие несуществующий или фальсифицированный адрес отправителя. При этом ООО «Девино Телеком» приняло на себя обязательства не использовать выделенное подключение к оборудованию Оператора с целью организации Спاما.

Также ООО «Девино Телеком» приняло на себя обязательство по отправке SMS-сообщений, только при наличии согласия Пользователя, подтвержденного документально, при этом при возникновении претензии со стороны Пользователя, ООО «Девино Телеком» обязуется предоставить Оператору документальное подтверждение согласия Пользователей на получение SMS-сообщений, отправленных Абонентом. Кроме того, ООО «Девино Телеком» гарантирует, что данные информационно-сервисного содержания, либо набор Сервисов, представляемых в рамках соглашения сторон, не содержат информации, распространение которой запрещено действующим законодательством Российской Федерации.

Таким образом, при оказании услуг по рассылке SMS-сообщений пользователям, ООО «Девино Телеком» обязано иметь согласие пользователей на получение SMS-рассылки оформленное документально, т.е. письменное согласие.

В качестве довода ООО «Девино Телеком», указывает, что рассматриваемое sms-сообщение рекламного характера направлено заявителю ООО «УМ-3» на основании заключенного с указанным лицом Договора №ДТ- К/013006 от 01.07.2012 г. Сведениями о том, было ли ООО «УМ-3» получено согласие абонента, достоверно Обществу не располагает, однако, в соответствии с условиями указанного выше договора, Заказчик (ООО «УМ-3») гарантирует, что согласие абонентов им предварительно получено.

Указанный довод заявителя не может быть принят во внимание в силу того, что ООО «Девино Телеком» при заключении договора с Оператором связи – ОАО «Вымпел - Коммуникации» приняло на себя обязательства о получении документально оформленного согласия пользователей **на получении sms-рассылки**, в том числе рекламного характера. Наложение ООО «Девино Телеком» обязанности в получении документально оформленного согласия Подписчика, (согласно Дополнительному соглашению №1 (отправка/прием сообщений) к договору № ДТ- К/013066 от 01.07.2012 г. заключенному между ООО «Девино Телеком» (Исполнитель) и ООО «УМ-3» (Заказчик), на ООО «УМ-3», не снимает с самого Общества обязанности исполнения договорных обязательств с ОАО «Вымпел-Коммуникации» в части получения указанного согласия абонента. Из этого следует, что ООО «Девино Телеком» обязано иметь документально оформленное согласие абонента на sms-рассылку не зависимо от содержания сообщений.

Доказательств получения предварительного согласия абонента («...») на распространение sms-сообщения, содержащего рекламу в материалы дела ООО «Девино Телеком» не представлено.

Таким образом, учитывая, что у ООО «Девино Телеком» отсутствует предварительное согласие абонента на получение sms-рассылки, в том числе и рекламного характера, обществом нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, **рекламораспространитель** – лицо,

осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно материалам дела ООО «Девино Телеком» является рекламораспространителем, поскольку Общество, заключив договор с ОАО «Вымпел-Коммуникации» на осуществление рассылки sms-сообщений, приняло на себя обязательства о получении документально оформленного согласия Пользователей на получение данной услуги, при этом следует учитывать тот факт, что заключение последующих договоров с иными юридическими лицами по оказанию данной услуги с наложением на них обязанности получить документально оформленное согласие Пользователя на sms-рассылку не снимает обязанности Общества также получать такое согласие всеми доступными для него способами.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

Согласно части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Также, в ходе рассмотрения настоящего дела Комиссией было установлено, что между ООО «Девино Телеком» (исполнитель) и ООО «УМ-3» (Заказчик) заключено Дополнительное соглашение №1 (отправка/прием сообщений) к договору № №ДТ-К/013066 от 01.07.2012 г.

Пунктом п. 1.12, указанного Дополнительного соглашения определено понятие «СПАМ», а именно «СПАМ» - рассылка Сообщений рекламного характера, осуществляемая на Мобильные Терминалы Подписчиков без предварительного согласия Подписчиков, заведомо вводящая Подписчиков в заблуждение относительно содержания указанных сообщений или их отправителя.

Согласно п. 3.3.1 указанного Дополнительного соглашения, Заказчик обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении настоящего Дополнительного соглашения в отношении использования Услуг, в том числе Федеральный закон «О рекламе».

Согласно пункту 3.3.2 этого же Дополнительного соглашения, Заказчик обязан самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке предварительно получить от Подписчика, на Мобильный терминал/Электронный почтовый ящик которого планируется отправка Сообщений, письменное согласие на получение таких Сообщений.

Из анализа имеющихся материалов, следует, что ООО «УМ-3», используя предоставленные ему ООО «Девино Телеком» технические возможности, самостоятельно формирует sms-сообщения и производит sms-рассылку, следовательно, является лицом как определившим содержание SMS-сообщения, так и лицом, направившим данное сообщение.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламораспространитель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, ООО «УМ-3» является рекламораспространителем и в его действиях усматриваются признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Кроме того, объектом рекламирования в рассматриваемой рекламе является банковский вклад.

Согласно пункту 2 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции» № 135-ФЗ от 26.07.2006 г., под финансовой услугой понимается банковская услуга, страховая услуга, услуга на рынке ценных бумаг, услуга по договору лизинга, а также услуга, оказываемая финансовой организацией и связанная с привлечением и (или) размещением денежных средств юридических и физических лиц.

Согласно пункту 6 статьи 4 Закона о защите конкуренции, финансовая организация – хозяйствующий субъект, оказывающий финансовые услуги – кредитная организация, кредитный потребительский кооператив, страховщик, страховой брокер, фондовая биржа, валютная биржа, ломбард, лизинговая компания, негосударственный пенсионный фонд, управляющая компания инвестиционного фонда, управляющая компания паевого инвестиционного фонда, управляющая компания негосударственного паевого инвестиционного фонда, специализированный депозитарий инвестиционного фонда, специализированный депозитарий паевого инвестиционного фонда, специализированный депозитарий негосударственного пенсионного фонда, пенсионный участник рынка ценных бумаг.

Таким образом, согласно Закону о защите конкуренции, под финансовую услугу подпадают конкретные услуги, прямо указанные в данном определении, а также иные услуги, связанные с привлечением, размещением денежных средств, но только в случае, если они оказываются финансовой организацией. При этом перечень финансовых организаций содержится в пункте 6 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции». Данный перечень является закрытым.

Таким образом, вклад – является финансовой услугой, а реклама финансовых услуг должна соответствовать требованиям Законодательства о рекламе.

В рассматриваемой рекламе усматриваются признаки нарушения, предусмотренные пунктом 2 части 2 статьи 28 Закона о рекламе согласно которой, реклама банковских услуг не должна умалчивать об иных условиях оказания соответствующих услуг, влияющих на сумму доходов, которую получают воспользовавшиеся услугами лица, или на сумму расходов, которую понесут воспользовавшиеся услугами лица, если в рекламе сообщается хотя бы одно из таких условий.

Таким образом, на основании пункта 3.51 Административного регламента ФАС по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации, утвержденного Приказом ФАС России от 23.11.2012 г. №711/12, согласно которому, Комиссия принимает решение о выделении в отдельное производство одного или нескольких дел, если это будет способствовать полному, всестороннему и объективному их рассмотрению, Комиссия пришла к выводу о необходимости выделения в отдельное производство дела о нарушении части 1 статьи 18, пункта 2 части 2 статьи 28 Закона о рекламе в отношении ООО «УМ-3» (адрес места нахождения: 194021, г. Санкт-Петербург, ул. Шателена, д. 14, лит. А, пом. 11-Н, ОГРН 1127847303891, ИНН 7802791222).

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 рекламу, содержащуюся в SMS-сообщении, поступившем 19.11.2013 в 13:23 от абонента «Bank Jugra» следующего содержания: «Вклад Бархатный сезон, до 8% в валюте, только до 30.11, 88005555797» гражданину «...», **ненадлежащей**, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ООО «Девино Телеком» предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе.
3. Выделить в отдельное производство дела о нарушении законодательства рекламе в отношении ООО «УМ-3» (адрес места нахождения: 194021, г.Санкт-Петербург, ул. Шателена, д.14, лит.А, пом.11-Н, ОГРН 1127847303891, ИНН 7802791222) по части 1 статьи 18, п. 2 ч. 2 статьи 28 Закона о рекламе.
4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме _____2014года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель комиссии:

Поткина И.В.

Полухин Д.А.

Члены комиссии:

Баусова Е.В.

ПРЕДПИСАНИЕ № Р14/64-04

о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

18.06.2013 г.

г. Тюмень

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

заместитель руководителя

Председатель Комиссии: Поткина И.В. управления;

Члены Комиссии: Полухин Д.А. заместитель начальника отдела КСЗ;
Баусова Е.В. главный специалист-эксперт отдела КСЗ,

на основании своего решения от 18.06.2014 по делу № Р14/64 о признании ненадлежащей рекламы, направленную посредством SMS-сообщения рекламного характера 19.11.2013 в 13:23 от абонента «Bank Jugra» следующего содержания: «Вклад Бархатный сезон, до 8% в валюте, только до 30.11, 88005555797» гражданину «...», в соответствии с частью 2 статьи 33 и частью 1 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 «Девино Телеком» (адрес места нахождения: адрес местонахождения: 127018, г.Москва, ул. Сущевский Вал, д.16, стр.6, ИНН 7715829230) **в десятидневный срок с момента получения настоящего предписания** устранить нарушение ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», а именно: прекратить распространение рекламы по сетям электросвязи без получения предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

2. **В 5-дневный срок с момента исполнения настоящего предписания** представить в Тюменское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Тюменское УФАС России вправе в соответствии с пунктом 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на должностных лиц в размере от 12 000 до 20 000 рублей; на юридических лиц - от 300 000 до 500 000 рублей.

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

Председатель комиссии: Поткина И.В.

Члены комиссии: Полухин Д.А.

