

РЕШЕНИЕ № Р14/49-03

22.05.2014г.

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 № Р14/49, возбужденного по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, в отсутствие представителя лица, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе - ООО «ОСК» (адрес места нахождения: 115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 10, стр. 1, ИНН 7705658056),

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. № 32 от 09.01.2014 г.).

Из заявления следует, что на абонентский номер <...> *****, зарегистрированный за гражданином, 23.11.2013 г. в 13:07 от абонента «rsb.ru» через SMS-центр: +79037011111 поступило SMS-сообщение рекламного характера следующего содержания: «Ваш перевод принят! Получите 450000р. в кредит на карту и возвращайте до 3% с каждой покупки на счет! Заявка по телефону 88002000029 ЗАО «Банк Русский стандарт» лиц. 2289, выдана ЦБ РФ 19.07.2001».

Определением №Р14/49-01 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 «ОСК», представлены письменные пояснения, согласно которым, рассматриваемые sms-сообщения поступали на оборудование общества от ЗАО «Банк Русский Стандарт» (далее - Клиент) на основании заключенного с указанной компанией Договора №SMS26-06/08 от 01.07.2008 г. (далее Договор). По указанному Договору ООО «ОСК» оказывает Клиенту услугу по обеспечению функционирования программного обеспечения ООО «ОСК», обеспечивающему доставку SMS-сообщений Клиента sms-сервер оператора связи. В соответствии с Договором, формирование и отправка SMS-сообщений осуществляется Клиентом самостоятельно, без согласования Обществом текстов и адресатов направляемых сообщений. При этом ООО «ОСК» не имеет технической возможности каким-либо образом формировать, дополнять, обрабатывать поступающие от Клиента sms-сообщения. Программное обеспечение ООО «ОСК» лишь осуществляет передачу текста sms-сообщения и номера адресата сообщения на оборудование оператора связи; указанная передача происходит в автоматическом режиме без какого-либо вмешательства со стороны ООО «ОСК». При этом в соответствии с условиями Договора Клиент обязуется не использовать услуги ООО «ОСК» в целях распространения информации, не запрошенной получателем, либо информации, от получения которой получатель предварительно отказался. В случае если текст рассылаемых с помощью программного обеспечения ООО «ОСК» сообщений, может быть признан рекламой, рекламораспространителем в этом случае будет, является Клиент как лицо, осуществляющее распространение рекламы.

На рассмотрение дела лицо, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе, не явилось, представив письменное ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствие.

Комиссия, рассмотрев письменное ходатайство ООО «ОСК», согласно пункту 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе 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; **неадекватная реклама** - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Рассматриваемое sms-сообщение состоит из 2 частей, первая часть из которого (следующего содержания: Ваш перевод принят!), является уведомлением банком

абонента «...» о совершенной операции; вторая же часть сообщения (следующего содержания: Получите 450000р. в кредит на карту и возвращайте до 3% с каждой покупки на счет! Заявка по телефону 88002000029 ЗАО «Банк Русский стандарт» лиц. 2289, выдана ЦБ РФ 19.07.2001), информирует о возможности получения кредита на определенную сумму.

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 кредит на сумму 450 000 рублей, на привлечение внимания к которому и направлена вторая часть sms-сообщения.

Таким образом, **рассматриваемая информация, следующего содержания: «Получите 450000р. в кредит на карту и возвращайте до 3% с каждой покупки на счет! Заявка по телефону 88002000029 ЗАО «Банк Русский стандарт» лиц. 2289, выдана ЦБ РФ 19.07.2001», является рекламой**, где объектом рекламирования выступает кредит на сумму 450 000 рублей, поскольку указанная часть сообщения отвечает всем требованиям, предъявляемым к рекламе.

Таким образом, sms-сообщение, поступившее абоненту «...» 23.11.2013г. в 13:07 от абонента «rsb.ru» через SMS-центр: +79037011111 следующего содержания: «Ваш перевод принят! Получите 450000р. в кредит на карту и возвращайте до 3% с каждой покупки на счет! Заявка по телефону 88002000029 ЗАО «Банк Русский стандарт» лиц. 2289, выдана ЦБ РФ 19.07.2001», 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие им было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Так, согласно сведениям, представленным ОАО «Вымпел-Коммуникации» (далее - Оператор), 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, Абонент (ООО «ОСК») 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 «ОСК», которое, согласно сведениям представленным Оператором, приняло на себя обязательства не использовать телефонный номер (в том числе уникальные коды идентификации) для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, **рекламы** и т.д. приводящих к нарушению

работоспособности оборудования и устройств связи, ущерб Оператора или третьим лицам.

Кроме того, сторонами при заключении договорных отношений было определено понятие «СПАМ», а именно «Спам» - SMS сообщения, отправленные Абонентом (ООО «ОСК») 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 «ОСК» приняло на себя обязательства не использовать выделенное подключение к оборудованию Оператора с целью организации спама.

Также ООО «ОСК» приняло на себя обязательство по отправке SMS-сообщений, только при наличии согласия Пользователя, подтвержденного документально, при этом при возникновении претензии со стороны Пользователя, ООО «ОСК» обязуется предоставить Оператору документальное подтверждение согласия Пользователей на получение SMS-сообщений, отправленных Абонентом. Кроме того, ООО «ОСК» 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 «ОСК» обязано иметь согласие пользователей на получение SMS-рассылки оформленное документально, т.е. письменное согласие.

В качестве довода ООО «ОСК», указывает, что рассматриваемое sms-сообщение рекламного характера направлено заявителю ЗАО «Банк Русский Стандарт» на основании заключенного, с указанной финансовой организацией, Договора №SMS26-06/08 от 01.07.2008 г. Сведениями о том, было ли ЗАО «Банк Русский Стандарт» получено согласие абонента, достоверно Обществу не известно, однако, в соответствии с условиями указанного выше договора, Клиент (ЗАО «Банк Русский Стандарт») гарантирует, что согласие абонентов им предварительно получено.

Указанный довод заявителя не может быть принят во внимание в силу того, что ООО «ОСК» 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 «ОСК» обязанности в получении документально оформленного согласия абонента, (согласно по договору № SMS26-06/08 от 01.07.2008 г. заключенному между ООО «ОСК» (Исполнитель) и ЗАО «Банк Русский Стандарт» (заказчик), на ЗАО «Банк Русский Стандарт»), не снимает с самого Общества обязанности исполнения договорных обязательств с ОАО «Вымпел-Коммуникации» в части получения указанного согласия абонента. Из этого следует, что ООО «ОСК» 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 "ОСК" не представлено.

Таким образом, учитывая, что у ООО «ОСК» 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 «ОСК» 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 услуг 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 «ОСК» (исполнитель) и ЗАО «Банк Русский Стандарт» (Заказчик) заключен договор от 01.07.2008г. № SMS26-06/08, согласно пункту 2 указанного договора, исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать Информационные услуги, перечень и описание которых указаны в Приложении № 1 к настоящему Договору, являющемся его неотъемлемой частью.

Пунктом п. 1.1.14, указанного договора определено понятие «СПАМ», а именно «СПАМ» - массовая рассылка **SMS-сообщений рекламного или иного характера лицам**, не являющимся Клиентами Заказчика, а также **рассылка Клиентам Заказчика информации, не относящиеся к предмету договора о банковском обслуживании**.

Согласно п. 3.1.3 указанного договора, стороны обязаны осуществлять взаимодействие в строгом соответствии с Федеральным законом «О связи» 26-ФЗ от 07.07.2003 г., нормативными документами Министерства информационных технологий и связи Российской Федерации, а также иными требованиями законодательства Российской Федерации.

Согласно пункту 3.4.6 этого же договора, Заказчик обязан получить согласие Абонентов на направление им SMS-сообщений Заказчика.

Из анализа имеющихся материалов, следует, что ЗАО «Банк Русский Стандарт», используя предоставленные ему ООО «ОСК» 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, ЗАО «Банк Русский Стандарт» является рекламораспространителем

и в его действиях усматриваются признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Кроме того, объектом рекламирования в рассматриваемой рекламе является кредит на сумму 450 000 рублей.

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.

Согласно части 1 статьи 819 ГК РФ, по кредитному договору банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуются предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее.

Таким образом, кредит – 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.

А также усматриваются признаки нарушения части 3 статьи 28 Закона о рекламе, согласно которой, реклама услуг, связанных с предоставлением кредита, использованием им и погашением кредита, содержит хотя бы одно условие, влияющее на его стоимость, такая реклама должна содержать все остальные условия, определяющие фактическую стоимость кредита для заемщика и влияющие на нее.

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 и части 3 Закона о рекламе в отношении ЗАО «Банк Русский Стандарт» (адрес места нахождения: 105187, г. Москва, ул. Ткацкая,36, ИНН 7707056547, ОГРН 1027739210630).

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 части SMS-сообщения поступившего 23.11.2013 г. в 13:07 от абонента «rsb.ru» через SMS-центр: +79037011111 следующего содержания: «Получите 450000р. в кредит на карту и возвращайте до 3% с каждой покупки на счет! Заявка по телефону 88002000029 ЗАО «Банк Русский стандарт» лиц. 2289, выдана ЦБ РФ 19.07.2001» гражданину «...» **ненадлежащей**, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ООО «ОСК» предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе.
3. Выделить в отдельное производство дела о нарушении законодательства рекламе в отношении ЗАО «Банк Русский Стандарт» (адрес места нахождения: 105187, г. Москва, ул. Ткацкая,36, ИНН 7707056547, ОГРН 1027739210630) по части 1 статьи 18, п. 2 ч. 2 и ч. 3 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 № Р14/49-04

о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

22.05.2014 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 22.05.2014 по делу № Р14/49 о признании **ненадлежащей** рекламы, направленную посредством SMS-сообщения рекламного характера 23.11.2013 г. в 13:07 от абонента «rsb.ru» через SMS-центр: +79037011111 следующего содержания: «Ваш перевод принят! Получите 450000р. в кредит на карту и возвращайте до 3% с каждой покупки на счет! Заявка по телефону 88002000029 ЗАО «Банк Русский стандарт» лиц. 2289, выдана ЦБ РФ 19.07.2001» 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 «ОСК» (адрес места нахождения: 115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 10, стр. 1, ИНН 7705658056) в **десятидневный срок с момента получения настоящего предписания** устранить нарушение статьи 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.

Баусова Е.В.