

РЕШЕНИЕ

по делу № 15-03-18-02/435

24 июня 2015 г.

г. Волгоград

Резолютивная часть решения оглашена 24 июня 2015 г.

Решение изготовлено в полном объеме 07 июля 2015 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Волгоградской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии	-	заместитель руководителя Управления Никуйко Ирина Борисовна,
Члены Комиссии	-	старший государственный инспектор – Демичева Ксения Александровна,
	-	государственный инспектор – Кузнецова Дарья Александровна,
	-	специалист первого разряда – Донцов Дмитрий Александрович

рассмотрев дело № 15-03-18-02/435 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ РФ от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее ФЗ «О рекламе»), возбуждённое в отношении ОАО «ВымпелКом» (ИНН 7713076301); ЗАО «Связной загрузка» (ИНН 7703544582); ООО «ЛИКАРД» (ИНН 3444197347), лица участвующее в деле извещены.

УСТАНОВИЛА:

Территориальный антимонопольный орган Федеральной антимонопольной службы, осуществляющий надзор за соблюдением законодательства о рекламе, руководствуется в своей деятельности Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 г. № 508 (далее Правила).

В соответствии с п. 12 Правил дело может быть возбуждено Федеральной антимонопольной службой или ее территориальными органами по собственной инициативе при выявлении фактов, указывающих на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также по представлению прокурора, обращению органа государственной власти или органа местного

самоуправления, заявлению физического или юридического лица.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Волгоградской области поступили заявления физического лица (вх. № 1671 от 10.03.2015 г.; № 2214 от 30.03.2015 г.) с жалобой на рассылку смс-сообщений рекламного характера без его предварительного согласия. Заявитель, номер телефона которого: +7-XXX-XXX-XX-XX (оператор ОАО «ВымпелКом», Волгоградская обл.), жалуется на получение сообщений следующего содержания:

- 19.02.2015 г. в 13.58 от CLUB-LUKOIL: «С 20 по 25 февраля 2015 г. на АЗС «ЛУКОЙЛ» акция «32=23»! 23 дополнительных балла за заправку от 32 л. топлива. Инфо: club-lukoil.ru»;

- 06.03.2015 г. в 09.38 от CLUB-LUKOIL: «С 6 по 11 марта 2015 г. на АЗС «ЛУКОЙЛ» акция «Весенний бал»! Двойные баллы за заправку от 30 л. топлива. Инфо: club-lukoil.ru».

Заявитель утверждает, что согласия на получение рекламных рассылок не давал.

К заявлениям были приложены детализированные выписки по абонентскому номеру +7-XXX-XXX-XX-XX, из анализа которых установлено, что в указанное время действительно поступили на абонентский номер заявителя смс-сообщения.

По обращению направлялся запрос о предоставлении информации в адрес ООО «ЛИКАРД» (исх. № 02-12/2551 от 15.04.2015 г.); в адрес ОАО «ВымпелКом» (исх. №.02-12/1518 от 16. 03.2015 г.).

ОАО «ВымпелКом» в ответ на запрос информации сообщило следующее (вх. № 2469 от 07.04.2015 г.):

ОАО «ВымпелКом» провело проверку по выявлению отправителя обжалуемого абонентом сообщения, по результатам которой установлено, что оборудованием Оператора зафиксировано сообщение, отправленное 19.02.2015 г. в 13.58.

Было установлено, что отправителем сообщения от 19.02.2015 г. в 13.58 с обозначением «CLUB-LUKOIL» является ЗАО «Связной загрузка». Между ОАО «ВымпелКом» и ЗАО «Связной загрузка» заключен Договор об оказании услуг связи «Билайн» № 496629095 от 10.12.2013 г., а так же Дополнительное соглашение № 2 от 01.01.2015 г. (копии документов имеются в материалах дела).

В соответствии с п. 1.1 Дополнительного соглашения, оператор (ОАО «ВымпелКом») предоставляет Абоненту (ЗАО «Связной Загрузка») услуги доступа к программно-аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц Абонентом / партнерами Абонента.

В соответствии с п. 4.2 Дополнительного соглашения, Абонент осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех Пользователей, которые предоставили Абоненту и/или его партнерам Абонента свое согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений.

Из ответа ООО «Лукойл-Интер-Кард» (вх. № 3293 от 05.05.2015 г.) следует:

Смс-сообщение, поступившее на номер <...> -XXX-XXX-XX-XX, направлялось от имени ЛИКАРД Участникам Программы поощрения клиентов ЛУКОЙЛ.

Смс-сообщение представляет собой информирование Участника о проходящей в указанный временной промежуток акции в рамках заключенных ЛИКАРД и Участниками договоров об участии в Программе.

В ходе проверки сведений, указанных в Запросе, установлено, что номер телефона +7-XXX-XXX-XX-XX указан в Анкете участника Кольцова Павла Анатольевича (копию анкеты предоставили). У ЛИКАРД, как Оператора Программы отсутствует обязанность проверять сведения, указанные потенциальным участником при заключении договора об участии в Программе. Участник несет ответственность за достоверность персональных данных, указанных им в договоре об участии в Программе (п. 3.1 Правил Программы).

Участника с идентификационными данными «Коротаев Роман Васильевич» в ходе проведенной ЛИКАРД проверки не выявлено.

Информация, содержащаяся в смс-сообщениях, направляемых ЛИКАРД в адрес Участников Программы не является рекламной, носит информационный характер, направляется ЛИКАРД с целью оповещения Участников о проведении в рамках Программы акций для Участников (п. 9.9 Правил Программы).

ЛИКАРД 22.04.2015 удалил номер телефона +7-XXX-XXX-XX-XX из Программы.

На основании изложенного, в отношении ОАО «ВымпелКом» (ИНН 7713076301); ЗАО «Связной загрузка» (ИНН 7703544582); ООО «ЛИКАРД» (ИНН 3444197347) возбуждено производство по делу № 15-03-18-02/435 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

На заседании Комиссии, состоявшейся 24 июня 2014 года с участием представителя ОАО «ВымпелКом» Гладких О.Ф. (копия доверенности имеется в материалах дела); представителя ООО «ЛИКАРД» Лысенко Е.Н. (копия доверенности имеется в материалах дела), были рассмотрены письменные объяснения и заслушаны устные пояснения представителей.

ОАО «ВымпелКом» в письменных и устных объяснениях повторяет объяснения представленные в ответ на запрос информации от 16.03.2015 г. (исх. №.02-12/1518) и дополнительно сообщает, что до 18 февраля 2015 года номер <...> -906-173-53-11 принадлежал другому физическому лицу, т.е. до тех пор, пока гр. Коротаев Р.В. не заключил договор на оказание услуг связи с ОАО «ВымпелКом» 18 февраля 2015 г. (копия договора на оказание услуг связи с гр. Коротаевым Р.В. имеется в материалах дела).

ООО «ЛИКАРД» в письменных и устных объяснениях указало следующее: Рассылка указанных сообщений неопределенному кругу лиц, не являющимися участниками Программы поощрения клиентов ЛУКОЙЛ, ЛИКАРД не производилась. Смс-сообщения носили информационный характер, направляясь исключительно Участникам Программы с целью оповещения Участников о проходящих для

Участников в указанный временной промежуток акциях в рамках заключенных ЛИКАРД и Участниками договоров об участии в Программе. Номер телефона +7-XXX-XXX-XX-XX указан в договоре об участии в Программе № 708...58, заключенном ЛИКАРД с Кольцовым П.А., являющимся Участником Программы. У ЛИКАРД, как Оператора Программы отсутствовала обязанность и возможность проверить номер телефона, указанный потенциальным участником при заключении договора. Действующее законодательство не определяет конкретный порядок и форму получения согласия субъекта персональных данных, а так же конкретный способ его идентификации. Достоверность указанного в договоре номера +7-XXX-XXX-XX-XX была проверена Участником и подтверждена Участником путем проставления подписи в договоре. В соответствии с условиями Программы Участник несет ответственность за достоверность данных, указанных им в договоре. В связи с тем, что за период с даты заключения договора (2010 год) по настоящее время (2015 год) ни от Кольцова П.А., ни от Коротаева Р.В. в ЛИКАРД не поступало отзывать согласия на обработку персональных данных, отказов от участия в Программе, иных претензий, связанных с участием Участника в Программе, у ЛИКАРД отсутствовали основания предполагать недостоверность указанных в договоре данных (номер телефона).

ЗАО «Связной загрузка» на рассмотрение дела не явилось, объяснений не представило.

Исследовав имеющиеся материалы дела и объяснения лиц, привлеченных к делу, Комиссия Волгоградского УФАС России установила следующее

Согласно п. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе» № 38-ФЗ от 13.03.2006 г. реклама – это информация, распространённая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии с Письмом ФАС России от 05.04.2007 г. № АЦ/4624, 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. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределённого круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Рассматриваемые смс-сообщения, поступившие на телефонный номер <...> -XXX-XXX-XX-XX являются рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы, установленным подп. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе»:

- информация распространена в форме смс-сообщения по сетям электросвязи, посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона РФ от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» под электросвязью понимаются любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

SMS (от английского Short Message Service - служба коротких сообщений) представляет собой технологию, позволяющую осуществить прием и передачу коротких текстовых сообщений на мобильные телефоны,

Информация, представленная в полученном заявителем смс-сообщении, не обращена к конкретному потребителю, из текста смс-сообщения не следует, что оно было адресовано каким-либо определенным лицам,

- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования является товар (продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот), 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 (подп. 2-3 ст. 3 ФЗ «О рекламе»).

Объектом рекламирования в смс-сообщениях, поступивших на номер <...> -XXX-XXX-XX-XX выступают АЗС «ЛУКОЙЛ»

В соответствии с ч. 1 ст. 18 ФЗ «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.

Комиссия, принимая во внимание объяснения представителей ОАО «ВымпелКом» и ООО «ЛИКАРД», приходит к следующим выводам:

- Сообщения, отправленные от CLUB-LUKOIL следующего содержания: «С 20 по 25 февраля 2015 г. на АЗС «ЛУКОЙЛ» акция «32=23»! 23 дополнительных была за заправку от 32 л. топлива. Инфо: club-lukoil.ru»; «С 6 по 11 марта 2015 г. на АЗС «ЛУКОЙЛ» акция «Весенний бал»! Двойные баллы за заправку от 30 л. топлива. Инфо: club-lukoil.ru», поступившие посредством смс-сообщений на абонентский номер <...> -XXX-XXX-XX-XX являются рекламой (Заявитель не является Участником Программы поощрения клиентов ЛУКОЙЛ и не давал своего согласия на получение смс-сообщений от данной организации) и распространялись на номер гр. Коротаева Р.В. с нарушением требований, закрепленных ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».
- В действиях юридических лиц, привлеченных к участию в деле, отсутствует вина, поскольку, ООО «ЛИКАРД», будучи инициатором отправки смс-сообщений Участникам Программы, реально располагало надлежащим согласием физического лица на получение информационных смс-сообщений о проводимых акциях компанией ООО «ЛИКАРД». В соответствии с условиями Программы Участник несет ответственность за достоверность данных, указанных им в договоре. Более того, в соответствии с п. 3.2 Правил, Участник в течение трех календарных дней с момента изменения персональных данных

должен сообщить Оператору о таких изменениях. В нарушение условий подписанных Участником Правил, Кольцов П.А., ранее владевший номером +7-XXX-XXX-XX-XX, не сообщил Оператору персональных данных о смене номера мобильного телефона. Объяснения и позицию ООО «ЛИКАРД» подтверждает представленная копия договора на оказание услуг связи с гр. Коротаевым Р.В. и объяснения ОАО «ВымпелКом».

Отсутствие состава правонарушения в части субъективной стороны (вины) является обстоятельством исключающим производство по делу об административном правонарушении (ч. 2 ст. 24.5 КоАП РФ).

- Согласно ч. 3 ст. 36 ФЗ «О рекламе» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе выдается на основании решения антимонопольного органа о признании рекламы ненадлежащей и должно содержать указание о прекращении ее распространения.

Поскольку ООО «ЛИКАРД» в письменных объяснениях указало на то обстоятельство, то после получения от Волгоградского УФАС России письма № 02-12/2551 от 15.04.2015, содержащего информацию о нежелании владельца номера +7-XXX-XXX-XX-XX получать смс-сообщения, ЛИКАРД удалило (22.04.2015 г.) номер телефона +7-XXX-XXX-XX-XX из Программы, оснований для выдачи предписания

Руководствуясь п. 1 ч. 2 ст. 33, ч. 1 ст. 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу, отправленную от CLUB-LUKOIL: **«С 20 по 25 февраля 2015 г. на АЗС «ЛУКОЙЛ» акция «32=23»! 23 дополнительных была за заправку от 32 л. топлива. Инфо: club-lukoil.ru»**, поступившую 19.02.2015 г. в 13 часов 58 минут; **«С 6 по 11 марта 2015 г. на АЗС «ЛУКОЙЛ» акция «Весенний бал»! Двойные баллы за заправку от 30 л. топлива. Инфо: club-lukoil.ru»**, поступившую 06.03.2015 г. в 09 часов 38 минут, посредством смс-сообщения на абонентский номер Заявителя +7-XXX-XXX-XX-XX, ненадлежащей, нарушающей требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе».

3. Не передавать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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