

РЕШЕНИЕ № 215/14

Резолютивная часть решения оглашена «26» ноября 2014 г.

Решение в полном объеме изготовлено «10» декабря 2014 г.
Новосибирск

г.

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

председатель Комиссии: заместитель руководителя управления – начальник отдела рекламы Т.В. Лопаткина,

члены Комиссии: И.В. Волохина – главный специалист-эксперт отдела рекламы;

Е.А. Скоп – ведущий специалист-эксперт отдела рекламы,

рассмотрев дело №215/14, возбужденное в отношении Общества с ограниченной ответственностью «БИФРИ» (197110, г. Санкт-Петербург, ул. Лодейнопольская, д. 5, лит. А, ИНН 7813133641) и Публичное акционерное общество КБ «Восточный экспресс банк» (675000, г. Благовещенск, переулок Св. Иннокентия, д.1, ИНН 2801015394), по факту распространения на номер заявителя «...» - 4.06.2014 г. в 11:09 ч. смс-сообщения следующего содержания: «Кредитный SALE в Восточном экспресс-банке! Оформи кредит до 10 июня и получи большую сумму под низкий процент!...», с использованием номера смс-центра «...», с признаками нарушения:

- ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – 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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием,

в отсутствие представителей:

заявитель - <...> - не явился (уведомлен надлежащим образом);

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «БИФРИ» - представитель не явился (уведомлен надлежащим образом),

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – Публичного акционерного общества КБ «Восточный экспресс банк» - представитель не явился (уведомлен надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление гражданина «...» (вх. № 2826э от 04.06.2014 г.) по факту распространения смс-сообщения рекламного характера посредством использования подвижной радиотелефонной связи без согласия абонента на получение такой рекламы, что указывает на признаки нарушения ст. 18 ФЗ «О рекламе».

По данному факту Новосибирским УФАС России проведена проверка. В результате чего установлено следующее.

На номер «...» - 4.06.2014 г. в 11:09 ч. поступило следующее смс-сообщение: «Кредитный SALE в Восточном экспресс-банке! Оформи кредит до 10 июня и получи большую сумму под низкий процент!...» с использованием номера смс-центра «...».

В соответствии с п.1 ст.3 ФЗ «О рекламе», реклама - информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Объектом рекламирования может быть 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, согласно п.3 ст.3 ФЗ «О рекламе», - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Как следует из ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» для целей данного Федерального закона используются следующие основные понятия:

- абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации;

- электросвязь - любые излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Соответственно, термин «реклама», примененный в пункте 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», предполагает значение, отличающееся от общего определения, данного в статье 3 этого же Закона, а именно в нем отсутствует такой признак рекламы, как ее адресованность неопределенному кругу лиц. Информация, передаваемая посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, всегда предполагает индивидуализированного (посредством абонентского номера или уникального кода идентификации) абонента, который ее получает.

Федеральной антимонопольной службой в письме от 05.04.2007 N АЦ/4624 разъяснено, что под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и

конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Кроме того, в письме Федеральной антимонопольной службы от 19.05.2006 N АК/7654 указано, что требования в п. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» распространяются в равной мере и на рекламу, распространяемую по сетям связи Интернет.

Поскольку рассматриваемое SMS-сообщение направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке, и не содержит указания на конкретного субъекта получения, в соответствии с ФЗ «О рекламе» оно является рекламой.

Согласно ч.1 ст.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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Как указывает заявитель, согласие на получение им рассматриваемой рекламы не давалось.

Ответственность за несоблюдение требований ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе» несет рекламораспространитель (ч. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе»).

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (п.7 ст.3 ФЗ «О рекламе»).

Согласно информации с сайта Россвязь, номер смс-центра «...» закреплен за ОАО «МТС».

Согласно пояснениям ОАО «МТС», SMS-сообщение, направленное 04.06.2014 г. в 11:09 ч. на номер заявителя следующего содержания: «Кредитный SALE в Восточном экспресс-банке! Оформи кредит до 10 июня и получи большую сумму под низкий процент!...», поступило на сервисную платформу ОАО «МТС» с последующей доставкой через SMS-Центр ОАО «МТС» на абонентский номер «...» с короткого сервисного номера 2210, закрепленного за компанией ООО «СМС сервисы» (местонахождение: 197110, г. Санкт-Петербург, улица Лодейнопольская, дом 5, Литера А), в рамках договора об оказании SMS-услуг № «...» от 02.02.2005г. (далее - «Договор») и Дополнительного соглашения № «...» от 03.12.2013г. к Договору (далее - Дополнительное соглашение № 11).

Согласно условиям Договора Исполнитель (ОАО «МТС») выделяет Заказчику (ООО «СМС Сервисы») Сервисный номер <...> посредством которого через Канал связи

исполнителя, Заказчик отправляет Исполнителю информацию для формирования SMS- сообщения Пользователям (Приложение № «...» к Договору). В указанных целях Исполнителем по Договору (ОАО «МТС») Заказчику (ООО «СМС сервисы») выделен короткий сервисный номер <...> (далее Сервисный номер <...> что закреплено в Дополнительном соглашении № «...» к Договору.

Процедура оказания Услуг подробно описана в Приложении А к Дополнительному соглашению № «...» от 03.12.2013г. в соответствии с которым комплекс Заказчика (ООО «СМС Сервисы») формирует одно или нескольких коротких сообщений и обращается к оборудованию Исполнителя (ОАО «МТС») с указанием MSISD Пользователя, к которому необходимо доставить SMS-сообщение. При этом оборудование Исполнителя лишь передает уже сформированное Заказчиком информационное сообщение на мобильный терминал Пользователя.

В свою очередь, согласно пояснениям ООО «СМС сервисы» (вх. № 11221 от 15.10.2014 г.), «01» октября 2009 года Общество заключило договор № «...» с ООО «БИФРИ», согласно которому ООО «СМС сервисы» приняло на себя обязательство по организации передачи sms-сообщений, формируемых ООО «БИФРИ» или его клиентами, абонентам операторов сотовой связи.

Принимая во внимание то, что согласно п.п. 3.1.2 и 3.2.7 вышеупомянутого договора ООО «БИФРИ» приняло на себя обязательство не отправлять спам и получать в порядке и в форме, предусмотренной законодательством РФ, согласие от абонентов, которым направляются sms-сообщения, на получение ими таких сообщений, ООО «СМС сервисы» не проверяет наличие или отсутствие согласия абонентов, которым ООО «БИФРИ» или его контрагенты отправляют sms-сообщения посредством технического соединения с оборудованием ООО «СМС сервисы».

Более того, ООО «СМС сервисы» не имеет технической возможности проверки факта получения согласия каждого абонента, которому отправляется сообщение ООО «БИФРИ» или его контрагентами.

ООО «БИФРИ» сообщило, что в апреле 2014 года заключило с ОАО КБ «Восточный» договор № «...» от 01 апреля 2014 года (далее - «Договор»), согласно условиям которого ООО «БИФРИ» приняло на себя обязательство по оказанию услуг ОАО КБ «Восточный» по обработке и передаче sms-сообщений, формируемых ОАО КБ «Восточный», до SMS-Центра операторов с целью их последующей передачи абонентам.

Согласно п.5.4. Договора ОАО КБ «Восточный» гарантирует обеспечение соблюдения требований законодательства при обработке персональных данных Абонентов, при этом ответственность за содержание sms-сообщений перед третьими лицами и факт их передачи ООО «БИФРИ» по заданию ОАО КБ «Восточный» в рамках оказания услуг лежит исключительно на ОАО КБ «Восточный» (согласно п. 5.5. Договора).

Вместе с тем, данными Системы статистического учета приема-передачи сообщений (ССУПС) ООО «БИФРИ» подтверждается факт отправки 04.06.2014 г. в 08:09:08 ОАО КБ «Восточный» абоненту с номером «...» (далее - «Абонент») sms-сообщения с текстом: «Кредитный SALE в Восточном экспресс банке! Оформи кредит до 10 июня и получи большую сумму под низкий процент! Нужен только паспорт <...> подробности в ближайшем отделении банка или по т.: «...». ОАО КБ

«Восточный».

В этой связи ООО «СМС сервисы» полагает, что рекламодателем вышеуказанного sms-сообщения по смыслу ч. 1 ст. 18 и ст. 3 ФЗ «О рекламе» является именно ОАО КБ Восточный, так как sms-сообщение было отправлено с оборудования ОАО КБ «Восточный», имеющего техническое соединение с программным комплексом ООО «БИФРИ», что подразумевает техническую возможность отправки sms-сообщений абонентам без участия третьих лиц.

Таким образом, по мнению Общества, согласие от абонента должно получать ОАО КБ «Восточный», иницирующее распространение (отправку) sms-сообщения конкретному абоненту, а не ООО «СМС сервисы» и не ООО «БИФРИ», которые не знали и не могли знать о содержании и характере отправляемого sms-сообщения, а также не выбирали его получателя. Иными словами, распространителем рекламы является лицо, иницирующее отправку sms-сообщения абоненту, а не организация, предоставившая для этого техническую возможность.

Так же Общество сообщает, что ООО «БИФРИ», запросив соответствующие данные, получило от ОАО КБ «Восточный» ответ б/н от 25.09.2014 г., из которого следует, что ОАО КБ «Восточный» направляет информационные sms-сообщения исключительно клиентам банка, давшим согласие на их получение, спорное Сообщение было также предназначено исключительно для клиентов банка, давших свое согласие. В случае с рассматриваемым Сообщением Абоненту с номером ОАО КБ «Восточный» по результатам внутреннего расследования пришло к выводу, что данные об указанном телефонном номере в банке отсутствуют, а Сообщение было направлено Абоненту ошибочно по причине технического сбоя.

Также, Общество сообщает, что, по данным ООО «БИФРИ», в последующий период с 05.06.2014 г. по 30.09.2014 ПАО КБ «Восточный» не направляло sms-сообщений на номер «...» с использованием технической возможности, предоставленной ООО «БИФРИ».

26.11.2014 г. в адрес Новосибирского УФАС России ООО «БИФРИ» был представлен отзыв, в котором содержатся аналогичные пояснения, указанные выше (вх. № 12858 от 26.11.2014 г.).

Согласно пояснениям Публичного акционерного общества «Восточный экспресс банк» (далее по тексту – Банк), согласие абонента тел. номер «...» на получение sms-сообщений от Банка, отсутствует.

Направление sms-сообщений, носящих информацию о продуктах Банка, осуществляется с помощью электронных сервисов операторов подвижной связи, тем абонентам, которые являются либо являлись клиентами Банка, при наличии письменного согласия данных лиц на получение информации в целях продвижения услуг Банка с помощью средств связи.

Смс-сообщение с текстом: «Кредитный SALE в Восточном экспресс-банке». Оформил кредит до 10 июня и получи большую сумму под низкий процент!...» согласно представленной служебной записке было запланировано и предназначалось для направления именно клиентам Банка, предоставившим письменное согласие.

В результате проведенного внутреннего расследования установлено, что информация о телефонном номере «...» в Банке отсутствует.

Таким образом, Банк предполагает, что при направлении указанного смс-сообщений, произошел технический сбой, и смс-сообщение было ошибочно направлено Банком на телефонный номер «...».

В данном случае отправка была совершена ошибочно в связи с технической ошибкой на номер абонента, не являющегося клиентом Банка. В настоящее время рассылка сообщений на данный номер прекращена - телефонный номер исключен из реестра отправки сообщений для осуществления смс-рассылки.

Таким образом, с учетом изложенных доводов, Комиссия приходит к выводу, что рекламодателем рассматриваемой рекламы является Публичное акционерное общество «Восточный экспресс банк».

На основании изложенного Комиссия Новосибирского УФАС России приходит к выводу об отсутствии в действиях ООО «БИФРИ» признаков нарушения законодательства о рекламе.

Реклама, не соответствующая требованиям законодательства о рекламе, признаётся ненадлежащей (п. 4 ст. 3 ФЗ «О рекламе»).

Рассмотрев материалы дела, Комиссия, руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

РЕШИЛА:

1. Признать информацию, распространенную на номер заявителя «...» 4.06.2014 г. в 11:09 ч. следующего содержания: «Кредитный SALE в Восточном экспресс-банке! Оформи кредит до 10 июня и получи большую сумму под низкий процент!...», ненадлежащей рекламой,

а Публичное акционерное общество КБ «Восточный экспресс банк» (адрес: 675000, г. Благовещенск, переулок Св. Иннокентия, д.1, ИНН 2801015394) нарушившим требования:

- ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе», согласно которой 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.

2. В связи с добровольным устранением нарушения не выдавать ПОО КБ «Восточный экспресс банк» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Новосибирского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 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.