

РЕШЕНИЕ

по делу № 03-21/01-2016

о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе

24 февраля 2016 года

г. Йошкар-Ола

Резолютивная часть решения объявлена: 15 февраля 2016 года

Полный текст решения изготовлен: 24 февраля 2016 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии и члены Комиссии

рассмотрев дело № 03-21/01-2016, возбужденное в отношении **ПАО КБ «Восточный»**, **ООО «СМС Трафик»**, **ЗАО «СмартКардЛинк»** по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), выразившемся в направлении на телефонный номер <...> гражданки В.В. 10.11.2015 в 16 часов 20 минут смс -сообщения с буквенных идентификаторов **vostbank.ru**, без предварительного согласия абонента следующего содержания: **«К предновогодним распродажам-кредиты от ПАО КБ «Восточный». Например, 50 000 рублей на 3 года всего за 16% годовых! Не упустите время скидок на подарки себе и своим близким! 88001007100, vostbank.ru»**, в качестве sms – центра указан: +79168960390,

в отсутствие представителей, надлежащим образом извещенных о дате, месте, времени рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) в порядке переадресации из Федеральной антимонопольной службы России поступило заявление гражданки В.В. (вх. № 280-П от 13.11.2015).

В своем заявлении гражданки В.В. указала, что на ее абонентский номер <...> .11.2015 в 16 часов 20 минут было направлено смс -сообщение с буквенных идентификаторов **vostbank.ru**, без предварительного согласия абонента следующего содержания: **«К предновогодним распродажам-кредиты от ПАО КБ «Восточный». Например, 50 000 рублей на 3 года всего за 16% годовых! Не упустите время скидок на подарки себе и своим близким! 88001007100, vostbank.ru»**. В

качестве sms – центра указан: (*****).

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 26.03.2006 № 38-ФЗ (далее - Закон 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.

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

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

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 (Письмо ФАС России от 05 апреля 2007 года № АЦ/4624).

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Из материалов дела следует, что информация, поступившая Павловой В.В. имеет все признаки рекламы, а именно: данная информация направлена неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не ясно, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого данное сообщение направлено; направлены на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии с частью 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях

продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи, допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

При обращении в Марийское УФАС России гражданка В.В. сообщила об отсутствии ее разрешения на получение рассматриваемой рекламы.

Распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

Понятие адресата содержится в статье 2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями сообщений.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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 рекламораспространителя.

Согласно сведениям, содержащимся в реестре Российской системы и плана нумерации, указанный абонентский номер принадлежит ПАО «МТС».

Письмом от 14.12.2015 вх. № 15762 ПАО КБ «Восточный» указало, что распространение данной рекламы осуществлялось обществом через сервис SAS MA по базе действующих клиентов банка, однако на абонентский номер гражданина данное смс-сообщение направлено в связи с техническим сбоем. Также общество пояснило, что отправка смс-сообщений осуществлялась посредством комплекса необходимых технических и организационных

мероприятий ООО «СМС Трафик» согласно договору № 354/15 от 01.07.2015.

В письменных пояснениях ООО «СМС Трафик» от 28.12.2015 вх. № 16416 сообщило, что в соответствии с договором № 354/15 от 01.07.2015, заключенным между ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) и ПАО КБ «Восточный» (Заказчик), Исполнитель по заданию Заказчика оказывает последнему услуги доступа к системе, обеспечивающей обработку, отправку смс-сообщений и организацию их взаимодействия между Заказчиком и абонентом. Согласно п. 3.2.2 указанного договора. Заказчик обязан получить от абонента, на телефон которого Заказчик планирует осуществлять отправку смс-сообщений с информацией Заказчика, предварительное согласие, позволяющее достоверно установить его волеизъявление на получение смс-сообщений.

В письменных пояснениях от 01.12.2015 вх. № 15065 ПАО «МТС» сообщило, что спорное рекламное смс-сообщение с буквенными идентификаторами vostbank.ru поступило на номер гражданки В.В. с сервисного номера, выделенного ЗАО «СмартКардЛинк» в рамках договора № D140755872 от 08.12.2014.

В соответствии с условиями п. 2.1. указанного договора ЗАО «СмартКардЛинк» по поручению ПАО «МТС» обязалось совершать фактические действия по оказанию услуг заказчикам смс-рассылки. В рамках исполнения указанного поручения ЗАО «СмартКардЛинк» обязалось от своего имени заключать договоры на оказание услуг по смс-рассылке. Также в соответствии с п. 3.3.3 данного договора обязанность получения от заказчиков смс-рассылок согласия на получение рекламных смс-сообщений возложена на ЗАО «СмартКардЛинк».

Между ЗАО «СмартКардЛинк» (Исполнитель) и ООО «СМС Трафик» (Заказчик) заключен договор № 010413 от 01.04.2013, согласно которому Исполнитель обязуется оказывать услуги по информационному и технологическому обеспечению комплекса мероприятий Заказчика, предусматривающих взаимодействие с пользователями на основе услуг, оказываемых Исполнителем, в открытых телекоммуникационных сетях, включая оказание услуг по приему Исполнителем от Заказчика сообщений, их обработке и отправке на СМС-центр оператора для передачи пользователям информационных смс-сообщений при помощи программно-аппаратного обеспечения Исполнителя.

Таким образом, ПАО КБ «Восточный», ООО «СМС Трафик» и ЗАО «СмартКардЛинк» осуществили распространение рекламного смс-сообщения на абонентский номер гражданки В.В. без согласия абонента на получения такого смс-сообщения.

В соответствии с частью 1 статьи 46 Закона о связи оператор связи обязан оказывать пользователям услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами, техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи; соблюдать требования, касающиеся организационно-технического взаимодействия с другими сетями связи, пропуска трафика и его маршрутизации и устанавливаемые федеральными органами исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

В письме Министерства связи и массовых коммуникаций Российской Федерации от 24.04.2014 исх. № ДА-П12-7436 указало, что в соответствии с законом о связи, действовавшим на момент передачи рассматриваемого смс-сообщения,

операторы связи обязаны соблюдать тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи. Просмотр почтовых отправлений лицами, не являющимися уполномоченными работниками оператора связи, ознакомление с информацией, передаваемой по сетям электросвязи, осуществляется только на основании решения суда, за исключением случаев, установленных федеральными законами.

Пунктом 21.1 Правил присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 28.03.2005 № 161, оператор сети подвижной связи при оказании услуг присоединения обязан обеспечить возможность пропуска трафика на (от) своей сети связи.

Таким образом, ПАО «МТС» как оператор связи, действуя на основании лицензий на оказание услуг радиоподвижной телефонной связи, в соблюдение действующего законодательства обеспечил возможность пропуска трафика по своим сетям связи и не распространял рассматриваемую рекламу с нарушением положений законодательства о рекламе.

Следовательно, фактическое (физическое) доведение рассматриваемого смс — сообщения до абонента без его согласия осуществили ПАО КБ «Восточный», ООО «СМС Трафик» и ЗАО «СмартКардЛинк», следовательно, общества являются рекламораспространителями.

В ходе рассмотрения дела Марийское УФАС России запрашивало у ПАО КБ «Восточный», ООО «СМС Трафик» и ЗАО «СмартКардЛинк» согласие абонента В.В. на получение рассматриваемого смс-сообщения, однако в Марийское УФАС России не были представлены доказательства того, что данное смс-сообщение было передано абоненту с его предварительного согласия.

Комиссией Марийского УФАС России были проанализированы все имеющиеся документы и доказательства по данному делу, на основании чего сделан вывод о том, что действия ПАО КБ «Восточный», ООО «СМС Трафик» и ЗАО «СмартКардЛинк» отвечают буквальному определению понятия, данному в пункте 7 статьи 3 Закона о рекламе в отношении рекламораспространителя — распространение рекламы с использованием любых средств, в данном случае — смс-сообщений.

Таким образом, рекламораспространители ПАО КБ «Восточный», ООО «СМС Трафик» и ЗАО «СмартКардЛинк», воспользовавшись техническими и программными средствами, в том числе программными и техническими средствами друг друга, а также программными и техническими средствами ПАО «МТС», не исполнили в должной мере положения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, распространив на телефонный номер гражданина смс-сообщение рекламного характера без предварительного согласия получателя.

При этом, из анализа договорных отношений между указанными лицами следует, что первоначально согласие абонента должно было быть получено ПАО КБ «Восточный» в письменной форме, данное согласие ПАО КБ «Восточный» должно было передать ООО «СМС Трафик» для дальнейшей передачи смс-сообщения с помощью программно-технических средств ЗАО «СмартКардЛинк». ЗАО

«СмартКардЛинк» в свою очередь, участвуя в передаче смс-сообщения, обязано было запросить согласие абонента для отправки спорного смс-сообщения через техническую платформу смс-центра оператора сотовой связи ПАО «МТС».

Действия ПАО КБ «Восточный», ООО «СМС Трафик» и ЗАО «СмартКардЛинк» являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным абонентам. Каждое из указанных лиц принимало непосредственное участие в распространении спорной рекламы. Доставка смс-сообщения абоненту В.В. стала возможной в результате взаимосвязанных действий ПАО КБ «Восточный», ООО «СМС Трафик» и ЗАО «СмартКардЛинк».

Договоры оказания услуг, заключенные между ПАО КБ «Восточный» и ООО «СМС Трафик», между ЗАО «СмартКардЛинк» и ПАО «МТС» не исключают обязанности каждого из указанных лиц соблюдать рекламное законодательство.

Также не исключает обязанность ООО «СМС Трафик» и ЗАО «СмартКардЛинк» соблюдать рекламное законодательство и тот факт, что общества фактически не формируют текст смс-сообщения и не осведомлены относительно содержания текста смс-сообщения. Законодательно установленное определение распространителя рекламы не поставлено в зависимость от обязательной осведомленности относительно ее содержания. Частью 1 статьи 18 Закона о рекламе предусмотрен повышенный контроль именно за распространением, а не за формированием содержания рекламы.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что при распространении на телефонный номер <...> гражданки В.В. 10.11.2015 в 16 часов 20 минут смс-сообщения с буквенных идентификаторов vostbank.ru, без предварительного согласия абонента следующего содержания: **«К предновогодним распродажам-кредиты от ПАО КБ «Восточный». Например, 50 000 рублей на 3 года всего за 16% годовых! Не упустите время скидок на подарки себе и своим близким! 88001007100, vostbank.ru»** были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель.

Марийское УФАС России считает, что в данном случае есть основания для выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе со стороны ПАО КБ «Восточный», ООО «СМС Трафик» и ЗАО «СмартКардЛинк».

Руководствуясь частью 1 статьи 18, 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, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «К предновогодним распродажам-кредиты от ПАО КБ «Восточный». Например, 50 000 рублей на 3 года всего за 16% годовых! Не упустите время скидок на подарки себе и своим близким! 88001007100, vostbank.ru», направленную в 10.11.2015 в 16 часов 20 минут на телефонный номер гражданки В.В. (*****) без ее предварительного согласия, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения со стороны ПАО КБ «Восточный», ООО «СМС Трафик» и ЗАО «СмартКардЛинк», а именно распространение рекламы посредством смс следующего содержания: «К предновогодним распродажам-кредиты от ПАО КБ «Восточный». Например, 50 000 рублей на 3 года всего за 16% годовых! Не упустите время скидок на подарки себе и своим близким! 88001007100, vostbank.ru» без предварительного согласия абонента.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Марийского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

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

ПО ДЕЛУ № 03-21/01-2016

«24» февраля 2016 года

г. Йошкар - Ола

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии и члены Комиссии

на основании своего решения от «24» февраля 2016 года по делу № 03-21/01-2016 о признании ненадлежащей рекламы следующего содержания: **«К предновогодним распродажам-кредиты от ПАО КБ «Восточный». Например, 50 000 рублей на 3 года всего за 16% годовых! Не упустите время скидок на подарки себе и своим близким! 88001007100, vostbank.ru»**, направленную посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> без предварительного согласия абонента В.В. и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1,3 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 «СМС Трафик» (ИНН 7705642257, ОГРН 1057746117384) в пятнадцатидневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно, распространение смс-рекламы следующего содержания: «К предновогодним распродажам-кредиты от ПАО КБ «Восточный». Например, 50 000 рублей на 3 года всего за 16% годовых! Не упустите время скидок на подарки себе и своим близким! 88001007100, vostbank.ru» без предварительного согласия абонента В.В.

2. ООО «СМС Трафик» представить в Управление Федеральной антимонопольной службы России по Республике Марий Эл письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания в течение трех дней с момента его исполнения.

ПРЕДПИСАНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

ПО ДЕЛУ № 03-21/01-2016

«24» февраля 2016 года

г. Йошкар - Ола

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии и члены Комиссии

на основании своего решения от «24» февраля 2016 года по делу № 03-21/01-2016 о признании ненадлежащей рекламы следующего содержания: «**К предновогодним распродажам-кредиты от ПАО КБ «Восточный». Например, 50 000 рублей на 3 года всего за 16% годовых! Не упустите время скидок на подарки себе и своим близким! 88001007100, vostbank.ru**», направленную посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> без предварительного согласия абонента В.В. и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1,3 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. ЗАО «СмартКардЛинк» (ИНН 7734198004, ОГРН 1027700225453) в пятнадцатидневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно, распространение смс-рекламы следующего содержания: «К предновогодним распродажам-кредиты от ПАО КБ «Восточный». Например, 50 000 рублей на 3 года всего за 16% годовых! Не упустите время скидок на подарки себе и своим близким! 88001007100, vostbank.ru» без предварительного согласия абонента В.В.

2. ЗАО «СмартКардЛинк» представить в Управление Федеральной антимонопольной службы России по Республике Марий Эл письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания в течение трех дней с момента его исполнения.

ПРЕДПИСАНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

ПО ДЕЛУ № 03-21/01-2016

«24» февраля 2016 года

г. Йошкар - Ола

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии и члены Комиссии

на основании своего решения от «24» февраля 2016 года по делу № 03-21/01-2016 о признании ненадлежащей рекламы следующего содержания: **«К предновогодним распродажам-кредиты от ПАО КБ «Восточный». Например, 50 000 рублей на 3 года всего за 16% годовых! Не упустите время скидок на подарки себе и своим близким! 88001007100, vostbank.ru»**, направленную посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> без предварительного согласия абонента В.В. и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1,3 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. ПАО КБ «Восточный» (ИНН 2801015394, ОГРН 1022800000112) в пятнадцатидневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно, распространение смс-рекламы следующего содержания: «К предновогодним распродажам-кредиты от ПАО КБ «Восточный». Например, 50 000 рублей на 3 года всего за 16% годовых! Не упустите время скидок на подарки себе и своим близким! 88001007100, vostbank.ru» без предварительного согласия абонента В.В.

2. ПАО КБ «Восточный» представить в Управление Федеральной антимонопольной службы России по Республике Марий Эл письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания в течение трех дней с момента его исполнения.

Примечание!

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Управление Федеральной антимонопольной службы России по республике Марий Эл вправе в соответствии с пунктом 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на должностных лиц штраф 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 статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.