

РЕШЕНИЕ

21 января 2014 г.

г. Новосибирск

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

председатель Комиссии: и.о. заместитель руководителя управления – начальника отдела рекламы – И.В. Волохина,

члены Комиссии: Е.А. Скоп – ведущий специалист-эксперт отдела рекламы;

Д.А. Былина – специалист-эксперт отдела рекламы,

рассмотрев дело № 101, возбужденное в отношении Открытого акционерного общества "МДМ Банк" (адрес: 630004, г. Новосибирск, ул. Ленина, д.18, ИНН 5408117935, ОГРН 1025400001571), по факту распространения 26.07.2013г. в 16ч. 34мин. с абонентского номера, обозначенного в детализации буквенными символами «MDM Bank» SMS-сообщение следующего содержания: «Планируете летний отдых? Позвольте себе больше с кредитом от МДМ банка. Подробнее по тел. 88002003700. Ваш МДМ Банк», с признаками нарушения:

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

в присутствии представителей:

заявителя – гражданин <...> - не явился (уведомлен надлежащим образом);

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ОАО "МДМ Банк" «...»,

заинтересованного лица – ОАО «Вымпел-Коммуникации» «...»,

УСТАНОВИЛА:

В Новосибирское УФАС России поступило обращение физического лица (вх. №6522 от 14.08.2013 г.), по факту получения смс-сообщения рекламного характера.

Как следует из заявления, на абонентский номер заявителя 26.07.2013г. в 16ч. 34мин. с абонентского номера, обозначенного в детализации буквенными символами «MDM Bank» поступило рекламное SMS-сообщение следующего

содержания:

«Планируете летний отдых? Позвольте себе больше с кредитом от МДМ банка. Подробнее по тел. 88002003700. Ваш МДМ Банк». Заявитель своего согласия на получение данной информации не давал, клиентом ОАО «МДМ Банк» не являлся.

Новосибирским УФАС России проведена проверка, в результате которой установлено следующее.

В соответствии с п.1 ст.3 Закона 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 Закона 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 - любое излучение, 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 Закона 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.

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.

Поскольку информация, содержащаяся в рассматриваемых SMS-сообщениях направлена 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 Законом о рекламе, она является рекламой.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального 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 было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

С целью установления данного смс-сообщения, Новосибирским УФАС России был направлен запрос оператору связи заявителю – Сибирский филиал ОАО «Мегафон» (исх. № 06-6649 от 29.08.2013г.).

В соответствии с ответом ОАО «Мегафон» (вх. № 7346 от 10.09.2013г.), рассматриваемое с буквенным обозначением «MDM Bank» оператором связи ОАО «Вымпел - Коммуникации», Москва и Московская область, с GT 79037011111,,

Согласно представленным документам (вх. № 8458 от 17.10.2013 г.), Открытое акционерное общество «Вымпел-Коммуникации» оказывает услуги связи на основании имеющихся лицензий и в соответствии с установленными требованиями Федерального закона Российской Федерации от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи», а также нормами гражданского законодательства.

Согласно ст. 44 ФЗ «О связи», услуги связи оказываются операторами связи абонентам на основании договора об оказании услуг связи (абонентский договор), заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи. Правила оказания услуг связи утверждаются Правительством Российской Федерации.

Услуги по оказанию подвижной радиотелефонной связи, в том числе услуги по передаче SMS-сообщений, оказываются ОАО «ВымпелКом» на основании лицензии № 107509 от 28.04.2013г., выданной Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций, с использованием необходимого оборудования, сертифицированного в установленном действующим законодательством РФ порядке.

Рассылку информации, не связанной с информированием абонентов об оказываемых услугах связи, тем более рекламы третьих лиц, Общество не осуществляет. Общество лишь обеспечивает возможность приема, передачи, хранения, доставки сообщений по сетям электросвязи в соответствии с выданной ему лицензией. При этом прием, обработка, передача и доставка сообщений, в том числе текстовых - это технические действия сертифицированного оборудования оператора связи по преобразованию текста, состоящего из алфавитно-цифровых символов в сигнал (в определенной кодировке), передачу по сети электросвязи и обратного сигнала электросвязи в исходный текст.

Оператор связи не является и не может быть распространителем информации или сведений содержащихся в сообщении, поскольку выполняет техническую функцию передачи сообщения (закрытого пакета информации), а не информации определенного содержания. Оператор связи не несет ответственности за содержание сообщения, не осуществляет проверку содержания сообщения. Более того, Общество не имеет возможности вмешиваться в процесс передачи по сетям электросвязи сообщений, передаваемых с одного номера на другой, в силу охраняемой законом тайны связи (п. 1 ст. 63 Федерального закона от 07.07.2003 г. № 126-ФЗ «О связи», п. 4 Правил оказания услуг подвижной связи, утв. Постановлением Правительства РФ от 25.05.2005 г. № 328).

Также в силу п. 7 Правил, обязывающего оператора связи обеспечивать абоненту возможность пользования услугами подвижной связи 24 часа в сутки, если иное не установлено законодательством РФ, а также подп. «а» п. 25, обязывающего оператора связи оказывать абоненту те услуги подвижной связи, на оказание которых этому оператору связи выдана лицензия, а также предоставлять абоненту услуги подвижной связи в соответствии с лицензионными условиями, предусмотренными в выданной оператору связи лицензии, Общество не вправе прекращать или ограничивать абоненту оказание услуг подвижной связи (включая обмен короткими текстовыми сообщениями), кроме случаев, когда отсутствует техническая возможность оказания абоненту услуг подвижной связи, либо при чрезвычайных ситуациях природного и техногенного характера (п. 5 Правил).

Обществу не известно содержание SMS-сообщения, поступающего на абонентский номер <...> поскольку оно отправляется третьим лицом. В рамках заключенного договора об оказании услуг связи оператор 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 (SMS) определенного содержания, абонент осуществляет самостоятельно (набор текста, выбор адресата получателя сообщения, нажатие клавиши «Отправить»).

В рамках своей деятельности ОАО «ВымпелКом» 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 так же других операторов сотовой связи. Подключая такую услугу. Абонент обязуется осуществить открытые рассылки, т.е. рассылки без предварительного SMS-запроса пользователя, только при наличии согласия пользователя подтвержденного документально. Фактически нет отличия в отправке SMS-сообщений абонентом с абонентского устройства или с абонентского интерфейса, предоставляемого в рамках сервиса «Корпоративные SMS сервисы». И в том и ином случае оператор предоставляет только техническую возможность приема-отправки сообщений.

На абонентский номер «...» поступило нежелательное SMS-сообщение рекламного характера.

ОАО «ВымпелКом» провело проверку по выявлению отправителя

рассматриваемого сообщения, по результатам которой установлено, что оборудованием Оператора зафиксировано SMS-сообщение, отправленное 26.07.2013г. в 16:33:14

При этом номер «...», является номером СМС-центра ОАО «ВымпелКом», не является абонентским номером и с данного номера не производилось каких-либо рекламных смс-рассылок. Данный номер является технологическим шлюзом, выполняющим функции приема/отправки входящих/исходящих сообщений между абонентами ОАО «ВымпелКом» и абонентами других операторов мобильной связи. Факт отображения данного номера в информационно-биллинговой системе (в детализации) свидетельствует о том, что абоненту поступило входящее сообщение от абонента ОАО «ВымпелКом». В процессе передачи сообщения между абонентами был задействован, в том числе, смс-шлюз ОАО «ВымпелКом», номер которого и отразился в информационно-биллинговой системе (в детализации).

Было установлено, что отправителем сообщения от 26.07.2013г. в 16:33:14 с обозначением MDM Bank» «Планируете летний отдых? Позвольте себе больше с кредитом от МДМ Банка. Подробнее по тел. 88002003700. Ваш МДМ Банк», является контрагент ОАО «ВымпелКом» на основании заключенного Договора об оказании услуг связи «Билайн», а также Дополнительного соглашения № «...».

На запрос антимонопольного органа ОАО «МДМ Банк» были представлены пояснения (вх. № 8714 от 25.10.2013 г.), согласно которым рассматриваемая смс-рассылка (в том числе рассматриваемого смс-сообщения) осуществлялась Группой телемаркетинга Центра обслуживания клиентов ОАО «МДМ Банк» на основании утвержденного Банком Положения о подразделении.

Принятие решения об указанной смс-рассылке производилось Группой телемаркетинга Центра обслуживания клиентов Банка в электронной форме (посредством корпоративной электронной почты) без дополнительного документального оформления (в том числе приказов, распоряжений и проч.). Указанная смс-рассылка направлена на осуществление качественного информационно-сервисного обслуживания и поддержание лояльности Клиентов Банка с учетом интересов Клиентов и Банка.

Круг лиц-получателей смс-сообщений является ограниченным и формируется в соответствии с заданными иницирующим подразделением Банка параметрами в зависимости от текста рассылки. В рассматриваемом случае иницирующим подразделением Банка являлась: Группа телемаркетинга Центра обслуживания клиентов Банка.

Формирование базы для рассылки производится в соответствии с Политикой управления изменениями информационных систем. Заказчик - Группа телемаркетинга Центра обслуживания клиентов формирует заявку в Управление развития информационных систем Банка (УРИС) на формирование базы Клиентов для смс-рассылки.

Одним из обязательных требований для формирования базы смс-рассылки является наличие согласия Клиента на рассылку на его номер телефона сообщений рекламного характера. Сведения о наличии либо об отсутствии указанного согласия содержатся в специализированном

программном обеспечении Банка. Абонент с телефонным номером «...», ошибочно попал в список Клиентов, которым Банк направил информацию об услуге из-за технических сбоев (недоработок) в программном обеспечении. Банком принимаются меры для устранения технических сбоев (недоработок) в программном обеспечении, ставших причиной включения в список смс-рассылки Клиента Банка, не дававшего Банку согласия на рассылку на его номер телефона сообщений рекламного характера.

Кроме того, Обществом представлен Отзыв (вх. № 339 от 17.01.2014 г.) в котором также указывалось, что смс-рассылка рассматриваемого сообщения осуществлялась на основании договора присоединения № «...» к сети «СТРАНА ЭКСПРЕСС», заключенного с ЗАО «...», дополнительного соглашения от 01.06.2013г. к Договору, акта приема-передачи выполненных работ (оказанных услуг) от 31.07.2013г. в рамках Договора.

Проведение смс-кампаний, направленных на информирование клиентов и осуществление первичной продажи Продуктов и услуг Банка относится к компетенции Группы телемаркетинга Центра обслуживания клиентов, что подтверждается п. 4.7 Положения о подразделении Группы телемаркетинга Центра обслуживания клиентов ОАО «МДМ Банк».

Поскольку формирование базы предполагает Изменение информационных систем Банка (модификация информационных систем и инфраструктуры), то формирование базы для смс-рассылки производится подразделениями Банка в соответствии с Политикой управления изменениями информационных систем, утв. распоряжением от 30.10.2012 № 88.

Изменения инициируются Заказчиком путем формирования заявки. При этом «Заказчик» - это инициатор Изменения, лицо/сотрудник, заинтересованный в его реализации, формирующий первоначальные требования и ожидания от изменения, осуществляющий приемку результатов реализованного Изменения. При этом, в соответствии с Политикой Заказчиком не может быть группа людей, это только персональная роль, т.е. конкретное должностное лицо.

В рассматриваемом случае смс-рассылка была инициирована Группой телемаркетинга Центра обслуживания клиентов, в лице Заказчика – Руководителя группы телемаркетинга Центр обслуживания клиентов «...», что подтверждается заявкой № 2256 на разработку, модификацию ДО.

При этом, согласно п.5.1.2 Политики к функциям Заказчика относятся:

сбор и формулировка начальных требований и ожиданий;

координация и коммуникация в части сбора первичных требований;

оценка потенциальных доходов, расходов и рисков, для получения или предотвращения которых планируется Изменение;

совместный анализ и декомпозиция первоначальных требований с Исполнителем;

проверка и приемка реализации Изменения.

Таким образом, должностным лицом, ответственным за формирование базы по

заданным критериям для указанной смс-рассылки, за проверку соответствия сформированной базы заданным критериям и за приемку сформированной по заданным критериям базы является «...» Руководитель группы телемаркетинга Центр обслуживания клиентов.

Кроме того, по мнению Общества в рассматриваемом случае при смс-рассылке отсутствует обязательный элемент рекламы, а именно неопределенный круг лиц.

В рассматриваемом случае информация предоставлялась Банком определенному кругу лиц, ограниченному в соответствии с заданными иницилирующим подразделением Банка (Группой телемаркетинга Центра обслуживания клиентов Бака) параметрами:

1. клиенты Банка, имеющие действующие текущие счета / счета до востребования, остаток менее ... руб.

2. клиенты Банка, имеющие действующие дебетовые карты, операции по которым производились более 3 мес. назад

клиенты Банка, имеющие категорию 2 и выше

клиенты Банка, в возрасте 23-58 для мужчин, 23-63 для женщин,

что подтверждается заявкой № 2256 на разработку, модификацию ПО.

При таких обстоятельствах Банк доводил информацию ограниченному, заранее известному ему кругу лиц - только клиентам Банка, отвечающим заданным параметрам, в связи с чем, факт нарушения Банком положений статьи 18 Закона о рекламе отсутствует.

Данные доводы Общества являются ошибочными и противоречат фактическим обстоятельствам дела.

На рассмотрении дела Комиссии Новосибирского УФАС России представитель ОАО «МДМ Банк» сообщила, что заявитель ранее являлся клиентом банка и при заключении договора на оказание услуг Банка не оформлял согласия на обработку своих персональных данных, в том числе согласие на получение сообщений информационного характера, поскольку в период оформления договорных отношений законодательство РФ не предусматривало получение письменного согласия на обработку персональных данных.

При этом, Обществом не представлено документального подтверждения наличия согласия абонента номера телефона «...» на получение рассматриваемой смс-рассылки.

Ответственность за нарушение ч. 1 ст.18 Закона о рекламе возложена на рекламодателя.

Согласно п. 7 ст. 3 Закона о рекламе, рекламодатель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В данном случае, на основании изложенного, рекламодателем

является юридическое лицо – Открытое акционерное общество «МДМ Банк».

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

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:

Признать информацию: «Планируете летний отдых? Позвольте себе больше с кредитом от МДМ банка. Подробнее по тел. 88002003700. Ваш МДМ Банк», распространенную 26.07.2013г. в 16ч. 34мин. на номер абонента «...», с использованием подвижной радиотелефонной связи, ненадлежащей рекламой,

а Открытое акционерное общество "МДМ Банк" (630004, г. Новосибирск, ул. Ленина, д.18, ИНН 5408117935, ОГРН 1025400001571) нарушившим требования:

- ч.1 ст.18 Закона 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

2. Выдать ОАО "МДМ 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 изготовлено в полном объеме «03» февраля 2014 г.

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

03 февраля 2014 г.
Новосибирск

г.

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

председатель Комиссии: и.о. заместитель руководителя управления – начальника отдела рекламы – И.В. Волохина,

члены Комиссии: Е.А. Скоп – ведущий специалист-эксперт отдела рекламы;

Д.А. Былина – специалист-эксперт отдела рекламы,

на основании своего решения от 03 февраля 2014 г. по делу № 101 о признании ненадлежащей рекламы: «Планируете летний отдых? Позвольте себе больше с кредитом от МДМ банка. Подробнее по тел. 88002003700. Ваш МДМ Банк», распространявшейся 26.07.2013г. в 16ч. 34мин. на номер абонента «...» в г.Новосибирске, с использованием подвижной радиотелефонной связи, а ОАО "МДМ Банк" нарушившим требования ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), 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. Открытому акционерному обществу "МДМ Банк" (адрес: 630004, г. Новосибирск, ул. Ленина, д.18, ИНН 5408117935, ОГРН 1025400001571) в пятидневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно, не допускать распространение рекламы, с нарушением:

- 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием, в том числе рекламы: «Планируете летний отдых? Позвольте себе больше с кредитом от МДМ банка. Подробнее по тел. 88002003700. Ваш МДМ Банк».

2. ОАО "МДМ Банк" представить в Новосибирское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до 14 февраля 2014 г.

В соответствии с ч.2.4 ст.19.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях, невыполнение в установленный срок законного решения, предписания федерального антимонопольного органа, его территориального органа о

прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе или законного решения, предписания федерального антимонопольного органа, его территориального органа об отмене либо изменении противоречащего законодательству Российской Федерации о рекламе акта федерального органа исполнительной власти, акта органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации или акта органа местного самоуправления влечет наложение административного штрафа 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 статьёй 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.