

Я, Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Волгоградской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе, заместитель руководителя Управления, Никуйко Ирина Борисовна, рассмотрев, поступившее в адрес Волгоградского УФАС России обращение физического лица,

УСТАНОВИЛ:

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: +XXX (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 была 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 +XXX, из анализа которых установлено, что в указанное время действительно поступили на абонентский номер заявителя смс-сообщения.

По обращению направлялся запрос предоставления 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, 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 +XXX 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 +XXX из Программы.

Согласно п. 1 ст. 3 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее ФЗ «О рекламе»), 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.

Рассматриваемое смс-сообщение является 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 рассматриваемых смс-сообщениях выступают проводимые акции о начислении двойных баллов по карте «ЛИКАРТ» за заправку от 30 / 32 литров на АЗС «ЛУКОЙЛ».

Смс-сообщение было отправлено с использованием «буквенного» номера.

21.10.2014 г. вступили в силу положения Федерального закона от 21.07.2014 г. № 272-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О связи».

Данным Федеральным законом введено понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Согласно положениям письма ФАС России от 05.12.2014 г. «О применении новых положений Закона о связи для оценки правомерности рекламных рассылок», поскольку Федеральный закон от 07.07.2003 г. № 126-ФЗ «О связи» (далее ФЗ «О связи») не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (то есть, например, с использованием «коротких» или «буквенных» номеров) и сообщения, направляемые автоматически. Сообщения, рассылаемые с номеров, входящих в российскую систему и план нумерации или предусмотренные договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи и не являющиеся автоматическими, не подпадают под указанное понятие рассылки.

Статья 44.1 ФЗ «О связи» устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с «коротких» и «буквенных» номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 ФЗ «О связи».

Согласно части 1 статьи 44.1 ФЗ «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с данной нормой согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 ФЗ «О связи», рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Таким образом, данная правовая норма закрепляет положение, согласно которому оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, выполняет не только функции доставки сообщения, но также обеспечивает направление сообщения в сеть электросвязи, соответственно имеет правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения, в том числе наличие у сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на получение такой рассылки.

В случае осуществления рассылки рекламных сообщений с номеров, не соответствующих российской системе и плану нумерации, сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (например, с «коротких» и «буквенных» номеров), а также направляемых автоматически, оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может признаваться рекламодателем.

Оператором связи и абонента, и отправителя в данном случае выступает ОАО «ВымпелКом» (ОГРН 1027700166636).

В соответствии с ч. 4 ст. 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

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 распространённой 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.

В соответствии с ч. 7 ст. 3 ФЗ «О рекламе», рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с ч. 7 ст. 38 ФЗ РФ «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ «О рекламе».

Рекламопроизводитель несет ответственность за нарушение требований Закона о рекламе в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине (ч. 8 ст. 38 ФЗ «О рекламе»).

В данном случае в качестве рекламодателей выступили: ОАО «ВымпелКом» (ОГРН 1027700166636); ЗАО «Связной Загрузка» (ОГРН 1057746396113); ООО «ЛИКАРД» (ОГРН 1123444007070).

Правилами рассмотрения антимонопольными органами дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе (утверждены постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 г. № 508) предусмотрено, что в случае распространения рекламы, содержащей признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, только на территории, подведомственной одному территориальному органу Федеральной антимонопольной службы, дела возбуждаются и рассматриваются по месту распространения такой рекламы.

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Федерального закона Российской Федерации "О рекламе" № 38-ФЗ от 13.03.2006 г. и в соответствии с пунктами 20, 21 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ОПРЕДЕЛИЛ:

1. Возбудить производство по делу № 15-03-18-02/435 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ "О рекламе".

2. Признать лицами, участвующими в деле:

- лица, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства:

ОАО «ВымпелКом» (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636, адрес: 127083, г. Москва, ул. Восьмого марта, д. 10, стр. 14);

ЗАО «Связной загрузка» (ИНН 7703544582, ОГРН 1057746396113, адрес: 115280, г. Москва, ул. Ленинская слобода, д. 19);

ООО «ЛИКАРД» (ИНН 3444197347, ОГРН 1123444007070, адрес: 400131, г. Волгоград, ул. Коммунистическая, д. 13 «А»).

3. Назначить дело № 15-03-18-02/435 к рассмотрению на «24» июня 2015 г. в 08 часов 40 минут по адресу: г. Волгоград, ул. 7-ая Гвардейская, д. 12 (каб. 11, 5-й этаж, левое крыло).

4. ООО «ВымпелКом» (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636) представить на рассмотрение дела в Волгоградское УФАС России следующую информацию и заверенные надлежащим образом (печатью, а так же подписью должностного лица) копии документов:

4.1. Письменные объяснения по факту, послужившему основанием для возбуждения дела, с приложением подтверждающих доводы документов и иных сведений;

4.2. Детализированную выписку по абонентскому номеру +XXX за период, охватывающий время поступления смс-сообщений;

4.3. Договор на оказание услуг связи с Абонентом, номер телефона которого +XXX.

4.4. Иную информацию, которую Вы считаете необходимой для полного, всестороннего и объективного рассмотрения дела.

5. ЗАО «Связной загрузка» (ИНН 7703544582, ОГРН 1057746396113), представить на рассмотрение дела в Волгоградское УФАС России следующую информацию и заверенные надлежащим образом (печатью, а так же подписью должностного лица) копии документов:

5.1. Письменные объяснения по факту, послужившему основанием для возбуждения дела, с приложением подтверждающих доводы документов и иных сведений;

5.2. Доказательства получения согласия на получение рекламных смс-сообщений от абонента, номер которого +XXX;

5.3. Сведения о рекламодателе рассматриваемой рекламы с приложением документов, которыми оформлялись отношения по распространению рекламных смс-сообщений (договоры, переписка, согласованные макеты рекламы, акты выполненных работ, документы об оплате и т.д.);

5.4. Иную информацию, которую Вы считаете необходимой для полного, всестороннего и объективного рассмотрения дела.

6. ООО «ЛИКАРД» (ИНН 3444197347, ОГРН 1123444007070), представить на рассмотрение дела в Волгоградское УФАС России следующую информацию и заверенные надлежащим образом (печатью, а так же подписью должностного лица) копии документов:

6.1. Письменные объяснения по факту, послужившему основанием для возбуждения

дела, с приложением подтверждающих доводы документов и иных сведений;

6.2. Доказательства получения согласия на получение рекламных смс-сообщений от абонента, номер которого +XXX;

6.3. Сведения о рекламодателе рассматриваемой рекламы с приложением документов, которыми оформлялись отношения по распространению рекламных смс-сообщений (договоры, переписка, согласованные макеты рекламы, акты выполненных работ, документы об оплате и т.д.);

6.4. Иную информацию, которую Вы считаете необходимой для полного, всестороннего и объективного рассмотрения дела.

Явка представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, для участия в рассмотрении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе обязательна (при себе иметь доверенность и документы удостоверяющие личность).