РЕШЕНИЕ

по делу №25-05-1/2017

3. мая 2017г. г. Рязань

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Рязанской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе, в составе: <...>, рассмотрев дело № 25-05-1/2017 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) по факту распространения смс-сообщений рекламного характера:

- *«Мы первые! Только в Глории скидки на всю зимнюю коллекцию! 40% 70% 90%»;*

- *«Мы первые! Только в Глории скидки не пропустите только в Глории большая зимняя распродажа до 90%»;*

- *«Первым достанется лучшее! Вся праздничная дизайнерская коллекция уже в продаже и полнейшая новогодняя распродажа! Кто первый в Глорию?»*, без предварительного согласия абонента,

в отсутствие: законного представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе (рекламораспространителя) – ОАО «Глория Джинс» (согласно уведомлению о вручении почтового уведомления №39097107491949), заявителя – <...> (согласно уведомлению о вручении почтового уведомления №39097107491932),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Рязанского УФАС России 12.12.2016 г. (вх.№6451) поступило заявление <...> о распространении на его мобильный номер <...> смс-сообщений рекламного характера.

Из заявления <...> следует, что согласия на получение рекламных сообщений он не давал.

<...> к своему заявлению приложил скриншоты полученных сообщений, из которых следует, что смс-сообщение:

«Мы первые! Только в Глории скидки на всю зимнюю коллекцию! 40% 70% 90%», поступило 10.11.2016 в 11:37 от Gloria jeans;

«Мы первые! Только в Глории скидки не пропустите только в Глории большая зимняя распродажа до 90%» поступило 03.12.2016 в 11:36 от Gloria jeans;

«Первым достанется лучшее! Вся праздничная дизайнерская коллекция уже в продаже и полнейшая новогодняя распродажа! Кто первый в Глорию?»,

поступило 09.12.2016 в 12:32 от Gloria jeans.

<...> в своем заявлении указал, что рекламодателем является – ОАО «Глория Джинс» (<...>).

В соответствии с выпиской из реестра Российской системы и плана нумерации телефонный номер <...> принадлежит оператору АО «Т2 Мобайл» (Рязань).

Для установления рекламодателя Рязанским УФАС России 22.12.2016г. (исх. №6127) был направлен запрос ООО «Т2 Мобайл» о предоставлении информации об отправителе указанного сообщения.

В адрес Рязанского УФАС России 09.01.2017 г. (вх.№5) поступил ответ ООО «Т2 Мобайл», из которого следует, что вышеуказанное смс-сообщение через смс-центр ООО «Т2 Мобайл» (Исполнитель) осуществляла компания ООО «Девино Телеком» (Заказчик), с которой заключен Договор №221/SMS-BULK от 01.06.2015 г. (далее Договор).

Также ООО «Т2 Мобайл» сообщило, что телефонный номер <...> принадлежит <...>.

Согласно пункту 3.2.8 Договора Заказчик инициировать смс-рассылки с соответствующим сервисом только в отношении тех абонентов Исполнителей, которые выразили Заказчику или клиентам Заказчика своё согласие на получение такого сервиса, путем совершения действий однозначно идентифицирующих таких абонентов и позволяющих достоверно установить их волеизъявление.

В соответствии с пунктом 1.19 Договора «сервисы» - информация, в том числе рекламного характера, о товарах, работах или услугах ООО «Девино Телеком» или его клиентов, рассылаемая Исполнителем посредством SMS-MT-сообщений абонентам, выразившим своё предварительное согласие на получение такой информации.

Согласно п.6.1, 6.2, 6.4 указанного договора всю ответственность за содержание, достоверность и происхождение сервисов (информации) в SMS-MT-сообщениях несет ООО «Девино Телеком», включая установление лица, в интересах которого осуществляется смс-рассылка. ООО «Девино Телеком» несет ответственность за несоответствие содержания сервисов требованиям законодательства РФ, в том числе Федеральному закону от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе».

Рекламодателем является ООО «Девино Телеком» (<...>)

Поскольку смс-реклама направлена в интересах ОАО «Глория Джинс», то имеет значение привлечь общество в качестве заинтересованного лица.

Определением о возбуждении дела №25-05-1/2017 от 03.02.2017 г. (исх.№330) у

ООО «Девино Телеком» и ОАО «Глория Джинс» были запрошены документы и сведения, необходимые для рассмотрения дела, в том числе мотивированное письменное пояснение по факту нарушения рекламного законодательства.

В соответствии с указанным определением ООО «Девино Телеком» представило письменное пояснение, из которого следует, что одним из дилеров ООО «Девино Телеком» (Исполнитель) является ООО «Глория Джинс» (Заказчик), с которым заключен договор №ДТ-К/025215 от 01.01.2016 на оказание услуг по передаче различного рода информации путем рассылки и SMS-сообщений с использованием ресурсов сервера Исполнителя.

В соответствии с 3.1.2 Исполнитель обязан обеспечить работоспособность DEVINO Platform в течение срока действия настоящего договора.

В соответствии с п.3.3.2 договора Заказчик обязан самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке предварительно получить от Абонента, на Мобильный терминал/Электронный почтовый ящик которого планируется отправка Сообщений, письменное согласие, выполненное как на бумажном носителе, так и посредством заполнения форм, анкет на сайте Заказчика, либо иным образом полученное согласие на получение таких Сообщений.

На основании изложенного, 01.03.2017 Комиссия установила необходимость замены ненадлежащего лица - ООО «Девино Телеком», надлежащим – ОАО «Глория Джинс».

Определением об отложении рассмотрения дела № 25-05-1/2017 (исх. №709) у ОАО «Глории Джинс» были запрошены документы сведения, необходимые для рассмотрения дела, в том числе мотивированное письменное пояснение по факту нарушения рекламного законодательства.

В соответствии с указанным определением ОАО «Глория Джинс» представило письменное пояснение, из которого следует следующее.

Согласие абонентов на получение смс-уведомлений Компания получает при оформлении дисконтной карты (которая выдается только при заполнении электронной анкеты). При этом электронные данные заносятся в электронную анкету непосредственно сотрудником магазина со слов покупателя. Каждому покупателю при внесении личных данных в анкету задается вопрос сотрудником магазина о желании получать уведомления об акциях и мероприятиях в виде смс-сообщений, приложив распечатку из базы данных ОАО «Глория Джинс», в которой указано согласие гражданина <...>.

Также в соответствии с указанным определением ОАО «Глория Джинс» представило ходатайство: «В следствии несовпадения владельцев сотовых номеров (в деле указан заявитель <...>., а у ОАО «Глория Джинс» имеется согласие от гражданина <...>) о запросе оператора связи о

принадлежности абонентского номера <...> другим физическим лицам (до <...>.)».

Определением об отложении рассмотрения дела № 25-05-1/2017 (исх. №1206) управлением отправлен запрос оператору АО «Т2 Мобайл» о принадлежности <...> другим физическим лицам.

Письмом от 25.04.2017 АО «Т2 Мобайл» сообщил, что не имеет возможности предоставить информацию о принадлежности абонентского номера до указанного в запросе момента, так как не приложено согласие физического лица – предыдущего владельца номера <...> – на обработку и передачу его персональных данных.

Таким образом, доказательств письменного получения смс-сообщений <...> в управление ОАО «Глория Джинс» не представлено. Также ОАО «Глория Джинс» не были представлены доказательства устного получения согласия <...> на смс-рассылку рекламы, в том числе, аудиозапись разговора <...> с представителем ОАО «Глория Джинс», в котором <...> дает согласие на получение смс-рассылки рекламы ОАО «Глория Джинс» на свой телефон.

Следовательно, данные смс-сообщения были получены <...> без его предварительного согласия.

Рассмотрев все представленные в материалы дела №25-05-1/2017 документы и сведения, Комиссия 03.05.2017г. пришла к следующим выводам.

Направленная путем смс-сообщения информация является рекламой, так как, соответствует критериям рекламы, указанным в статье 3 ФЗ «О рекламе».

Реклама имела цель сформировать и поддержать интерес к объекту рекламирования и способствовала его продвижению.

В силу части 1 статьи 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

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

Согласно статье 2 Федерального закона «О связи», абонент – это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

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, но не отправителями 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 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.

При этом рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Согласно пункту 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

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

Пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе определено, что рекламораспространитель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, ОАО «Глория Джинс» (<...>) является рекламораспространителем, осуществившим распространение смс-рекламы в рамках Договора №ДТ-К/025215 от 01.01.2016 г., заключенного с ООО «Девино Телеком» без получения предварительного согласия абонента <...>.

В соответствии с п.9.1 указанного договора Исполнитель предоставляет исключительно техническую возможность для рассылки Сообщений, а Заказчик является рекламораспространителем и несет полную ответственность за соблюдение законодательства Российской Федерации, в том числе: Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

В соответствии с п. 9.3 договора Заказчик по требованию Исполнителя предоставляет ему данные, позволяющие однозначно установить наличие

предварительного согласия Абонента на получение Сообщений от Заказчика.

ОАО «Глория Джинс» не предприняло никаких действий по соблюдению обязанностей, возложенных пунктом 3.2.2 Договора, в результате чего произошло распространение смс-рекламы на телефонный номер <...> с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ Закона о рекламе.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «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: *«Мы первые! Только в Глории скидки на всю зимнюю коллекцию! 40% 70% 90%»; «Мы первые! Только в Глории скидки не пропустите только в Глории большая зимняя распродажа до 90%»; «Первым достанется лучшее! Вся праздничная дизайнерская коллекция уже в продаже и полнейшая новогодняя распродажа! Кто первый в Глорию?»*, распространяемую ОАО «Глория Джинс» посредством сотовой связи на телефонный номер <...>, поскольку при их распространении нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ОАО «Глория Джинс» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Рязанского УФАС России для возбуждения дел об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме «15» мая 2017 г.

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

«3» мая 2017 года г. Рязань

Комиссия Рязанского УФАС России по рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе: <...>, на основании своего решения от 03 мая 2017 года по делу №25-05-1/2017 о признании ненадлежащей рекламы ОАО «Глория Джинс», распространяемой посредством сотовой связи на телефонный номер <...> и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 ФЗ «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ОАО «Глория Джинс» в пятидневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства РФ о рекламе, а именно, распространение ненадлежащей рекламы на телефонный номер <...>, без получения предварительного согласия <...>, поскольку при её распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».

2. ОАО «Глория Джинс» представить в Рязанское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **до 21.06.2017 года**.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Рязанское УФАС России вправе в соответствии с п. 2.4 ст. 19.5 КоАП РФ наложить административный штраф на должностных лиц 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.

<...>