

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 99/Р-2016

«29» ноября 2016г.

г. Кемерово

Комиссия Кемеровского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Заместителя председателя Комиссии:	Ланцман Л.И. - Каминской Е.Б. -	заместителя руководителя управления; начальника отдела рекламы недобросовестной конкуренции и финансовых рынков;
Членов Комиссии:	Хохолковой М.И. -	специалиста - эксперта отдела рекламы, недобросовестной конкуренции и финансовых рынков,

рассмотрев дело № 99/Р-2016, возбужденное в отношении Общества с ограниченной ответственностью «Логин» (ИНН 7721772824, ОГРН 1127747068679, КПП 772901001, дата регистрации: 22.10.2012г., юридический адрес: 119634, г. Москва, ул. Чоботовская, д. 17, пом. I, далее – ООО «Логин») о распространении рекламы посредством смс - сообщения, содержащей признаки нарушения Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе») в присутствии представителя ПАО «ВымпелКом» <...> по доверенности № 212/Б от 22.07.2014г. (далее – <...>),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило заявление <...> (вх. № 2899э от 14.07.2016г.) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы 14.07.2016г. в 14 часов 08 минут посредством смс – сообщения на абонентский номер <...> следующего содержания: «До 31.07.2016г. в салоне «VITACCI» ЛИКВИДАЦИЯ склада обуви из натуральной кожи! Все сапоги 6990р., ботинки 5490р., туфли от 2990р. г. Кемерово, ТРК «Променад 1», ТЦ «Я». Подробности на: www.vitacci42.ru. ИП <...>, ОГРНИП <...>» от абонента Brandinfo (смс – центр 8-903-701-11-11).

Из заявления следует, что согласия на получение вышеуказанной рекламы на абонентский номер <...> заявитель не давал.

03.08.2016г. в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения ПАО «ВымпелКом», из которых следует, что отправителем вышеуказанного смс – сообщения является Общество с ограниченной ответственностью «Эксперт Промоушен» (далее - ООО «Эксперт Промоушен») (ИНН 7721772824) на основании договора об оказании услуг № 220213ВК/ЭП от 22.02.2013г.

В соответствии с предметом указанного договора ПАО «ВымпелКом» как оператор связи приняло на себя обязанность по распространению мобильной рекламы путем направления абонентам смс – сообщений и/или иным способом в рамках рекламной компании. Все существенные условия рекламной компании, проводимой по заказу ООО «Эксперт Промоушен», в том числе и содержание отправляемого смс – сообщения содержатся в утверждаемом сторонами Медиа – Плане. Под абонентом в вышеуказанном договоре понимается физическое лицо, заключившее с ПАО «ВымпелКом» договор об оказании услуг связи, на основании которого ему выделен абонентский номер и, который содержит согласие абонента на получение рекламы.

В рамках указанного договора ООО «Эксперт Промоушен» самостоятельно осуществляет формирование условий рекламной компании, определяет желаемое имя отправителя, текст предполагаемого к отправке смс - сообщения. Согласно пункту 3.1.3 договора ООО «Эксперт Промоушен» обязано обеспечить соответствие исходных рекламных материалов законодательству Российской Федерации, в том числе требованиям ФЗ «О рекламе».

Согласно ИНН 7721772824, указанному в договоре об оказании услуг № 220213ВК/ЭП от 22.02.2013г., ООО «Эксперт Промоушен» изменило юридическое наименование на ООО «Логин».

08.08.2016г. определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Кемеровским УФАС России было возбуждено дело № 99/Р-2016 в отношении ООО «Логин» и назначено к рассмотрению на 20.09.2016г. на 08 часов 30 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «Логин» заказным письмом с уведомлением о вручении (уведомление о вручении почтового отправления имеется в материалах дела).

20.09.2016г. состоялось рассмотрение дела № 99/Р-2016 в присутствии представителя ООО «Логин» <...> по доверенности, который пояснил, что общество не является распространителем рекламы, не определяет круг лиц, которым реклама будет направлена, а только формирует текст сообщения, соответствующий требованиям законодательства.

Рассмотрев материалы дела, заслушав пояснения представителя ООО «Логин» <...>, Комиссия Кемеровского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения данного дела для получения дополнительных доказательств и привлечения к рассмотрению данного дела ПАО «ВымпелКом».

Определением от 20.09.2016г. рассмотрение дела № 99/Р-2016 было отложено на 21.10.2016г. в 10 часов 00 минут. Данное определение было направлено в адрес ПАО «ВымпелКом», ООО «Логин» заказными письмами с уведомлением о вручении.

14.10.2016г. в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения ПАО «ВымпелКом» (исх. б/н, б/д), из которых следует, что в соответствии с

предметом договора № 220213ВК/ЭП от 22.02.2013г. ПАО «ВымпелКом» как оператор связи приняло на себя обязанность по распространению мобильной рекламы путем направления абонентам смс – сообщений и/или иным способом в рамках рекламной компании. Все существенные условия рекламной компании проводимой по заказу ООО «Логин», в том числе и содержание отправляемого смс – сообщения, содержатся в утверждаемом сторонами Медиа – Плане. Под абонентом в договоре понимается физическое лицо, заключившее с ПАО «ВымпелКом» договор об оказании услуг связи, на основании которого ему выделен абонентский номер и который содержит согласие абонента на получение рекламы.

В рамках договора ООО «Логин» самостоятельно осуществляет формирование условий рекламной компании, определяет желаемое имя отправителя, текст, предполагаемого к отправке смс – сообщения, указанное обстоятельство подтверждается подпунктом 5 пункта 1.3 договора, согласно которому ООО «Логин» формирует Медиа – планы на каждую рекламную компанию и направляет их ПАО «ВымпелКом» на согласование, кроме того в пункте 3.1.3 договора содержится обязанность ООО «Логин» по обеспечению соответствия исходных рекламных материалов законодательству Российской Федерации, в том числе ФЗ «О рекламе», за что ООО «Логин» несет ответственность.

Относительно наличия согласия абонента на получение рекламной информации посредством направления ему смс – сообщения ПАО «ВымпелКом», действующее на основании выданных лицензий на оказание услуг связи, осуществляет оказание услуг связи гражданам и юридическим лицам в соответствии с требованиями Федерального закона от 07.07.2003 № 126 – ФЗ «О связи», на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг телефонной связи. Правила оказания услуг телефонной связи утверждаются Правительством Российской Федерации.

В силу пункта 8.13 условий оказания услуг связи «Билайн» абонент вправе при заключении договора или в процессе его исполнения выразить свое согласие или отказ на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи в целях и в случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно – правовыми актами о рекламе. Согласие, выраженное абонентом на получение рекламной информации в рамках заключенных договоров до вступления в силу настоящей редакции договора, сохраняет свою силу при введении данной редакции. Согласие на получение рекламной информации может быть выражено абонентом в процессе получения услуг в порядке, установленном оператором. Давая согласие на получение рекламной информации, абонент дает согласие на обработку персональных данных и данных об оказанных услугах для целей продвижения товаров, в том числе товаров третьих лиц. В случае несогласия абонента с получением рекламной информации условия настоящего пункта не распространяют свое действие на взаимоотношения сторон при условии что абонент подпишет соответствующее заявление об отказе и направит его в адрес оператора в период действия договора, в том числе при принятии изменения условия договора, либо откажется, позвонив на соответствующий телефонный номер.

Исходя из буквального толкования содержания пункта 8.13 условий оказания услуг

связи «Билайн», абонент при подписании договора об оказании услуг связи «Билайн» выражает свое согласие на получение рекламной информации и может отказаться от ее получения, только совершив действия, указанные в данном пункте.

19.10.2016г. в адрес Кемеровского УФАС России поступили запрашиваемые документы ООО «Логин» (исх. б/н от 17.10.2016г.): копия договора оказания услуг № 30-2015 от 08.04.2015г., заключенного между ООО «Логин» и обществом с ограниченной ответственностью «Стрим» (далее – ООО «Стрим») в соответствии с условиями которого ООО «Логин» обязуется по заданию ООО «Стрим» оказывать ООО «Стрим» услуги, а ООО «Стрим» обязуется принимать и оплачивать услуги ООО «Логин» согласно условиям договора. Оказание услуг осуществляется ООО «Логин» с привлечением оператора среди целевой аудитории в соответствии с утвержденными Медиа – планами по каждой рекламной кампании.

В соответствии с представленной копией медиа – плана ООО «Логин» обязуется оказать ООО «Стрим» услугу распространения мобильной рекламы. Рекламодателем в данном случае выступает индивидуальный предприниматель <...>, срок оказания услуг с 01.07.2016г. по 20.07.2016г.

20.10.2016г. в адрес Кемеровского УФАС России поступило ходатайство ООО «Логин» (исх. б/н, от 19.10.2016г.) о рассмотрении дела № 99/Р-2016 в отсутствие представителя ООО «Логин».

21.10.2016г. состоялось рассмотрение дела № 99/Р-2016 в присутствии представителя ПАО «ВымпелКом», <...>, которая поддержала представленные письменные пояснения, а также дополнительно пояснила, что абонент при заключении договора на оказание услуг связи «Билайн» не отказывался от получения коротких смс – сообщений, был ознакомлен с условиями договора и подписал его.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения данного дела для получения дополнительных доказательств.

Определением от 21.10.2016г. рассмотрение дела № 99/Р-2016 было отложено на 29.11.2016г. в 10 часов 00 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «Логин», ПАО «ВымпелКом» заказными письмами с уведомлением о вручении (распечатки с сайта ФГУП «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеются в материалах дела).

23.11.2016г. в адрес Кемеровского УФАС России поступил ответ на запрос (исх. № 09/9629 от 21.10.2016г.) ООО «Стрим» (исх. № 313 от 21.11.2016г.), из которого следует, что между ООО «Стрим» и ООО «Логин» заключен договор № 30-2015 от 08.04.2015г., в соответствии с которым ООО «Логин», являясь исполнителем по договору на распространение, обязалось оказать ООО «Стрим» услуги по обеспечению распространения мобильной рекламы в сети оператора ПАО «ВымпелКом» в соответствии с утвержденными медиа – планами. В рамках данного договора утвержден медиа – план № 3-07.2016, в соответствии с которым ООО «Логин» обязалось обеспечить распространение рекламного материала (смс – сообщений).

24.11.2016г. в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения

ПАО «ВымпелКом» (исх. № ВР-04/1095 от 24.11.2016г.), из которых следует, что вышеуказанное смс – сообщение было направлено в рамках договора оказания услуг № 220213ВК/ЭП от 22.02.2013г., заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Логин». В соответствии с данным договором ПАО «ВымпелКом» как оператор связи приняло на себя обязанность по распространению мобильной рекламы путем направления абонентам смс – сообщений в рамках рекламной кампании. Все существенные условия рекламной кампании, проводимой по заказу ООО «Логин», в том числе целевая аудитория, содержатся в утверждаемом сторонами Медиа – плане.

Стороны определили, что целевой аудиторией являются абоненты, которым будет направляться мобильная реклама, которые будут выбраны по заданным Заказчиком критериям с целью повышения эффективности мобильной рекламы. Целевая аудитория не включает в себя абонентов, установивших запрет на получение мобильной рекламы. Данное условие отражено также в приложении № 6 к договору: ограничением для направления мобильной рекламы является отсутствие согласия абонента на получение рекламы.

Формирование целевой аудитории производит общество с ограниченной ответственностью «СМАРТ ДАТА СОЛЮШЕНЗ» (далее – ООО «СМАРТ ДАТА СОЛЮШЕНЗ») на основании договора № 14032013ВК/СДС от 14.03.2013г., заключенного с ПАО «ВымпелКом». В рамках данного договора ООО «СМАРТ ДАТА СОЛЮШЕНЗ» по поручению ПАО «ВымпелКом» осуществляет обработку информации в целях, предусмотренных отдельными поручениями ПАО «ВымпелКом», оформляемым путем подписания дополнительных соглашений к договору.

14.03.2013г. между ПАО «ВымпелКом» и ООО «СМАРТ ДАТА СОЛЮШЕНЗ» было заключено дополнительное соглашение № 1 к договору, которым стороны определили порядок обработки информации в целях формирования целевой аудитории.

Пунктом 3 дополнительного соглашения стороны установили следующий порядок формирования Целевой аудитории:

- ПАО «ВымпелКом» с помощью принадлежащего ему оборудования обезличивает информацию об оказанных услугах и ежемесячно передает ее ООО «СМАРТ ДАТА СОЛЮШЕНЗ» в порядке, предусмотренном Регламентом информационного обмена;

- ПАО «ВымпелКом» задает критерии сегментации пользователей и предоставляет сведения о критериях сегментации ООО «СМАРТ ДАТА СОЛЮШЕНЗ»;

- на основании полученного от ПАО «ВымпелКом» поручения и представленной информации, а также в соответствии с критериями сегментации, заданными ПАО «ВымпелКом», ООО «СМАРТ ДАТА СОЛЮШЕНЗ» осуществляет обработку (анализ) информации с целью формирования целевой аудитории;

- ООО «СМАРТ ДАТА СОЛЮШЕНЗ» передает ПАО «ВымпелКом» результаты обработки, после чего ПАО «ВымпелКом» использует эти результаты для распространения мобильной рекламы;

- ООО «СМАРТ ДАТА СОЛЮШЕНЗ» уничтожает полученную информацию и результаты обработки после достижения целей обработки ПАО «ВымпелКом», то есть после передачи ПАО «ВымпелКом» результатов обработки по каждой рекламной кампании.

Таким образом, фактическое формирование вышеуказанного смс – сообщения осуществлялось ООО «Логин», ПАО «ВымпелКом» осуществляло только рассылку абонентам, включенным в целевую аудиторию, которая была сформирована в результате аналитических работ, выполненных ООО «СМАРТ ДАТА СОЛЮШЕНЗ».

29.11.2016г. в адрес Кемеровского УФАС России поступило ходатайство ООО «Логин» (исх. б/н от 28.11.2016г.) о рассмотрении данного дела в отсутствие представителя ООО «Логин».

29.11.2016г. состоялось рассмотрение дела № 99/Р-2016 в присутствии представителя ПАО «ВымпелКом» <...>, которая поддержала представленные письменные пояснения, а также дополнительно пояснила, что у ПАО «ВымпелКом» имеется согласие абонента <...> на рассылку смс – сообщений рекламного характера, которое было дано абонентом при подключении к оператору связи ПАО «ВымпелКом» (копия договора имеется в материалах дела). В настоящее время в адрес ПАО «ВымпелКом» не поступало заявлений от абонента об отказе на получение смс – сообщений рекламного характера.

Рассмотрев материалы дела, заслушав пояснения представителя ПАО «ВымпелКом» Комиссия Кемеровского УФАС России установила:

На абонентский номер <...> направлялась реклама посредством смс – сообщения следующего содержания:

- 14.07.2016г. в 14 часов 08 минут: «До 31.07.2016г. в салоне «VITACCI» ЛИКВИДАЦИЯ склада обуви из натуральной кожи! Все сапоги 6990р., ботинки 5490р., туфли от 2990р. г. Кемерово, ТРК «ПроменаД1», ТЦ «Я». Подробности на: www.vitacci42.ru. ИП <...>, ОГРНИП <...>» от абонента Brandinfo (смс – центр 8-903-701-11-11).

Из заявления следует, что согласия на получение вышеуказанной рекламы на абонентский номер <...> заявитель не давал.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, распространение рекламы по сетям электросвязи 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.

Из информации, представленной в адрес Кемеровского УФАС России ПАО «ВымпелКом» (исх. № 131исх от 02.08.2016г.), следует, что отправителем вышеуказанного смс – сообщения является ООО «Эксперт Промоушен» (ИНН 7721772824) на основании договора об оказании услуг № 220213ВК/ЭП от 22.02.2013г.

В соответствии с предметом указанного договора ПАО «ВымпелКом» как оператор связи приняло на себя обязанность по распространению мобильной рекламы путем направления абонентам смс – сообщений и/или иным способом в рамках рекламной компании. Все существенные условия рекламной компании, проводимой по заказу ООО «Эксперт Промоушен», в том числе и содержание отправляемого смс – сообщения содержатся в утверждаемом сторонами Медиа – Плане. Под абонентом в вышеуказанном договоре понимается физическое лицо, заключившее с ПАО «ВымпелКом» договор об оказании услуг связи, на основании которого ему выделен абонентский номер и, который содержит согласие абонента на получение рекламы.

В рамках указанного договора ООО «Эксперт Промоушен» самостоятельно осуществляет формирование условий рекламной компании, определяет желаемое имя отправителя, текст предполагаемого к отправке смс - сообщения. Согласно пункту 3.1.3 договора ООО «Эксперт Промоушен» обязано обеспечить соответствие исходных рекламных материалов законодательству Российской Федерации, в том числе требованиям ФЗ «О рекламе».

Согласно ИНН 7721772824, указанному в договоре об оказании услуг № 220213ВК/ЭП от 22.02.2013г., ООО «Эксперт Промоушен» изменило юридическое наименование на ООО «Логин» (26.11.2014г.).

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несёт рекламораспространитель.

В данном случае рекламораспространителем является ООО «Логин».

Однако, Комиссией Кемеровского УФАС России установлено, что в рамках исполнения обязательств по договору № 220213ВК/ЭП от 22.02.2013г. ПАО «ВымпелКом» при рассмотрении медиа – плана, помимо прочего, осуществлял проверку такого медиа – плана на соответствие политике контактов (пп.6 п. 1.3 договора). Политика контактов является приложением № 6 к договору и в качестве одного из условий содержит обязательное наличие согласия абонента на получение рекламы. Кроме того, в разделе «Термины и определения» вышеуказанного договора Абонент определен как «физическое лицо, заключившее с ПАО «ВымпелКом» договор об оказании услуг связи, на основании которого ему выделен абонентский номер и который содержит согласие абонента на получение рекламы» Целевая аудитория определена как «абоненты, которым будет направляться мобильная реклама, выбранные по заданным заказчиком критериям с целью повышения эффективности мобильной рекламы. Целевая аудитория не включает в себя абонентов, установивших запрет на получение мобильной рекламы».

Таким образом ООО «Логин» не принимало участия в фактических действиях по распространению рекламных сообщений, не имеет договорных отношений с абонентами, не осуществляло выбор абонентов, которым отправлялись рекламные сообщения и не имеет возможности контролировать и проверять наличие согласия абонентов на получение рекламы. Все указанные обязанности в соответствии с вышеуказанным договором лежат на ПАО «ВымпелКом», следовательно, признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в действиях ООО «Логин» отсутствуют.

ПАО «ВымпелКом» в материалы данного дела представлена копия договора об оказании услуг связи «Билайн» от 16.07.2011г. В соответствии с пунктом 8.13 условий оказания услуг связи «Билайн» (приложение к договору) абонент вправе при заключении договора или в процессе его исполнения выразить свое согласие или отказ на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно – правовыми актами о рекламе. Согласие на получение рекламной информации может быть выражено абонентом в процессе получения услуг в порядке, установленном ПАО «ВымпелКом». В случае несогласия абонента с получением рекламной информации условия настоящего пункта не распространяют свое действие на взаимоотношения сторон при условии, то абонент подпишет соответствующее заявление об отказе и направит его в адрес ПАО «ВымпелКом», либо откажется, позвонив на соответствующий телефонный номер.

В настоящее время в адрес ПАО «ВымпелКом» не поступало заявлений абонента <...> об отказе от рассылки рекламных смс – сообщений.

В связи с тем, что в материалы дела были представлены документы, подтверждающие, что абонент выразил свое согласие на получение рекламных смс – сообщений, нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в данном случае отсутствует.

Руководствуясь абзацем «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, Комиссия Кемеровского УФАС России,

ОПРЕДЕЛИЛА:

Производство по делу № 99/Р-2016 в отношении ООО «Логин» (ИНН 7721772824, ОГРН 1127747068679, КПП 772901001, дата регистрации: 22.10.2012г., юридический адрес: 119634, г. Москва, ул. Чоботовская, д. 17, пом. I) прекратить в связи с неподтверждением в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Заместитель председателя Комиссии:

Л.И. Ланцман

Члены Комиссии:

Е.Б. Каминская

М.И. Хохолкова