

Сыктывкар

АО «Заубер Банк»

Большой проспект П.С.,
д. 25/2, лит. А, пом. 9Н,
г. Санкт-Петербург, 197198

<...>

ООО «СМС-центр»

Пресненская наб., д. 12,
офис А35, г. Москва, 123112

<...>

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми (далее - Коми УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

<...>,

рассмотрев дело № Р 33-11/18, возбужденное в отношении АО «Заубер Банк», адрес места нахождения: 197198, Российская Федерация, г. Санкт-Петербург, Проспект Большой П.С., д. 25/2, лит. А, пом. 9Н., по факту рекламы, распространенной 01.10.2018 в 18 часов 14 минут посредством использования подвижной радиотелефонной связи в виде SMS-сообщения на абонентский номер <...> с номера Sauber Bank следующего содержания:

«Мы открыли новый офис по обмену валюты у м.Павелецкая, Зацепский Вал, 5. Будем рады видеть Вас! С уважением, Заубер Банк» (далее - рассматриваемая реклама), с признаками нарушения требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в отсутствие:

- заявителя, надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте рассмотрения дела (соответствующие доказательства имеются в материалах рекламного дела),

- АО «Заубер Банк», надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте рассмотрения дела, заявившего ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствие,

- ООО «СМС-центр», надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте рассмотрения дела,

- ООО «ДЭНИ КОЛЛ», надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте рассмотрения дела, заявившего ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие своего представителя,

УСТАНОВИЛА:

В Коми УФАС России поступило обращение <...> (далее – <...>, заявитель) от 01.10.2018 (вх. 3481-э от 02.10.2018), о распространении 01.10.2018 в 18 часов 14 минут посредством использования подвижной радиотелефонной связи в виде SMS-сообщения на абонентский номер <...> рекламы следующего содержания: «Мы открыли новый офис по обмену валюты у м.Павелецкая, Зацепский Вал, 5. Будем рады видеть Вас! С уважением, Заубер Банк» (далее - рассматриваемая реклама).

По результатам рассмотрения указанного обращения принято решение о возбуждении дела № Р 33-11/18 в отношении АО «Заубер Банк» по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, к участию в деле в качестве лица, располагающего сведениями о рассматриваемых Комиссией обстоятельствах, привлечено ООО «ДЭНИ КОЛЛ», адрес места нахождения: 350015, Российская Федерация, Краснодарский край, г. Краснодар, ул. Новокузнецкая, д. 67, офис 32/2, о чем вынесено соответствующее определение № 03-01/8503 от 30.11.2018.

Определением № 03-01/9234 от 24.12.2018 к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечено ООО «СМС-центр», адрес

места нахождения: 123112, г. Москва, наб. Пресненская, д. 12, офис А35.

АО «Заубер Банк» в письменных пояснениях, представленных в материалы дела, просило проинформировать о результатах рассмотрения дела по электронной почте <...> и по адресу: 197198, г. Санкт-Петербург, Большой проспект П.С., д. 25/2, лит. А, пом. 9Н.

Комиссия приняла решение об удовлетворении заявленного ходатайства.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» заявило ходатайство о направлении копии решения по делу на адрес электронной почты <...> с последующим досылком по почте.

В соответствии с п. 3.42. Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного приказом ФАС России № 711/12 от 23.11.2012 (далее – Административный регламент), Комиссия при подготовке к рассмотрению дела устанавливает лиц, участвующих в деле: заявителя (заявителей); лицо (лиц), в действиях которого (которых) содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе; заинтересованных лиц; экспертов; переводчиков.

Согласно п. 3.57. Административного регламента решение о прекращении рассмотрения дела оформляется в виде определения, копия которого направляется лицам, участвующим в деле, заказным письмом с уведомлением о вручении либо путем вручения под расписку непосредственно в антимонопольном органе либо по месту нахождения лиц, участвующих в деле, а в случаях, не терпящих отлагательств, дополнительно путем направления телефонограммы, телеграммы, по факсимильной связи или электронной почте либо с использованием иных средств связи.

Таким образом, в силу п.п. 3.42., 3.57. Административного регламента решение по делу не подлежит направлению в адрес ООО «ДЭНИ КОЛЛ», поскольку оно является лицом, располагающим сведениями о рассматриваемых Комиссией обстоятельствах, а не лицом, участвующим в деле.

Из материалов дела № Р 04-01/18 (далее – рекламное дело) усматривается нижеследующее.

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.

Вышеуказанная информация содержит все правовые признаки рекламы:

- распространена посредством SMS-сообщения;
- адресована неопределенному кругу лиц;
- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования: новому офису по обмену валюты у м. Павелецкая, Зацепский Вал, 5, Заубер Банк, формирование или поддержание интереса к нему, и его продвижение на рынке.

Таким образом, указанная информация, распространенная в сети сотового оператора «ВымпелКом» посредством SMS-сообщения на абонентский номер <...>, является рекламой.

В силу положений, установленных ч. 1 ст. 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.

Согласно п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

В соответствии с Разъяснениями ФАС России от 14.06.2012 «О порядке применения статьи 18 Федерального закона «О рекламе» реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

<...> указывает, что согласия на получение рассматриваемой рекламы им не давалось.

Согласно ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, несет ответственность рекламодатель.

В соответствии с ч. 8 ст. 38 Закона о рекламе, рекламопроизводитель несет ответственность за нарушение требований, установленных ч.ч. 6, 7 ст. 38 Закона о рекламе, в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

В силу п. 7 ст. 3 Закона о рекламе рекламодатель – лицо,

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

В соответствии с п. 6 ст. 3 Закона о рекламе рекламопроизводитель – лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму.

Как следует из письменных пояснений ООО «ДЭНИ КОЛЛ», представленных в материалы рекламного дела, ООО «ДЭНИ КОЛЛ» не является заказчиком и рекламораспространителем рассылки рассматриваемого сообщения. Между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (Исполнитель) и ООО «СМС-центр» (Заказчик) заключен Партнерский договор № ДП/SMS-4/01122017 от 01.12.2017 (далее - Договор), в соответствии с которым ООО «ДЭНИ КОЛЛ» оказывает услуги по предоставлению исключительно технической возможности для рассылки SMS-сообщений.

В соответствии с п. 3.1.2 указанного Договора Заказчик обязуется самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получать от Абонента, на Абонентское устройство которого планируется отправка SMS-сообщений, согласие на получение таких SMS-сообщений в форме, безоговорочно подтверждающей волеизъявление Абонента на получение SMS-сообщений, для предоставления его Исполнителю в рамках оказания Услуги.

Согласно п. 3.1.12 Договора Заказчик обязуется использовать в Интерфейсе только те абонентские номера, по которым Заказчиком получено предварительное согласие Абонентов на получение рекламы.

В силу п. 4.5 Договора Заказчик самостоятельно формирует SMS-сообщения, инициирует отправки SMS-сообщений и HLR-запросов, производит выбор конкретных настроек и опций оказания Услуг и совершает другие действия в рамках оказания Исполнителем Услуг по Договору.

В соответствии с п. 4.15 Договора в случае размещения Рекламных сообщений среди Абонентов из базы Абонентов Заказчика Заказчик обязуется для размещения Рекламных сообщений получить согласие Абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их упоминания в SMS-сообщении) для целей размещения Рекламных сообщений. Письменное согласие должно в обязательном порядке содержать абонентский номер <...> по которому Абонент дал согласие на получение SMS-сообщений.

Согласно п. 6.14 Договора во избежание сомнений Стороны пришли к соглашению, что Исполнитель не несет ответственности за содержание Рекламных сообщений, поскольку Исполнитель не осуществляет постоянный мониторинг рассылки, размещаемой Заказчиком посредством Интерфейса. Также Исполнитель не несет ответственность за наличие согласия Абонентов на получение рекламы при размещении Рекламных сообщений

среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика.

Как следует из письменных пояснений ООО «СМС-центр», представленных в материалы рекламного дела, сообщения отправлялись в рамках договора № 362926 от 29.07.2014, заключенного между ООО «СМС-центр» (именуемое далее «Исполнитель») и АО «Заубер Банк» (именуемое далее «Заказчик»). Отправителем данных сообщений являются Заказчик(и), тогда как Исполнитель предоставляет Заказчику (ам) услуги доступа к Сервису SMSC.ru для самостоятельной отправки Сообщений из Личного кабинета, а также для интеграции сервисов Заказчика(ов) для отправки и приема Сообщений через API.

ООО «СМС-центр» также сообщило, что общество оказывает услуги на основании лицензии на право оказания телематических услуг связи № 166255 от 26.01.2017, выданной Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций. Общество предоставляет юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям технический канал в сервисе SMPP, SMTP, HTTP, SOAP – протоколы). Сервис SMSC.ru – совокупность аппаратных устройств и программного обеспечения, принадлежащих обществу и позволяющих осуществлять передачу сообщений от инициатора рассылки до операторов связи.

При этом ООО «СМС-центр» не определяет ни содержание сообщений, ни круг лиц-получателей сообщений, ни место и время распространения сообщений, не доводит сообщение до потребителей информации, не преследует цель привлечения внимания к объекту рекламирования. Общество предоставляет технический канал для передачи сообщения от Заказчика рассылки только к Оператору связи. У ООО «СМС-центр» отсутствует техническая возможность передачи сообщения напрямую потребителю информации (абоненту). Набор текста сообщения и ввод телефонного номера абонента осуществляется заказчиком рассылки. SMS-сообщение на номер <...> от 01.10.2018 было отправлено АО «Заубер Банк» (далее – Заказчик) через клиентский доступ, предоставленный в рамках договора оказания услуг связи № 362926 от 29.07.2004. В соответствии с договором оказания услуг ООО «СМС-центр» прямо запрещает Заказчику отправку любых сообщений, нарушающих требования законодательства, в том числе без предварительного согласия абонента, поэтому общество не преследует цель и не допускает возможности распространения ненадлежащей рекламы, то есть не имеет и не может иметь умысла на совершение административного правонарушения, предусмотренного ст. 14.3 КоАП РФ.

ООО «СМС-центр» также пояснило, что в соответствии с договором Заказчик обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации... (в том числе Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе») (п. 3.2.1.); не использовать подключение к Сервису SMSC.ru: для организации СПАМА (п. 3.2.5). В соответствии с п. 6.5. Договора

ответственность за содержание Сообщений и присваиваемое имя отправителя несет Заказчик. Общество обеспечивает доступ к сервису SMSC.ru и обязано передавать сообщения в их неизменном содержании и объеме, в связи с этим ответственность за включение в сообщения сведений и данных, противоречащих действующему законодательству, возлагается на Заказчика.

ООО «СМС-центр» указало, что АО «Заубер Банк» самостоятельно осуществило отправку указанного SMS-сообщения (в том числе набор текста и ввод номера абонента, определение места и времени отправки) через выделенный доступ к технической платформе сервиса. ООО «СМС-центр» получает команду от Заказчика только на маршрутизацию сообщения конкретному оператору связи, однако не имеет юридического права и технической возможности контролировать содержание каждого сообщения и наличие согласия абонентов на их получение. Так как ООО «СМС-центр» не определяет конкретных лиц-получателей сообщений (абонентов), не взаимодействует с ними в рамках договорных и иных отношений, не формирует текст и самостоятельно не осуществляет отправку смс-сообщений, то в соответствии с требованиями ФЗ «О персональных данных» не имеет права требовать от Заказчика персональные данные каждого конкретного абонента, которому отправляются смс-сообщения. Кроме того, учитывая большое количество сообщений (3-5 млн сообщений ежедневно), ООО «СМС-центр» не имеет технической возможности осуществлять контроль за наличием согласия каждого получателя.

По мнению ООО «СМС-центр», в его действиях отсутствуют признаки нарушения законодательства о рекламе, общество не является ни рекламодателем, ни рекламопроизводителем, ни рекламораспространителем. Номер абонента внесен в стоп лист смс-рассылок.

В соответствии с письменными пояснениями, представленными АО «Заубер Банк» в материалы рекламного дела, Банк осуществляет отправку сообщений исключительно определенным категориям клиентов Банка в зависимости от целей каждой конкретной рассылки. При этом выборка клиентов для SMS-рассылок осуществляется ответственным сотрудником Банка вручную с помощью программно-технических средств. Рассматриваемое SMS-сообщение было отправлено определенному кругу лиц в дату 01.10.2018, а именно категории клиентов АО «Заубер Банк», которые ранее обращались за получением услуг в АО «Заубер Банк» и предоставляли свое согласие на получение информации, в том числе рекламной, от имени АО «Заубер Банк». Выборка телефонных номеров клиентов осуществлялась в ручном режиме посредством отбора данной категории клиентов с помощью программно-технических средств, а именно автоматизированной банковской системы АБС «Омега», в которой содержится информация обо всех клиентах Банка. Сотрудником Управления информационной безопасности и автоматизации была осуществлена

загрузка номеров телефонов и текста sms-сообщения на сервис SMSC.RU, посредством которого непосредственно произведена отправка. По мнению АО «Заубер Банк», данная информационная рассылка не может квалифицироваться в качестве рекламы, поскольку она предоставлялась определенному и конкретному кругу лиц – клиентам Банка, ранее осуществлявшим валютно-обменные операции, в то время как реклама должна быть адресована неопределенному кругу лиц. Поскольку данная информация не отвечает признакам рекламы, АО «Заубер Банк» не может быть признано рекламодателем. Кроме того, АО «Заубер Банк» указало, что данная sms-рассылка носила информационный характер и преследовала своей целью повышение осведомленности клиентов Банка об открытии нового подразделения, в котором клиенты Банка могут совершать валютно-обменные операции. Поскольку данная рассылка была однократной, в настоящее время она не осуществляется.

Комиссия рассмотрела вышеуказанные доводы и пришла к следующим выводам.

Согласно положению, установленному пунктом 1 статьи 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.

В соответствии с пунктом 2 указанной статьи, 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.

По смыслу пункта 3 статьи 3 Закона о рекламе товаром признаётся продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Рассматриваемое сообщение, распространенное посредством SMS-сообщения на абонентский номер заявителя, следующего содержания: «Мы открыли новый офис по обмену валюты у м.Павелецкая, Зацепский Вал, 5. Будем рады видеть Вас! С уважением, Заубер Банк» содержит указание на наименование Банка – Заубер Банк, информацию об открытии нового офиса по обмену валюты, указан адрес офиса – «у м. Павелецкая, Зацепский Вал, 5», а также выражение «Будем рады видеть Вас!». Таким образом указанная информация направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования – новому офису по обмену валюты у м.Павелецкая, Зацепский Вал, 5, Заубер Банк, формирует или поддерживает интерес к нему и направлена на продвижение его на рынке. Соответственно

указанная информация является рекламой.

ФАС России письмом от 27.06.2016 № АД/43482/16 разъяснила, что под рекламой понимается определённая неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определённого объекта рекламирования, даже если она направляется по определённому адресному списку. Так, например, в случае направления посредством СМС-сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщённый характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение в сообщении (упоминание имени и отчества абонента), представляют интерес для неопределённого круга лиц и являются рекламой.

В письме от 20.06.2018 № АД/45557/18 «Об оценке неопределённого круга лиц в рекламе» ФАС России разъяснила, что под неопределённым 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. Таким образом, под рекламой понимается определённая неперсонифицированная информация, направленная на продвижение объекта рекламирования, в том числе если она направляется по конкретному адресному списку. При этом реклама может иметь целевую аудиторию, к которой относятся некие лица, для которых в первую очередь предназначена такая информация. Однако направленность рекламы на неопределённый круг оценивается лиц исходя из выбранного способа и средства распространения рекламы, а также содержания самой рекламной информации. Если рекламная информация представляет интерес и доступна также и иным лицам, не только входящим в её целевую аудиторию, то направленность такой рекламы выходит за пределы целевой аудитории и относится к неопределённому кругу лиц. Таким образом, квалификация информации как рекламы либо иного рода информации зависит от совокупности направленности и содержания сути сведений, приведенных в такой информации. По мнению специалистов ФАС России, если информация отвечает признакам рекламы и имея некую целевую аудиторию (например, клиенты компании, зрители телеканала, прохожие определённой территории), формирует интерес у неопределённого круга лиц, соответственно, выходит за пределы своей целевой аудитории, такая информация является рекламой и подпадает под регулирование Федерального [закона](#) «О рекламе».

На основании вышеизложенного рассматриваемая информация носит обобщённый характер, способна формировать или поддерживать интерес к данному объекту рекламирования не только у конкретного лица - заявителя, но и у иного лица.

Таким образом, доводы АО «Заубер Банк» о том, что рассматриваемое SMS-сообщение не является рекламой, подлежат отклонению Комиссией как необоснованные.

Кроме того, довод АО «Заубер Банк» о том, что Банк не является рекламодателем, также не может быть принят во внимание, поскольку не подтвержден материалами дела и противоречит им. Из положений договора, заключенного между АО «Заубер Банк» и ООО «СМС-центр», а также письменных пояснений указанных лиц, приведенных ранее, следует, что рекламодателем рассматриваемого SMS-сообщения является АО «Заубер Банк». ООО «СМС-центр» не является рекламодателем рассматриваемого SMS-сообщения.

Как следует из письменных пояснений АО «Заубер Банк», представленных в материалы рекламного дела, Банком предварительно, до начала рассылки SMS-сообщений, было получено согласие <...> в письменной форме на получение информационных сообщений, что свидетельствует о правомерности направления Банком данного сообщения.

В качестве подтверждения вышеуказанного довода Банком представлена копия опросника клиента – физического лица – <...> от 18.08.2015. В данном опроснике указан номер телефона - <...>, а также выражено согласие <...> на получение от АО «Заубер Банк» сообщений информационного характера, а также коммерческих, рекламных и иных материалов, содержащих предложения воспользоваться продуктами и услугами АО «Заубер Банк», в любой форме по выбору АО «Заубер Банк» (SMS-сообщения, рассылки по электронной почте).

Указанное согласие <...> не отозвано. Обратное в Коми УФАС России отсутствует.

Таким образом, из материалов рекламного дела № Р 33-11/18 усматривается, что распространение рассматриваемой рекламы осуществлено на абонентский номер <...> заявителя с его предварительного согласия.

С учетом изложенного, оснований полагать, что рассматриваемая реклама размещена в нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, у Комиссии не имеется.

В письменных пояснениях АО «Заубер Банк», представленных в материалы дела, Банк просит прекратить производство по делу в связи с отсутствием в действиях Банка нарушений законодательства о рекламе.

В соответствии с пунктом 3.56 Административного регламента Комиссия принимает решение о прекращении рассмотрения дела, если в процессе рассмотрения дела будет установлено, в том числе отсутствие фактов нарушения законодательства о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь подпунктом «а» пункта 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, пунктами 3.56, 3.57 Административного регламента, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

Производство по делу № Р 33-11/18 в отношении АО «Заубер Банк», ООО «СМС-центр» прекратить.

Председатель
Комиссии

_____ <...>

Члены Комиссии

_____ <...>

_____ <...>