

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 12297-16/8

21 октября 2016г.

г. Самара

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

Председатель Комиссии — Шабанова М.А.,

Члены Комиссии — Макридина И.А.,

Симонова Т.А.,

рассмотрев дело №12297-16/8 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 28.04.2016г в 17:34 на телефонный номер <...> принадлежащий гр. Д. М.А., смс-сообщения рекламного характера следующего содержания: «РаспроДАЧА в М.Видео до 16.05. Скидки до 30% на технику для дома и дачи! Подробнее на mvideo.ru» (отправитель — М.Video),

в присутствии представителя:

заявитель – Д. М.А, заявлено ходатайство о рассмотрении в отсутствие лица;

лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «М.Видео Менеджмент» уведомлялось о рассмотрении дела надлежащим способом Определением об отложении дела №12297-16/8, что подтверждается отчетом отслеживания почтовых отправлений с сайта Почты России с отметкой «получено адресатом 04.10.2016г.»);

заинтересованное лицо – ПАО «Вымпел-Коммуникации» представитель по доверенности К. Т.И. (уведомлялось о рассмотрении дела надлежащим способом Определением об отложении дела №12297-16/8 (исх.№8486/8 от 20.09.2016г.), что подтверждается отчетом отслеживания почтовых отправлений с сайта Почты России с отметкой «получено адресатом 26.09.2016г.»);

эксперта – _____

переводчика – _____

УСТАНОВИЛА:

В адрес Самарского УФАС России поступило обращение гр. Д. М.А. (вх.№374-гр от 10.05.2016г.), в котором сообщается, что 28.04.2016г в 17:34 на телефонный номер <...> зарегистрированный на его имя, пришло следующее смс-сообщение: «РаспроДАЧА в М.Видео до 16.05. Скидки до 30% на технику для дома и дачи! Подробнее на mvideo.ru».

Согласно части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе») распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной 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.

Как следует из текста заявления Д. М.А., данное смс-сообщение было получено без предварительного согласия абонента, что содержит признаки нарушения рекламного законодательства.

Вместе с тем, заявителем была приложена копия договора об оказании услуг связи ОАО «Вымпел-Коммуникации».

В рамках рассматриваемого заявления Самарским УФАС России был осуществлен запрос информации в ПАО «Вымпел-Коммуникации» (исх.№4256/8 от 20.05.2016г.), согласно ответу которого (вх. №642 от 09.06.2016г.) было установлено, что вышеуказанное смс-сообщение было передано ООО «Девино Телеком» (109316, г. Москва, проезд Остаповский, д.22, стр.1, ИНН 7715829230, ОГРН 1107746769162, дата внесения записи в ЕГРЮЛ 21.03.2010г.), с которым заключен договор об оказании услуг связи №558085257 от 01.05.2015г. и дополнительное соглашение №1 от 01.05.2015г. на использование услуги «Партнерские SMS-сервисы».

Таким образом, распространителем рекламы посредством отправки вышеуказанного СМС-сообщения установлено ООО «Девино Телеком», а СМС-центр ПАО «ВымпелКом» является в данных отношениях лишь техническим средством, с использованием которого Абонент (ООО «Девино Телеком») осуществил рассылку.

Самарским УФАС России 08.07.2016г было возбуждено дело №12297-16/8 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ООО «Девино Телеком».

В ответ на определение о возбуждении дела №12297-16/8 ООО «Девино Телеком» представило письменные пояснения (вх.№5427-з от 08.08.2016г, вх.№5835-з от 18.08.2016г, вх.№6363-з от 05.09.2016г.), согласно которым пояснило, что ООО «Девино Телеком» не является рекламораспространителем смс-сообщения следующего содержания: «РаспрОДАЧА в М.Видео до 16.05. Скидки до 30% на технику для дома и дачи! Подробнее на mvideo.ru» от 28.04.2016г.

Рекламораспространителем указанной рекламы является ООО «М.Видео Менеджмент».

ООО «Девино Телеком» представило ООО «М.Видео Менеджмент» техническую возможность отправки смс-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform» на основании договора №01-1453/06-2014 от 17.07.2014г. (копия договора представлена в материалы дела).

Согласно п.2.3 Договора от 17.07.2014г. заказчик гарантирует, что предоставленные материалы и информация, в том числе содержащие персональные данные, получены/созданы Заказчиком на законном основании, их использование в рамках оказания услуг по договору не нарушит прав третьих лиц и законодательства РФ, в том числе о рекламе, о персональных данных, об охраняемых результатах интеллектуальной деятельности и средствах индивидуализации. Также Заказчик гарантирует, что имеет в необходимой форме согласие получателей информации/материалов на получение указанных материалов/информации, и/или согласие на обработку персональных данных, если это предусмотрено законодательством РФ.

На основании п.5.15 Договора Заказчик обязан получить от Клиента предварительные согласия на получение сообщений.

На основании п.5.14 Договора ответственность за содержание смс-сообщений, за присваиваемый адрес отправителя, используемые номера абонентов для отправки сообщений несет Заказчик.

Процесс отправки смс-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform» происходит следующим образом:

- 1.Заказчику предоставляется Личный кабинет в программе для ЭВМ «DEVINO Platform».
- 2.Заказчик авторизуется в Личном кабинете путем ввода логина и пароля.
- 3.В Личном кабинете Заказчик загружает в адресную книгу список телефонов для последующей отправки смс-сообщений.
- 4.В Личном кабинете Заказчик формирует текст смс-сообщения.
- 5.В личном кабинете Заказчик формирует отправку смс-сообщений по заданным абонентам.

Таким образом, непосредственно рекламораспространителем смс-сообщения является ООО «М.Видео. Менеджмент».

В связи с данным обстоятельством, 06.09.2016г была произведена замена лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - ООО «Девино Телеком».

ООО «М.Видео Менеджмент» **является рекламораспространителем** указанной рекламы, то есть лицом,

которое осуществило распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, что подтверждается следующими обстоятельствами:

1. Рекламой в виде смс-сообщения от 28.04.2016г в 17:34 следующего содержания: «РаспрОДАЧА в М.Видео до 16.05. Скидки до 30% на технику для дома и дачи! Подробнее на mvideo.ru».

2. Копией договора на оказание услуг №01-1453/06-2014 от 17.07.2014г., заключенного между ООО «Девино Телеком» и ООО «М.Видео Менеджмент».

3. Копией платежного поручения №53417 от 21.06.2016г., оплата за информационную рассылку по договору №01-1453/06-2014 от 17.07.2014г.

4. Копией акта №1963 от 30.04.2016г. об оказанных услугах, выполненных по договору №01-1453/06-2014 от 17.07.2014г.

5. Копией приложения к акту об оказанных услугах №1963 от 30.04.2016г. к привлечению №37 от 01.04.2016г. к договору №01-1453/06-2014 от 17.07.2014г.

6. Копией счет-фактуры №1963 от 30.04.2016г.

Таким образом, распространителем рекламы посредством отправки смс-сообщения гр. Д. М.А. является ООО «М.Видео Менеджмент».

Согласно статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее — 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.

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только **при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.**

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, **должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.**

Согласно части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», **обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.**

Согласно письменным пояснениям ООО «М.Видео Менеджмент», представленным в ответ на определение об отложении рассмотрения дела №12297-16/8 от 06.09.2016г (вх.№6918-з от 26.09.2016г.), Общество сообщает, что гр. Д. М.А., которому принадлежит абонентский номер <...> является участником программы лояльности «М.Видео-Бонус» с 26.12.2011г., при регистрации в качестве участника бонусной программы, выразил согласие на получение информационных рассылок от ООО «М.Видео. Менеджмент». Абонентский номер телефона был указан гр. Д. М.А. в качестве телефона для связи и направления рассылок.

Самарским УФАС России установлено, что для участия в программе лояльности «М.Видео-Бонус» необходимо зарегистрироваться следующими способами:

1. Заполнить бумажную анкету в магазине «М.Видео»;
2. Заполнить электронную анкету на сайте www.mvideo.ru в разделе «М.Видео»/регистрация;
3. Пройти регистрацию на сервисной зоне магазина «М.Видео».

Гр. Д. была пройдена регистрация путем заполнения электронной анкеты на сайте www.mvideo.ru.

Кроме того, ООО «М.Видео Менеджмент» были представлены в антимонопольный орган - «Правила программы «М.Видео-Бонус», утвержденные приказом от 18.05.2011г. №01-121/808, действующие на дату регистрации абонента.

Согласно п.1.1 вышеуказанных правил участником Программы «М.Видео-Бонус» может стать любое физическое лицо, которому на момент регистрации исполнилось 18 лет.

Согласно ст. 21 Гражданского Кодекса Российской Федерации от 30.11.1994 №51-ФЗ (далее — ГК РФ) способность гражданина своими действиями приобретать и осуществлять гражданские права, создавать для себя гражданские обязанности и исполнять их (гражданская дееспособность)

возникает в полном объеме с наступлением совершеннолетия, то есть по достижении восемнадцатилетнего возраста.

Однако, на момент регистрации 26.12.2011г. гр. Д. М.А. являлся несовершеннолетним, то есть лицом, не достигнувшем восемнадцатилетнего возраста, что подтверждается паспортными данными гр. Д. М.А., а также в анкете-заявлении лицом были указаны данные о дате, месяце и годе рождения.

ООО «М.Видео Менеджмент» при обработке анкеты-заявления гр. Д. М.А. должны были отказать лицу в регистрации в вышеуказанной программе в качестве участника программы, на основании утвержденных Правил Программы, так как лицо на момент регистрации не достигло 18 лет.

Кроме того, Самарским УФАС России был осуществлен запрос информации, направленный в адрес оператора сотовой связи ПАО «Вымпел-Коммуникации», согласно полученному ответу, установлено, что **абонентский номер принадлежит гр. Д. М.А. на основании договора, заключенного 20.02.2014г.**

Таким образом, на момент регистрации 26.12.2011г. гр. Д. М.А. не являлся абонентом ПАО «Вымпел-Коммуникации» по вышеуказанному номеру.

Следовательно, лицо являющееся владельцем абонентского номера, не выражало согласия на получение информационных/рекламных рассылок.

Таким образом, ООО «М.Видео Менеджмент» не соблюдая установленные условия Правил программы, зарегистрировало гр. Д. М.А. как участника программы, и на дату отправки информационного смс-сообщения гр. Д. М.А. 28.04.2016г. не имело надлежащего согласия лица на осуществление данных действий.

Таким образом, гр. Д.М.А. На момент распространения смс- сообщения не выражал своего согласия на получение информационных сообщений.

В соответствии с частью 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.

В данной норме под неопределенном 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.

Смс-сообщение: «РаспрОДАЧА в М.Видео до 16.05. Скидки до 30% на технику для дома и дачи! Подробнее на mvideo.ru» (отправитель — М.Video), распространенное абоненту полностью отвечает всем юридическим признакам рекламы, информация в этом сообщении адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к товарам и услугам.

Таким образом, реклама в форме смс-сообщения: «РаспрОДАЧА в М.Видео до 16.05. Скидки до 30% на технику для дома и дачи! Подробнее на mvideo.ru» (отправитель — М.Video), распространенная ООО «М.Видео Менеджмент» на телефонный номер принадлежащий гр. Д. М.А., который не давал предварительного согласия на получение данной рекламы, содержит нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение части 1 статьи 18 указанного закона несет рекламораспространитель.

На основании вышеизложенного и руководствуясь 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 в форме смс-сообщения: «РаспроДАЧА в М.Видео до 16.05. Скидки до 30% на технику для дома и дачи! Подробнее на mvideo.ru» (отправитель — М.Video), распространенную ООО «М.Видео Менеджмент» на телефонный номер <...> принадлежащий гр. Д. М.А., который не давал предварительного согласия на получение данной рекламы, поскольку она содержит нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», содержит нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе не выдавать в связи с прекращением правонарушения.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Самарского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Резолютивная часть решения оглашена 10 октября 2016г.

Решение изготовлено в полном объеме 21 октября 2016г.

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

Председатель Комиссии

М.А. Шабанова

Члены Комиссии

И.А. Макридина

Т.А. Симонова