

РЕШЕНИЕ

по делу № 513/2014-Р

«25» декабря 2014г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Рязанской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе, в составе:

Председатель Комиссии – « »

Члены Комиссии: « »

рассмотрев дело № 513/2014-Р по признакам нарушения части 1 статьи 18, ФЗ «О рекламе», выразившейся при распространении смс-сообщений, посредством сотовой связи на телефонный номер <...> ***** рекламы ОАО «Модный Континент», в присутствии представителя: ответчика – ОАО «Модный Континент», в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе – « ». (Доверенность № « » от 22.12.2014г.) в отсутствие заявителя – « » надлежащим образом, уведомленного о времени и месте рассмотрения дела (почтовое отправление № «...» получено 21.12.2014г.),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Рязанского УФАС России 06.11.2014г. вх. №5479э поступило заявление «...», о распространении на ее телефонный номер <...> ***** смс-рекламы.

К своему заявлению «...» приложила скриншот с экрана мобильного телефона из которого следует, что на телефонный номер поступили смс-сообщения следующего содержания:

- «Теплая осень: скидка 50% на вторую вязаную вещь. 24-28.09. INCITY.RU»;
- «Успей получить купон на скидку 500 руб. на покупку в октябре. INCITY.RU»;
- «Спешите! С 06.10.14 неделя скидок до 50%. INCITY.RU»;
- «Дарим 500бонусов на карту при покупке от 1500р. Только 4 дня! INCITY.RU»;
- «Не пропусти Марафон скидок в INCITY! Только 3 дня 5-7.11. INCITY.RU».

Из заявления следует, что согласия на получение рекламных смс-сообщений получено не было.

Из содержания рекламного сообщения «Дарим 500бонусов на карту при покупке от 1500р. Только 4 дня! INCITY.RU» следует, что у заявителя имеется карта компании INCITY.

Для установления рекламораспространителя, а также для получения информации о наличии либо отсутствии оформленной на заявителя карты Рязанским УФАС России 07.11.2014г. был направлен запрос в адрес ОАО «Модный континент» (компания INCITY).

В адрес заявителя также был направлен запрос (исх. 5015 от 07.11.2014г.) о предоставлении информации о наличии оформленной карты INCITY.

В адрес Рязанского УФАС России от «...». поступил ответ, из которого следует, что карта действительно была оформлена несколько лет назад.

Из объяснений «...». следует, что она не раз обращалась по телефону, а в последствии и через сервис smsnenado.ru в компанию INCITY с требованием удалить ее номер из списка рассылки. К своему ответу «...». приложила скриншот с письмом от сервиса smsnenado.ru от 06.10.2014г.

При обращении к сайту сервиса smsnenado.ru следует, что услуги по отписке от рекламных смс-сообщений предоставляет компания ЗАО «Вендософт».

Рязанским УФАС России в адрес ЗАО «Вендософт» 04.12.2014г. был направлен запрос о необходимости представить информацию о том, с каким рекламодателем связывалось общество для исключения номера заявителя (+7*****) из рассылки от INCITY с приложением имеющихся доказательств, а также необходимости представить копию ответа рекламодателя об исключении номера +7***** из рассылки.

В ответ на запрос о предоставлении информации ЗАО «Вендософт» сообщило следующее.

В марте 2013г. в телефонном разговоре с отделом клубной программы ОАО «Модный континент» (телефон +7*****), осуществляющим рассылки от имени INCITY была достигнута устная договоренность, что все заявки на отписку от смс-рассылок от имени INCITY достаточно направлять по email на специальный адрес club@incity.ru. Этот же адрес указан как контактный на странице клубной программы INCITY ([http:// incity.ru/about/contacts/](http://incity.ru/about/contacts/)).

1. На сайт сервиса «Смс не надо» smsnenado.ru 5 мая 2014г. в 16:40 была получена заявка № «...» на отписку от смс-рассылки следующего содержания:

Email: [«...»](#)

Телефон: 7*****

Имя отправителя СМС: INCITY

Дата смс: 05.05.2014

Текст СМС: 5-18.05.2014: - 20% на женскую коллекцию при покупке мужской. INCITY.RU

Соответственно, 6 мая 2014 года, было передано требование заявителя 7***** отписаться от СМС путем отправки следующего письма на адрес рекламодателя club@incity.ru (в письме также присутствуют также номера других заявителей, поданные на отписку в этот день, они закрыты звездочками):

Дата отправки: 2014-05-06 12:12

Кому: club@incity.ru

От кого: mail@smsnenado.ru

Тема письма: Список для отписки от СМС-рассылки INCITY

Текст письма:

Здравствуйте.

По нашей договоренности отправляем вам свежие номера на отписку от СМС-рассылки от имени INCITY. Просим отписать следующие номера:

7*****

7913*****89

7916*****89

7916*****12

7916*****57

7922*****74

Спасибо! При необходимости готовы предоставить дополнительную информацию (регион абонента, текст СМС, дата СМС) об этих заявках по запросу.

--

Правозащитный сервис SMSnenado.ru от ЗАО Вендософт

<http://www.smsnenado.ru>

mail@smsnenado.ru

2. На сайт сервиса «Смс не надо» smsnenado.ru 26 сентября 2014г. в 11:44 была получена заявка № «...» на отписку от смс-рассылки следующего содержания:

Email: «...»

Телефон: 7*****

Имя отправителя СМС: INCITY

Дата смс: 24.09.2014

Текст СМС: Теплая осень: скидка 50% на вторую вязаную вещь. 24-28.09. INCITY.RU

Соответственно, 26 сентября 2014 года, было передано повторное требование заявителя 7***** отписаться от СМС путем отправки следующего письма на адрес рекламодателя club@incity.ru:

Дата отправки: 2014-09-26 12:25

Кому: club@incity.ru

От кого: mail@smsnenado.ru

Тема письма: Список для отписки от СМС-рассылки INCITY

Текст письма:

Здравствуйте.

По нашей договоренности отправляем вам свежие номера на отписку от СМС-рассылки от имени INCITY. Просим отписать следующие номера:

7*****

Спасибо! При необходимости готовы предоставить дополнительную информацию (регион абонента, текст СМС, дата СМС) об этих заявках по запросу.

--

Правозащитный сервис SMSnenado.ru от ЗАО Вендософт

<http://www.smsnenado.ru>

mail@smsnenado.ru

3. На сайт сервиса «Смс не надо» smsnenado.ru 6 октября 2014г. в 11:51 была получена заявка № 351566 на отписку от смс-рассылки следующего содержания:

Email: a.v.dementyeva@gmail.com

Телефон: 7*****

Имя отправителя СМС: INCITY

Дата смс: 2014-05-05

Текст СМС: Спешите! С 06.10.14 неделя скидок до 50%. INCITY.RU

Соответственно, 6 октября 2014 года, было передано очередное требование заявителя 7***** отписаться от СМС путем отправки следующего письма на адрес рекламодателя club@incity.ru (в письме также присутствует номер другого заявителя, поданный на отписку в этот день, он закрыт звездочками):

Дата отправки: 2014-10-06 12:20

Кому: club@incity.ru

От кого: mail@smsnenado.ru

Тема письма: Список для отписки от СМС-рассылки INCITY

Текст письма:

Здравствуйте.

По нашей договоренности отправляем вам свежие номера на отписку от СМС-рассылки от имени INCITY. Просим отписать следующие номера:

7902*****97

7*****

Спасибо! При необходимости готовы предоставить дополнительную информацию (регион абонента, текст СМС, дата СМС) об этих заявках по запросу.

--

Правозащитный сервис SMSnenado.ru от ЗАО Вендософт

<http://www.smsnenado.ru>

mail@smsnenado.ru

Ответа на направленные письма получено не было.

Сервис «СМС не надо» является посредником для передачи требования абонента об отписке (согласно п. 1 ст. 18 № 38-ФЗ «О рекламе» рекламодатель обязан прекратить рассылку по первому требованию абонента, форма подачи требования в законе не прописана).

После отправки каждого письма рекламодателю на контактный адрес club@incity.ru заявителю на адрес «...» отправлялось письмо, сообщающее что его требование передано рекламодателю, а также было указано, что в случае получения повторных СМС абонент имеет право подавать жалобу в ФАС на данного рекламодателя для прекращения рассылок.

Из объяснений ОАО «Модный континент», представленных 02.12.2014г. следует, что отправителем смс-сообщений является ООО «Инновационные технологии», которое осуществляет смс-рассылку участникам клубной программы ОАО «Модный континент» на основании договора о предоставлении услуг № ИТ-053/14 от 04.07.2014г. Заявитель с номером +7***** является участником клубной программы INCITY на которого оформлена клубная карта (код карты «...», штрихкод карты «...» дата выдачи 21.08.2010, участник клубной программы «...»). Заявлений о выходе из клубной программы INCITY, об отзыве согласия на рассылку смс-сообщений рекламного характера (либо о прекращении смс-рассылки) в адрес ОАО «Модный континент» не поступало. Факт получения согласия заявителя на осуществление смс-рассылки подтверждается многократным использованием им клубной карты INCITY, включая бонусную систему, которая у каждого участника клубной программы индивидуальна (зависит от количества и объема покупок). В связи со сбоем, произошедшим в компьютерной программе, часть анкет, оформленных в 2010 году утеряна. Рекламная рассылка по номерам участников клубной программы, заполненные анкеты которых на данный момент не восстановлены, приостановлена. По факту выяснения причин осуществления смс-рассылки на номер <...> ***** , после принятия решения генеральным директором ОАО «Модный континент» о приостановлении рассылки, проводится служебное расследование с целью выявления виновных лиц (в случае необходимости все документы о ходе и результатах расследования будут предоставлены).

21.08.2010г. участником, перед совершением покупки, заполнена анкета участника клубной программы в магазине INCITY, расположенном в ТЦ «Метрополис» по

адресу: г. Москва, Ленинградское шоссе, 16А, строение 4, после чего передана карта клубной программы. В анкете предусмотрено следующее условие: *Своей подписью я подтверждаю, что ознакомлен и согласен с правилами программы лояльности «Клубная программа INCITY». В целях реализации программы «Клубная программа INCITY», а также в целях получения информации о проводимых акциях и специальных предложениях от партнеров ОАО «Модный континент», в соответствии с Федеральным законом 152-ФЗ «О персональных данных» от 27.07.2006 я разрешаю компании ОАО «Модный континент» - оператору персональных данных, зарегистрированному по адресу: г. Москва, ул. Спасская, д. 27 получать, собирать, хранить, использовать мои персональные данные (как с использованием автоматизации, так и без использования) и передавать третьим лицам: фамилию, имя, отчество, дату рождения, почтовый адрес, домашний и мобильный телефоны, адрес электронной почты, паспортные данные. Я согласен и хочу получать информацию о проводимых акциях и специальных предложениях. Настоящее согласие предоставлено мною на неопределенный срок с момента обращения участника к ОАО «Модный континент» для заполнения анкеты и в любой момент может быть мной отозвано путем направления письменного уведомления в ОАО «Модный континент».*

Из объяснений ОАО «Модный континент» следует, что заявитель является владельцем клубной карты и участником клубной программы INCITY, что возможно только при заполнении анкеты и получения согласия заявителя на информирование о рекламных акциях, в том числе посредством смс-сообщений. На официальном интернет-сайте ОАО «Модный континент» www.incity.ru в разделе «информация» (<http://incity.ru/club/>) подробно изложены условия получения клубной карты, а также в разделе «участие» (http://incity.ru/club/participation_in_the_program/) на сайте www.incity.ru содержатся сведения о способах отказа от участия в клубной программе INCITY:

«Вы можете отказаться от участия в программе в любое время одним из следующих способов:

- *Отправив письмо в свободной форме по адресу club@incity.ru, с пометкой в теме «Участие в программе» с указанием номера карты;*
- *Написав заявление в магазине об отказе от участия в программе».*

По состоянию на 01.12.2014г. письма об отказе от участия заявителем в клубной программе INCITY, ОАО «Модный континент» получено не было ни одним из вышеперечисленных способов.

В соответствии с договором о предоставлении услуг № ИТ-053/14 от 04.07.2014г. ООО «Инновационные технологии» (Исполнитель) предоставляет за плату ОАО «Модный континент» (Заказчику) услуги по отправке MMS, SMS абонентам через операторов путем предоставления доступа к системе в течение определенного периода в определенном объеме в соответствии с действующими тарифами.

В соответствии с пунктом 2.3. договора услуги предоставляются только Заказчикам, заключившим с Исполнителем договор о предоставлении услуг и зарегистрированным в системе. При регистрации Заказчик получает персональные логин и пароль, позволяющие получить доступ к защищенной области сайта Исполнителя.

В соответствии с пунктом 3.2.2. договора Заказчик обязан в обязательном порядке получить от абонента, на телефон которого планируется отправка смс-сообщений, согласие на получение таких смс-сообщений.

Пунктом 6.10. договора Исполнитель обязался не осуществлять рассылку иных сообщений, текст которых не был предоставлен Заказчиком или не был согласован им, на телефонные номера абонентов из перечня, предоставленных Заказчиком.

Направленная путем смс-сообщения информация является рекламой, так как, соответствует критериям рекламы, указанным в статье 3 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – 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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

При этом рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило

определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Из договора, заключенного ОАО «Модный континент» и ООО «Инновационные технологии» следует, что лицом, ответственным за получение согласия абонентов - рекламодателем является ОАО «Модный континент».

Определением о возбуждении дела №513/2014-Р (исх.6765 от 15.12.2014г.) у ОАО «Модный Континент» были запрошены необходимые документы и сведения, а также мотивированное письменное объяснение.

Из полученных объяснений (вх.6702 от 24.12.2014г.) следует, рассылка смс-сообщений с адреса INCITY осуществляется ОАО «Модный Континент» в рамках проведения программы лояльности «Клубная программа INCITY» абонентам, которые являются держателями клубных карт INCITY.

В соответствии с действующим Положением о клубной программе от 16.07.2014г. отказ клиента от участия в программе производится по его по его заявлению.

После того, как заявление заполнено, сотрудник магазина должен отсканировать заявление и отправить его на адрес club@incity.ru, с пометкой в теме «отказ от участия».

Также клиент может отправить письмо по электронной почте на club@incity.ru. Должностным лицом, ответственным за контроль по обработке входящих писем (в том числе писем заявителей с отказом от смс-рекламы) и их направлением на исполнение является начальник отдела технической поддержки «..», действующий на основании должностной инструкции, а также приказа № «...» от 06.02.2013г.

Так как письма с требованием о прекращении смс-рассылки от ЗАО «Вендософт», в связи с наличием жестких спам-фильтров, установленный в ОАО «Модный Континент», поступали в ящик «нежелательная почта» и не были должным образом обработаны отделом технической поддержки.

Также к письменным объяснениям ОАО «Модный Континент» была приложена объяснительная записка от «...», из содержания которой следует, что «...». как начальником отделом поддержки. Был осуществлен недостаточный контроль за процессом организации распределения входящей корреспонденции на электронные почтовые ящики. Так, письма с адреса smsnenadomail@smsnenado.ru автоматически поступали в ящик «нежелательная почта», который не обрабатывался отделом поддержки, в связи с чем, письма поступившие в данный ящик, курирующим подразделением для дальнейшей обработки не направлялись.

Данный факт был выявлен 16.12.2014г. Нарушение устранено путем обработки всех писем, обнаруженных в ящике «нежелательная почта».

Таким образом, «...». считает, что в том, что письмо не было прочитано, полностью его вина, так как отдел поддержки не выполнил свою обязанность по распределению входящей корреспонденции должным образом.

Представителем ОАО «Модный Континент» «...». на Комиссии было заявлено, что анкета участника клубной программы INCITY зарегистрированная на имя «...», была утеряна и подтвердить, то что она давала свое согласие на получение смс-сообщений от ОАО «Модный Континент» не представляется возможным.

На «...» который является начальником отдела поддержки было наложено дисциплинарное взыскание (приказ № «...» от 22.12.2014г.) в виде замечания, а также то, что «...» признает свою вину.

Также «...» сообщила, что на номер «...». прекращена рассылка смс-сообщений от ОАО «Модный континент».

Рассмотрев все имеющиеся в материалах дела № 513/2014-Р документы и сведения, а также выслушав доводы представителя ОАО «Модный Континент» Комиссия пришла к следующим выводам.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 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.

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».

Рекламораспространителем является ОАО «Модный континент» (ИНН 7708663960, 129010, г. Москва, ул. Б. Спасская, д. 27).

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 ОАО «Модный Континент» направленную посредством сотовой связи, на номер гражданки «...» поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 «О рекламе».

2.Не выдавать ОАО «Модный Континент» предписание о прекращении нарушений законодательства о рекламе.

3.Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Рязанского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме «12» января 2015г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.