

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 042/05/18-501/2019

«15» мая 2019г.

г. Кемерово

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

<...>

> - заместителя руководителя управления;

Заместителя
председателя
Комиссии:

<...> начальника отдела рекламы недобросовестной
>- конкуренции и финансовых рынков;

Членов Комиссии:

специалиста - эксперта отдела рекламы,
<...> недобросовестной конкуренции и финансовых рынков,
>-

рассмотрев дело № 042/05/18-501/2019, возбужденное в отношении Закрытого акционерного общества «Эркафарм» (далее – ЗАО «Эркафарм», 107005, г. Москва, улица Бакунинская, 14, ОГРН: 1037739330892, дата присвоения ОГРН: 31.01.2003, ИНН: 7701047916, КПП: 770101001) по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту - ФЗ «О рекламе»), в присутствии представителя ЗАО «Эркафарм» Никитенко Татьяны Александровны (доверенность 08.05.2019 б\н, далее – Никитенко Т.А.),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по электронной почте поступило обращение ФАС России о рассмотрении заявления физического лица (вх. от 15.03.2019 № 1324э) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении нежелательного смс - сообщения (рекламы).

08.04.2019 определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Кемеровским УФАС России было возбуждено дело № 042/05/18-501/2019 в отношении ПАО «ВымпелКом» и назначено к рассмотрению на 15.05.2019 в 10 часов 30 минут. Данное определение было направлено в адрес ЗАО «Эркафарм» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта ФГУП «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

15.05.2019 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения от ЗАО «Эркафарм» (вх. от 15.05.2019 № 2959) из которых следует, что ЗАО «Эркафарм» получило согласие заявителя на получение рекламы, путем исполнения им условий, установленных Правилами участия в программе лояльности «Я буду жить 100 лет» (далее – Правила), которые размещены на сайте www.yastolef.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

В соответствии с пунктом 3.6 Правил участник Программы, регистрируясь на сайте www.yastolef.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», выражает организатору программы ЗАО «Эркафарм» свое согласие на обработку персональных данных для целей участия в Программе.

Предоставление согласия участника на обработку его персональных данных при заполнении анкеты на сайте осуществляется проставлением отметки в соответствующей графе о даче согласия, путем нажатия кнопки «зарегистрироваться». Получение ЗАО «Эркафарм» посредством сайта Программы заполненной анкеты участника в электронном виде или продиктовке из смс - сообщения отправленного на номер телефона участника кассиру, в момент регистрации в Программе и далее считается подтверждением получения согласия участника на обработку его персональных данных.

Принимая условия программы, давая согласие на обработку персональных данных, а также используя в дальнейшем карту, участник выражает свое согласие на получение от ЗАО «Эркафарм» или от имени третьих лиц рекламной информации, распространяемой по сетям электросвязи, в том числе посредством телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, электронной почты, сети «Интернет».

Таким образом, при продиктовке кода из смс-сообщения, отправленного на номер телефона участника, кассиру в момент регистрации в Программе и далее считается подтверждением согласия участника на получение от ЗАО «Эркафарм» рекламных сообщений.

Заявитель подтвердил свое согласие на получение рекламных сообщений от ЗАО «Эркафарм», продиктовав смс-код кассиру аптеки, в свою очередь кассир ввел его при регистрации карты. Данное обстоятельство подтверждается скриншотами из системы управления взаимоотношениями с клиентами ЗАО «Эркафарм».

Получение кода заявителем подтверждается скриншотом из личного кабинета Stolef.ru (представлены в материалы дела).

15.05.2019 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-501/2019 в присутствии представителя ЗАО «Эркафарм» Никитенко Т.А. (доверенность 08.05.2019 б\н), которая поддержала письменные пояснения, представленные ранее.

Рассмотрев материалы дела, заслушав представителя ЗАО «Эркафарм», Комиссия Кемеровского УФАС России установила.

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по электронной почте поступило обращение ФАС России о рассмотрении заявления физического лица (вх. от 15.03.2019 № 1324э) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении нежелательного смс - сообщения (рекламы) 12.03.2019 в 16:49 через сервис-центр +7-916-896-0418 следующего содержания: «Скажем авитаминозу - нет! – 50% на 2-ю упаковку витаминов или бадов в чеке! Не является лекарственным средством 13-15.03...» на абонентский номер <...> (сообщение отправлено с номера Stoletov).

Из ответа Публичного акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы» (вх. от 02.04.2019 № 2048, далее – ПАО «МТС») следует, что в данном случае рассылка осуществлена по инициативе заказчика рассылки Общества с ограниченной ответственностью «СМС Трафик» (далее – ООО «СМС Трафик») на основании договора от 12.12.2017 № МТС/SMS-1/12122017, заключенного между ПАО «МТС» и ООО «СМС Трафик».

Согласно пункту 1.2 и 2.1 договора от 12.12.2017 № МТС/SMS-1/12122017 предусмотрено, что оператор связи - ПАО «МТС» оказывает заказчику рассылки (ООО «СМС Трафик») услугу по передаче коротких текстовых сообщений от заказчика рассылки пользователям.

Согласно пункту 3.3.2 договора заказчик рассылки (ООО «СМС Трафик») обязуется осуществлять оказание своих информационно-справочных услуг только абонентам «МТС», являющимися пользователями заказчика рассылки, при этом пункт 3.3.3 договора устанавливает, что ООО «СМС Трафик» до начала оказания услуги рассылки обязан получить от пользователей предварительное согласие на получение смс – сообщений путем регистрации пользователя в информационных системах ООО «СМС Трафик».

В соответствии с пунктом 3.3.16 договора от 12.12.2017 № МТС/SMS-1/12122017 заказчик рассылки (ООО «СМС Трафик») до начала оказания услуги рассылки принимает на себя обязательство обеспечить наличие согласий пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений – рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, при необходимости получить иные согласия от пользователей, которые требуются оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством.

По информации, полученной от ООО «СМС Трафик» следует, что конечным заказчиком рассылки вышеуказанного смс-сообщения является ЗАО «Эркафарм» на основании договора от 01.08.2018 № 409/18, в рамках которого ЗАО «Эркафарм» был предоставлен доступ к системе ООО «СМС Трафик».

Пунктом 5.2 договора от 01.08.2018 № 409/18 предусмотрено, что ответственность за содержание отправляемых ЗАО «Эркафарм» сообщений несет сам заказчик, ООО «СМС Трафик» обеспечивает пропуск через свою систему сообщений в их неизменном содержании и объеме, без проверки и редактирования.

Пунктом 3.2.2 договора от 01.08.2018 № 409/18 предусмотрена обязанность ЗАО «Эркафарм» отправлять абоненту сообщения только при условии получения от

абонента, которому планируется отправление сообщений, предварительного согласия.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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

Вместе с тем, в материалы дела № 042/05/18-501/2019 ЗАО «Эркафарм» представило документы, согласно которым заявитель подтвердил свое согласие на получение рекламных сообщений от ЗАО «Эркафарм». Данное обстоятельство подтверждается скриншотами из системы управления взаимоотношениями с клиентами ЗАО «Эркафарм» (представлены в материалы дела).

В связи с тем, что в материалы дела были представлены документы, подтверждающие, что абонент выразил свое согласие на получение рекламных смс – сообщений, признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в действиях ЗАО «Эркафарм» отсутствуют.

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 № 042/05/18-501/2019 в отношении Закрытого акционерного общества «Эркафарм» (107005, г. Москва, улица Бакунинская, 14, ОГРН: 1037739330892, дата присвоения ОГРН: 31.01.2003, ИНН: 7701047916, КПП: 770101001) прекратить в связи с неподтверждением в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Заместитель председателя Комиссии: <...>

<...>

Члены Комиссии:

<...>