



**УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ
ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ**

РЕШЕНИЕ
по делу № 116

Резолютивная часть решения оглашена 29.11.2016
Решение в полном объеме изготовлено 13.12.2016

г. Екатеринбург

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области по рассмотрению дел о нарушениях законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии	<...> – заместитель руководителя управления;
члены Комиссии	<...> – начальник отдела контроля за соблюдением законодательства о рекламе и недобросовестной конкуренцией;
	<...> – главный специалист-эксперт отдела контроля за соблюдением законодательства о рекламе и недобросовестной конкуренцией;

в присутствии лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства – ООО «Екатеринбург-2000»: <...> (по доверенности),

в отсутствие лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства – ПАО КБ «УБРИР»,

рассмотрев в рамках Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утв. Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 (далее – Правила), дело № 116, возбужденное на основании заявления физического лица с жалобой на распространение ненадлежащей рекламы,

УСТАНОВИЛА:

Дело № 116 по признакам нарушения рекламного законодательства возбуждено Определением от 14.10.2016 в отношении ООО «Екатеринбург-2000» и ПАО КБ «УБРИР» на основании заявления физического лица (вх. № 01-14683 от 16.09.2016) с жалобой на поступление 07.09.2016 в 19:32 на его абонентский номер 8-912-<...> рекламного смс-сообщения «Уважаемый Олег Сергеевич! Для Вас специальное предложение! Кредит на доступных условиях с платежом от 6000 р. Вам предварительно одобрена сумма 220000р. Оформление только по паспорту! 8-800-1000-200» от адресата «UBRR», согласие на получение которого заявитель не давал.

Как сообщил заявитель, он является абонентом оператора связи «Мотив» (ООО «Екатеринбург-2000») и в 2013 г. являлся клиентом ОАО «УБРИР» (в настоящее время – ПАО КБ «УБРИР»).

Однако, 26.04.2014 заявителем в адрес ОАО «УБРИР» было подано заявление об отзыве согласия на обработку персональных данных в соответствии с ФЗ «О персональных данных», которое было принято и зарегистрировано в отделении ОАО «УБРИР».

В письменных объяснениях (вх. № 01-18239 от 22.11.2016), а также на заседании комиссии ООО «Екатеринбург-2000» сообщило следующее:

25.03.2015 между ООО «ТИМ» (Заказчик) и ООО «Екатеринбург-2000» (Оператор) заключен Договор № 51-000240, по условиям которого Оператор предоставил Заказчику SMS-услуги посредством подключения по протоколу SMMP v.3.4 к своему оборудованию, а заказчик обязался оплатить оказанные услуги в соответствии с условиями настоящего договора.

В силу п.3.2.4 Договора Заказчик обязан использовать SMS-услугу только для передачи информации Абонентам, в соответствии с нормами законодательства РФ, в том числе в соответствии с ФЗ «О рекламе».

В силу п.3.2.10 Договора Заказчик обязан в обязательном порядке получить согласие от Абонента, на абонентский номер которого планируется отправка SMS-сообщений, предварительное согласие на получение таких смс-сообщений в форме, которая может быть предъявлена Оператору в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства получения Заказчиком предварительного согласия Абонента на получение смс-сообщений Абонентом.

ООО «Екатеринбург-2000» у ООО «ТИМ» были истребованы сведения о наличии согласия абонента на получение рекламной рассылки. Согласно информации, полученной от ООО «ТИМ», инициатором отправки смс-сообщения был ПАО КБ «УБРИР» на основании договора № 49/01-08-16/26459 от 01.09.2016.

В силу п.5.9 Договора № 51-000240 от 25.03.2015 ООО «Екатеринбург-2000» обеспечивает отpravку смс-сообщений через свое оборудование в их неизменном содержании и объеме, в связи с этим ответственность за включение в смс-сообщение сведений и данных, противоречащих действующему законодательству, возлагается на заказчика.

Следовательно, участие ООО «Екатеринбург-2000» в деятельности по рассылке спорных смс-сообщений обусловлено договорными отношениями с ООО «ТИМ», при этом за определение круга абонентов, получающих рекламную рассылку ООО «Екатеринбург-2000» не отвечает. Более того, ООО «Екатеринбург-2000» не вправе по своей инициативе инициировать рассылку SMS-сообщений по договору, заключенному с ООО «ТИМ». Исходя из анализа договора, заключенного между ООО «ТИМ» и ПАО КБ «УБРИР» следует, что ответственность за наличие согласия абонента на получение рекламной рассылки несет ПАО КБ «УБРИР», поскольку указанное общество самостоятельно осуществило рассылку смс-сообщений, самостоятельно определило их содержание и круг абонентов-получателей.

Непосредственно к ООО «Екатеринбург-2000» заявитель с требованием о прекращении рассылки не обращался. Согласно сведениям, полученным от ООО «ТИМ», рассылка в отношении заявителя прекращена 25.10.2016.

ООО «Екатеринбург-2000» в силу закона и Договора, справедливо предполагая о добросовестности своего контрагента, не имело права вмешиваться во внутреннюю хозяйственную деятельность ООО «ТИМ» с целью установления наличия согласия абонентов на получение рассылки, а также содержания рассылки, поскольку не получало жалоб абонентов на осуществление рассылки без их согласия.

ООО «Екатеринбург-2000» не имело правовых оснований для контроля за содержанием смс-сообщений, направляемых ООО «ТИМ» и его контрагентами, а также за наличием согласия абонентов на получение таких сообщений, поскольку данные обстоятельства входят в исключительную зону ответственности ООО «ТИМ».

Таким образом, ввиду изложенного ООО «Екатеринбург-2000» не может быть признано субъектом административной ответственности, поскольку действовало в пределах, предусмотренных законом и Договором, в связи с чем производство по делу об административном правонарушении в отношении ООО «Екатеринбург-2000».

В письменных объяснениях (вх. № 01-18647 от 21.11.2016) ПАО КБ «УБРИР» сообщило следующее:

Общество полагает, что банком не нарушено законодательство Российской Федерации о рекламе.

ФЗ «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 (п.15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

Между банком и заявителем 12.03.2012 был заключен договор обслуживания счета с использованием банковских карт № МПК962040182. В п.1.6 данного договора указано, что Банк уведомляет Клиента об изменении перечня предоставляемых услуг, проведении рекламных акций, изменении Тарифов, окончании срока действия карт путем направления SMS или E-mail сообщений по реквизитам, предоставленным Клиентом Банку. В Заявлении на выпуск банковской карты ОАО «УБРИР» от 12.03.2012 заявитель сообщил банку свой телефонный номер 8-912-227-34-44.

С вышеуказанным условием договора заявитель был ознакомлен, что подтверждается личной подписью заявителя на последней странице договора. Тем самым заявитель выразил свое согласие на получение рекламы от банка путем направления смс-сообщений.

Заявление об отзыве согласия на обработку персональных данных от 26.04.2014, указанное в Определении, в банке не зарегистрировано.

В настоящее время абонентский номер заявителя исключен из списка информационной рассылки банка.

Согласно п.1 ст.3 ФЗ «О рекламе», реклама - это 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 данной норме 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. Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку (Разъяснения ФАС России от 14.06.2012 «О порядке применения статьи 18 ФЗ «О рекламе»).

Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о неком лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена (Письмо Федеральной антимонопольной службы от 05.04.2007 № АЦ/4624 «О понятии «неопределенный круг лиц»).

В тексте сообщения присутствует обращение к абоненту (заявителю): «Уважаемый Олег Сергеевич!», то есть информация, содержащаяся в смс-сообщении, является персонифицированной, а ее распространение не может признаваться распространением среди неопределенного круга лиц.

Согласно письму Федеральной антимонопольной службы от 27.06.2016 № АД/43482/16 «Об отнесении к рекламе информации с личным обращением» 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 обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица.

Направленное банком смс-сообщение имело своей целью вызвать интерес к содержащемуся в нем предложению только у заявителя, поскольку содержало условия кредита, определенные именно для данного клиента банка.

На основании вышеизложенного ПАО КБ «УБРИР» считает, что спорное смс-сообщение содержит персональное предложение банка клиенту, носит адресный характер и, как следствие, не является рекламой.

В связи с чем, руководствуясь п. 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, ПАО КБ «УБРИР» просит прекратить производство по делу.

За вх. № 01-19211 от 28.11.2016 в Свердловское УФАС России от ПАО КБ «УБРИР» поступило ходатайство о рассмотрении 29.11.2016 данного дела в отсутствие ПАО КБ «УБРИР».

Рассмотрев представленные материалы, заслушав доводы и возражения лица, в отношении которого возбуждено дело, Комиссия Свердловского УФАС России приходит к следующим выводам:

Целями Федерального закона «О рекламе» являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы (ст. 1 Федерального закона «О рекламе» от 13.03.2006 №38-ФЗ).

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 (п. 1 ст. 3 Федерального закона «О рекламе»).

ПАО КБ «УБРИР» распространило 07.09.2016 в 19:32 на его абонентский номер 8-912<...> рекламное смс-сообщение *«Уважаемый Олег Сергеевич! Для Вас специальное предложение! Кредит на доступных условиях с платежом от 6000 р. Вам предварительно одобрена сумма 220000р. Оформление только по паспорту! 8-800-1000-200»* от адресата «UBRR», согласие на получение которого заявитель не давал.

В соответствии с ч.1 ст.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.

В соответствии с Письмом ФАС России от 27.06.2016 № АД/43482/16 «Об отнесении к рекламе информации с личным обращением», 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 обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно 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), представляет интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

Довод ПАО КБ «УБРИР» о том, что информация, распространенная заявителю, не носит рекламного характера, нельзя считать обоснованным, поскольку:

Информация, направленная ПАО КБ «УБРИР» заявителю посредством смс-сообщения является рекламной, поскольку направлена на привлечение внимания к новым товарам (услугам, предложениям) ПАО КБ «УБРИР», которые заявитель может приобрести, но

которые, вместе с тем, не являются предметом договора обслуживания счета с использованием банковских карт № МПК962040182 от 12.03.2012.

ПАО КБ «УБРИР» с клиентами заключает договор обслуживания счета с использованием банковских карт. Указанный договор является публичным, все условия данного договора одинаковы для всех клиентов ПАО КБ «УБРИР».

Неотъемлемой частью договора обслуживания счета с использованием банковских карт является п.1.6 данного договора, в котором указано, что «Банк уведомляет Клиента об изменении перечня предоставляемых услуг, проведении рекламных акций, изменении тарифов, окончании срока действия карты путем направления SMS или E-mail сообщений по реквизитам, предоставленным Клиентом банку».

В соответствии с п.1 ст.426 ГК РФ, публичным договором признается договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратиться (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п.).

Коммерческая организация не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора, кроме случаев, предусмотренных законом и иными правовыми актами.

Цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законом и иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей (п.2 ст.426 ГК РФ).

При не совершении клиентом ПАО КБ «УБРИР» действий, направленных на отказ от получения рекламы, согласие лица на получение рекламной информации ПАО КБ «УБРИР» автоматически презюмируется на основании п.1.6 договора обслуживания счета с использованием банковских карт.

Таким образом, при подписании клиентом договора обслуживания счета с использованием банковских карт ПАО КБ «УБРИР» фактически подменяет право абонента на получение рекламы (и свою обязанность получения согласия абонента) на обязанность получения абонентом рекламы (и свое право на распространение рекламы), так как клиенту при подписании договора не предоставляется реальная возможность отдельно выразить свое согласие/несогласие на рассылку ему рекламной информации. Согласие клиента ПАО КБ «УБРИР» презюмируется вследствие заключения договора обслуживания счета с использованием банковских карт, что не может служить надлежащим полученным согласием абонента на получение рекламы.

Согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (абз.4 п.15 Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58).

Для признания надлежащим факта получения рекламораспространителем согласия абонента либо адресата на получение им рекламной информации изначально должно быть явно выраженное желание абонента либо адресата на ее получение, в том числе, посредством отметки соответствующего надлежащим образом оформленного пункта.

Сам факт приобретения физическим лицом товара (в данном случае открытие и обслуживание счета с использованием банковской карты) не свидетельствует о желании данного лица получать рекламу.

Как сообщил заявитель в своем обращении, он не давал согласия на распространение ему рассматриваемой рекламы. Материалы, подтверждающие дачу согласия абонентом – владельцем указанного в данном Решении номера, на распространение ему рекламных смс-сообщений, в управлении отсутствуют.

Таким образом, предоставление рекламы в указанном случае является формой навязывания информации, на получение которой абонент не согласен.

Ненадлежащая реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Как сообщило ПАО КБ «УБРИР», в настоящее время абонентский номер заявителя исключен из списка информационной рассылки банка, в связи с чем отсутствует необходимость в выдаче предписания о прекращении распространения ненадлежащей рекламы.

Ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель (ч. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе»).

Рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, согласно п. 7 ст. 3 ФЗ «О рекламе».

Рекламодателем рассматриваемого рекламного смс-сообщения является ПАО КБ «УБРИР».

В соответствии с п.7 ч.2 ст.33 ФЗ «О рекламе» Антимонопольный орган вправе применять меры ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

За нарушение рекламного законодательства ч.1 ст. 14.3 КоАП РФ предусмотрена административная ответственность.

Согласно п.43 Правил дата изготовления решения в полном объеме считается датой принятия решения.

В резолютивной части решения комиссия указывает на необходимость передачи дела должностному лицу Управления для рассмотрения дела об административном правонарушении по ст.14.3 КоАП РФ.

Согласно п.1 ч.1 ст.28.1 КоАП РФ поводом к возбуждению дела об административном правонарушении является, в том числе, непосредственное обнаружение должностными лицами, уполномоченными составлять протоколы об административных правонарушениях, достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения.

На основании изложенного, руководствуясь ст. ст. 33 - 36 ФЗ «О рекламе», в соответствии с п. 37 – 43 Правил, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу, распространенную 07.09.2016 в 19:32 на абонентский номер 8-912-... (рекламное смс-сообщение «*Уважаемый Олег Сергеевич! Для Вас специальное предложение! Кредит на доступных условиях с платежом от 6000 р. Вам предварительно одобрена сумма 220000р. Оформление только по паспорту! 8-800-1000-200*») от адресата «UBRR», ненадлежащей, нарушающей требования ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе», что выразилось в рассылке сообщений рекламного характера без согласия абонента на получение рекламы.

2. Прекратить производство по делу в отношении ООО «Екатеринбург-2000» ввиду неподтверждения в ходе рассмотрения дела фактов нарушения ФЗ «О рекламе» в действиях указанного лица.

3. Предписание ПАО КБ «УБРИР» о прекращении нарушения рекламного законодательства не выдавать

4. Законному представителю ПАО КБ «УБРИР» (ст. 25.4 КоАП РФ – законными представителями юридического лица в соответствии с настоящим Кодексом являются его руководитель, а также иное лицо, признанное в соответствии с законом или учредительными документами органом юридического лица. Полномочия законного представителя юридического лица подтверждаются документами, удостоверяющими его служебное положение) надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург,

ул. Московская, 11, каб. 318) **30 января 2017 г. в 10 час. 00 мин.** для составления протокола об административном правонарушении по ч.1 ст.14.3 КоАП РФ с документами, удостоверяющими личность.

5. Президенту ПАО КБ «УБРИР» <...> надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, каб. 318) **30 января 2017 г. в 10 час. 30 мин.** для составления протокола об административном правонарушении по ч.1 ст.14.3 КоАП РФ с документами, удостоверяющими личность.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации

Председатель комиссии

<...>

Члены комиссии

<...>

<...>