

Дело № 03-05/08-2018

ОАО «Большой Гостиный Двор»

пр. Невский, д. 35, г. Санкт-Петербург, 191186

тел. (812) 630 01 36

факс (812) 314-98-81

bgd@gostiny.spb.ru

Заявитель

<...>

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ВОЗБУЖДЕНИИ ДЕЛА

ПО ПРИЗНАКАМ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

**«26» февраля 2018 года
Архангельск**

г.

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Архангельской области (далее – Архангельское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Цакулов Юрий Геннадьевич, рассмотрев материалы, представленные отделом антимонопольного контроля и рекламы Архангельского УФАС России,

УСТАНОВИЛ:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Архангельской области (Архангельское УФАС России) 22.12.2017 (входящий № 8903) из ФАС России поступило заявление гражданина <...> от 22.12.2017 с приложением копий согласия от 22.12.2017 и скрин-шот смс-сообщения.

Входящий номер ФАС России – ВХ030631.

Согласно заявлению 19.12.2017 в 20:57 на номер мобильного телефона заявителя +7-911-133-32-53 (оператор мобильной связи - ПАО «МТС») с номера «GostinyDvor» (SMS-центр: +7-916-896-03-90) поступило смс-сообщение следующего содержания: «20.12 ДЕНЬ КЛИЕНТА! 30%+ДК! Открытие ретро-выставки 20 лет ГВМ. ЖДЕМ!».

По мнению заявителя, указанное смс-сообщение является рекламой; согласия на получение рекламы не давал; имеются признаки нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (ФЗ «О рекламе»).

Архангельским УФАС России проведена проверка, направлены запросы оператору связи ПАО «МТС», а также АО «СмартКардЛинк», ООО «СМС Трафик», ОАО «Большой Гостиный Двор» о предоставлении информации, документов.

ПАО «МТС» письмом от 18.01.2018 подтвердило, что <...> является абонентом ПАО «МТС» по договору оказания услуг подвижной связи с выделением ему абонентского номера +79111333253; сообщило, что номер <...> является номером SMS-Центра ПАО «МТС»; SMS-сообщение с буквенным идентификатором GostinyDvor поступило на сервисную платформу ПАО «МТС» с последующей доставкой через SMS-Центр ПАО «МТС» на абонентский номер <...> от компании АО «СмартКардЛинк» в рамках договора № D170355983 от 01.12.2017; заказчиком рассылки являлся ОАО «Большой Гостиный Двор» по договору, заключенному с ООО СМС «Трафик»

(субагент «СмартКардЛинк»); в течение декабря 2017 абонентом <...> получено SMS-сообщение с номера «GostinyDvor» 1 раз.

Также ПАО «МТС» указало, что ПАО «МТС» не формировало и не согласовывало ни сам текст указанного SMS-сообщения, ни список рассылки, и не предпринимало никаких действий, направленных на организацию распространения рекламы, указанной в сообщении, в том числе не совершало самостоятельно на вышеуказанный абонентский номер рассылку SMS-сообщения такого характера; ПАО «МТС» осуществило технологические действия, предоставляя техническую возможность совершить рассылку SMS-сообщений, не вникая в их содержание.

Согласно п. 3.3.17 агентского договора от 01.12.2017 № D170355983 Агент (АО «СмартКардЛинк») обязан получить от Заказчика рассылки документальное подтверждение / письменные гарантии о наличии согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений, - рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (п. 22.1 ст. 2 ФЗ «О связи»). В случае направления Пользователям рекламных сообщений, также обеспечить получение от Заказчиков рассылки документальное подтверждение / письменные гарантии о наличии согласия от Пользователей на получение ими рекламных сообщений, отправляемых по сетям электросвязи. Согласие Пользователей на рекламу по сети электросвязи и на рассылку по сети подвижной связи должно быть выражено посредством совершения ими действий, однозначно идентифицирующих Пользователя и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламных сообщений и сообщений согласно п.22.1 ст. 2 ФЗ «О связи» (в силу п.п. 1.10, 1.11 договора, заказчик рассылки – юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, иницирующее (-ий) отправку коротких текстовых сообщений Пользователям; Пользователь – абонент, заключивший договор на услуги связи с ПАО МТС и получающий короткие текстовые сообщения от Заказчика рассылки).

АО «СмартКардЛинк» письмом от 31.01.2018 № 22/01 и ООО «СМС Трафик» письмом от 31.01.2018 № 32-18 подтвердили, что на абонентский номер <...> - 911-133-32-53 было отправлено SMS-сообщение 19.12.2017 в 20:57 с номера «GostinyDvor»; сообщили, что в течение декабря 2017 абоненту +7-911-133-32-53 от отправителя «GostinyDvor» направлено одно SMS-сообщение (19.12.2017 в 20:57); в подтверждение приложили список SMS-сообщений с 01.12.2017 по 31.12.2017.

Акционерное общество «СмартКардЛинк» письмом от 31.01.2018 № 22/01 указало, что организация является поставщиком услуг связи, и представило копии лицензий, выданных Роскомнадзором, — Лицензий № 150946 от 09.02.2017 на оказание телематических услуг связи и Лицензии № 144913 от

08.09.2015 на оказание услуг связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации.

Согласно п. 2.1 договора № 010413 от 01.04.2013, заключенного между АО «СмартКардЛинк» (Исполнитель) и ООО «СМС Трафик» (Заказчик), Исполнитель оказывает услуги по информационному и технологическому обеспечению проекта Заказчика в открытых телекоммуникационных сетях, включая оказание услуг по приему Исполнителем от Заказчика сообщений, их обработке и отправке по SMSC (Центр обработки коротких сообщений) Оператора для передачи Пользователям информационных SMS-сообщений при помощи шлюза Access Aggregator.

Согласно п.6.5 названного договора Заказчик несет ответственность за рассылку сообщений тем пользователям, которые не выразили прямо свое согласие на их получение.

ООО «СМС Трафик» письмом от 31.01.2018 № 32-18 указало, что деятельность осуществляется в соответствии с лицензиями, выданными Роскомнадзором, — Лицензий № 109191 от 26.03.2013 на оказание телематических услуг связи и Лицензии № 129162 от 02.06.2015 на оказание услуг связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации, представило копии указанных лицензий. Также сообщило, что характер работы предполагает, что Исполнитель (ООО «СМС Трафик») организует доступ к сервису посредством установки программного обеспечения на устройства Заказчика (ОАО «Большой Гостиный Двор») или предоставляет ему доступ через защищенный канал к закрытой части сайта; комплекс оборудования и программного обеспечения позволяет Заказчику самостоятельно формировать текст сообщения, следить за доставкой сообщений и работать с базой для отправки.

Согласно п. 2.1 договора от 29.12.2012 № 655/12 оказания услуг предоставления доступа к Системе и обработки данных, заключенного между ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) и ОАО «Большой Гостиный Двор» (Заказчик), Исполнитель по заданию Заказчика оказывает последнему услуги доступа к Системе, обеспечивающей обработку, отправку Сообщений и организацию их взаимодействия между Заказчиком и Абонентом, а Заказчик обязуется оплатить оказанные услуги. В силу п. 2 названного договора Система — принадлежащий Исполнителю комплекс оборудования и программного обеспечения, который позволяет получать, обрабатывать и пропускать в форме различных типов Сообщений данные, поступающие от абонента и адресуемые Заказчику, а также в обратном порядке, от Заказчика адресуемые Абоненту.

Согласно п. 5.2 названного договора ответственность за содержание исходящих от Заказчика Сообщений несет сам Заказчик. В рамках настоящего Договора Исполнитель обеспечивает пропуск через свою

систему Сообщений в их неизменном содержании и объеме, без какого-либо толкования, редактирования или цензурирования; в связи с этим ответственность за включение в Сообщения сведений и данных, противоречащих действующему законодательству... возлагается на Заказчика. Согласно п. 12.1 Приложения № 2 к названному договору не допускается со стороны Заказчика отправлять через платформу (Систему) Исполнителя сообщения, нарушающие нормы действующего законодательства.

Дополнительным соглашением № 6 от 17.04.2015 к указанному договору Заказчику присвоены следующие Имена отправителя: GostinyDvor.

Дополнительным соглашением № 11 от 31.12.2016 срок действия названного договора продлен до 31.12.2017.

В соответствии с пунктами 1, 2, 3 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (Федерального закона «О рекламе») реклама - информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Объект рекламирования - товар, 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.

Товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Как указано в Постановлении Конституционного Суда РФ от 04.03.1997 № 4-П «По делу о проверке конституционности статьи 3 Федерального закона от 18 июля 1995 года «О рекламе», реклама рассматривается законодателем как средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации.

Согласно Международному кодексу рекламной практики под потребителем понимается любое лицо, к которому адресуется реклама, или которая может достичь его, вне зависимости от того, является ли он конечным потребителем, торговым клиентом или пользователем.

Экономической целью размещения рекламы для лица, осуществляющего производство, реализацию товара (работ, услуг), является продвижение и продажа товара (работ, услуг) оптовому покупателю и конечному потребителю.

Рассматриваемая информация распространена посредством сетей электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи путем направления смс-сообщения, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования – «20.12 ДЕНЬ КЛИЕНТА! 30%+ДК! Открытие ретро-выставки 20 лет ГВМ. ЖДЕМ!», - формирует и поддерживает интерес к объекту рекламирования и его продвижение на рынке, то есть отвечает законодательному определению рекламы, приведенному в п. 1 ст. 3 Федерального закона «О рекламе».

Согласно ч. 11 ст. 5 Федерального закона «О рекламе» при производстве, размещении и распространении рекламы должны соблюдаться требования законодательства Российской Федерации, в том числе требования гражданского законодательства, законодательства о государственном языке Российской Федерации.

В соответствии с ч. 1 ст. 18 Федерального закона «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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Как следует из п. 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Особенности распространения рекламы в виде смс-рассылок по сетям электросвязи регламентированы статьей 44.1 Федерального закона "О связи".

Согласно ч. 1 ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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.

ОАО «Большой Гостиный Двор» письмом от 02.02.2018 № 02/08 подтвердило факт направления SMS-сообщения абоненту; пояснило, что действовавшая в 2011 году форма анкеты старого образца не предусматривала пункта о письменном согласии покупателя на получение информации; согласие давалось в устной форме с указанием в анкете реквизитов средства связи для получения информации, поэтому рассылка СМС-сообщений покупателям, заполнившим анкету старого образца, была прекращена; сообщение было направлено из-за ошибки должностного лица, осуществляющего загрузку телефонных номеров через личный кабинет на сайте ООО «СМС Трафик».

Письмами: ПАО «МТС» от 22.01.2018, АО «СмартКардЛинк» от 31.01.2018 №22/01, ООО «СМС Трафик» от 31.01.2018 № 32-18, ОАО «Большой Гостиный Двор» от 02.02.2018 № 02/08, - представлены копии анкеты владельца дисконтной карты ОАО Большой Гостиный Двор от 31.01.2011, где владелец карты <...>, его дата рождения <...>.

При этом согласия на получение от ОАО «Большой Гостиный Двор» смс-сообщений рекламного характера на номер заявителя, достаточного для идентификации согласия и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя, не представлено.

Рассматриваемая информация имеет признаки нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Согласно ч. 7 ст. 38 Федерального Закона «О рекламе» ответственность за нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального Закона «О рекламе» несет рекламораспространитель.

Согласно п. 7 ст. 3 Федерального Закона «О рекламе» рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламораспространителем рассматриваемого рекламного смс-сообщения является ОАО «Большой Гостиный Двор».

На основании статей 33, 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 20, 21 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508,

ОПРЕДЕЛИЛ:

1. Возбудить производство по делу № 03-05/08-2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

2. Признать лицами, участвующими в деле:

I лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе – ОАО «Большой Гостиный Двор» (реklamораспространитель);

I сторона по делу № 03-05/08-2018 – заинтересованное лицо — заявитель <...>.

3. Назначить дело № 03-05/08-2018 к рассмотрению на «26» марта 2018 года в 11 часов 30 минут по адресу: г. Архангельск, ул. Карла Либкнехта, д.2, каб.109.

Явка ОАО «Большой Гостиный Двор» - в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, для участия в рассмотрении настоящего дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе либо представителя при наличии

надлежащим образом оформленной доверенности **обязательна**.

В случае неявки в назначенное время дело № 03-05/08-2018 будет рассмотрено без участия сторон и без учета их мнения.

4. ОАО «Большой Гостиный Двор» в срок не позднее «19» марта 2018 года представить по адресу: г.Архангельск, ул.Карла Либкнехта, д. 2, факс: 21-54-45, следующую информацию (документы и материалы):

объяснения, пояснения, возражения с приложением необходимых документов и правовым обоснованием своей позиции (в письменной форме), в том числе:

- приложить копию Устава ОАО «Большой Гостиный Двор»;
- приложить документы, удостоверяющие служебное положение и подтверждающие полномочия законного представителя ОАО «Большой Гостиный Двор»;
- сообщить сведения о законном представителе ОАО «Большой Гостиный Двор» (ФИО, дата и место рождения, его контактные данные);
 - сообщить сведения о сотруднике ОАО «Большой Гостиный Двор», осуществившего при отправке названного СМС-сообщения загрузку телефонного номера +7-911-133-32-53 через личный кабинет на сайте ООО СМС «Трафик» (при этом указать фамилию, имя, отчество сотрудника, его должность, дата принятия его на работу, работает ли по настоящее время, если «нет», то дата увольнения); представить копии приказа о приеме сотрудника на работу или выписку из него, его должностной инструкции;
 - приложить анкету владельца дисконтной карты ОАО «Большой Гостиный Двор» нового образца;
 - указать, с какого времени используется бланк анкеты владельца дисконтной карты ОАО «Большой Гостиный Двор» нового образца;
- иную информацию для полного, всестороннего и объективного рассмотрения заявления.

5. Заявителю <...> в срок не позднее «19» марта 2018 года представить по адресу: г. Архангельск, ул. Карла Либкнехта, д.2, факс: 21-54-45, следующую информацию (документы и материалы):

объяснения, пояснения, возражения с приложением необходимых документов и правовым обоснованием своей позиции (в письменной форме), в том числе:

- указать, оформляли ли Вы анкету владельца дисконтной карты ОАО «Большой Гостиный Двор» от 31.01.2011; получали ли Вы названную дисконтную карту и пользовались ли ей;
- сообщить, давали ли Вы Открытому акционерному обществу «Большой Гостиный Двор» согласие на получение рекламы, в том числе согласие при заполнении анкеты владельца дисконтной карты ОАО Большой Гостиный Двор от 31.01.2011; если «да», то указать когда и в какой форме (письменной, устной);
- обращались ли Вы к ОАО «Большой Гостиный Двор» с требованием о прекращении распространения рекламы в Ваш адрес, если «да», то когда и в какой форме; подтвердить документально;
- указать, поступает ли с 19.12.2017 по настоящее время рассматриваемая реклама;
- дополнения (при наличии) по настоящему делу с приложением необходимых документов и правовым обоснованием своей позиции;
- иную информацию при наличии для полного, всестороннего и объективного рассмотрения настоящего дела.

Информация должна быть представлена в полном объеме по каждому из пунктов запроса.

В случае отсутствия запрашиваемой информации по пункту запроса, указать на невозможность представления запрашиваемых сведений с пояснениями (в письменной форме).

Доводим до Вашего сведения, что на основании ч. 6 ст. 19.8 КоАП РФ **непредставление** в федеральный антимонопольный орган, его территориальный орган **сведений** (информации), предусмотренных законодательством о рекламе, а равно **представление** таких сведений (информации) **в неполном объеме** или в искаженном виде либо **представление недостоверных сведений** (информации) влечет **наложение административного штрафа** на должностных лиц в размере от двух тысяч до десяти тысяч рублей; на юридических лиц - от двадцати тысяч до двухсот тысяч рублей.

Согласно п. 25 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 стороны и заинтересованные лица со дня возбуждения дела вправе:

- знакомиться с материалами дела (за исключением сведений, составляющих государственную и иную охраняемую законом тайну) и делать выписки из них;
- давать устные и письменные объяснения;
- представлять доказательства по делу и участвовать в их исследовании;
- заявлять ходатайства;
- делать заявления;
- возражать против заявлений и доводов других лиц;
- пользоваться другими правами, предусмотренными законодательством Российской Федерации.

Примечание:

- С материалами дела № 03-05/08-2018 можно ознакомиться в Архангельском УФАС России по адресу: г. Архангельск, ул. Карла Либкнехта, д. 2, каб.102 (исполнитель – Футоран Наталья Алексеевна, 65-30-50).
- Полномочия сторон должны быть подтверждены соответствующими документами.
- **Копии документов**, представленные для приобщения к материалам дела № 03-05/08-2018 и не заверенные нотариально, **должны быть заверены подписью руководителя и печатью юридического лица** либо подписью и печатью индивидуального предпринимателя либо подписью физического лица.
- При направлении документов **ссылка на номер дела 03-05/08-2018 обязательна.**
- Для обеспечения оформления пропусков в здание по адресу: г. Архангельск, ул.К.Либкнехта, 2, - Архангельскому УФАС России необходимо заблаговременно сообщить Ф.И.О представителей по телефону (8182) 65-30-50.

**Председатель
комиссии
Цакулов**

Ю.Г.