Управление Федеральной антимонопольной службы

по Республике Коми

Определение

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 011/05/18-199/2019

19 июля 2019 года № 03-06/5443

г. Сыктывкар

АО «СМАРТКАРДЛИНК»

Южнопортовый 2-й проезд,

д. 20А, стр. 4, подъезд 1,

эт. 2, г. Москва, 115088

ООО «СМС Трафик»

Южнопортовый 2-й проезд,

д. 20А, стр. 4, подъезд 1,

эт. 2, п. 2, г. Москва, 115088

ООО «ИНТИС ТЕЛЕКОМ»

Пушкина ул., д. 42, литер А,

офис 3, г. Казань,

Республика Татарстан, 420015

АО НПК «Катрен»

Тимакова ул., д. 4,

г. Новосибирск, 630117

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми (далее - Коми УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

<…>;

рассмотрев дело № 011/05/18-199/2019, возбужденное в отношении общества с ограниченной ответственностью «СМС Трафик» (далее – ООО «СМС Трафик»), акционерного общества «СМАРТКАРДЛИНК» (далее – АО «СМАРТКАРДЛИНК») по факту распространения 19.02.2019 в 14 часов 09 минут посредством использования подвижной радиотелефонной связи в виде SMS-сообщения на абонентский номер <...> рекламы следующего содержания: «Ура! Теперь «ВИТАМИНОК» в 2 раза больше! Заказывайте на apteka.ru/vit/» с признаками нарушения требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в отсутствие: заявителя, ООО «СМС Трафик», АО «СМАРТКАРДЛИНК», ООО «ИНТИС ТЕЛЕКОМ», надлежащим образом извещенных о времени и месте рассмотрения дела;

в присутствии представителя АО НПК «Катрен» - <…>, действующей на основании доверенности от <…>,

УСТАНОВИЛА:

В Коми УФАС России поступило обращение <…> (далее – <…>, заявитель) от 19.02.2019 (вх. № 637 эл от 20.02.2019) о распространении 19.02.2019 в 14 часов 09 минут посредством использования подвижной радиотелефонной связи в

виде SMS-сообщения на абонентский номер <...> рекламы следующего содержания: «Ура! Теперь «ВИТАМИНОК» в 2 раза больше! Заказывайте на apteka.ru/vit/».

По результатам рассмотрения указанного обращения принято решение о возбуждении дела № 011/05/18-199/2019 в отношении ООО «СМС Трафик», АО «СМАРТКАРДЛИНК» по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, о чем вынесено соответствующее определение № 03-05/2905 от 19.04.2019.

Определением Коми УФАС России № 03-05/3831 от 17.05.2019 к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечено ООО «ИНТИС ТЕЛЕКОМ».

Определением Коми УФАС России № 03-01/4748 от 18.06.2019 к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечено АО НПК «Катрен».

В ходе рассмотрения дела 19.07.2019 представителем АО НПК «Катрен» - <...> заявлено ходатайство о приобщении к материалам дела № 011/05/18-199/2019 копий определений Краснодарского УФАС России от 14.06.2019 и от 03.07.2019. Комиссией ходатайство <...> удовлетворено, копии определений приобщены к материалам дела № 011/05/18-199/2019.

Из материалов дела № 011/05/18-199/2019 (далее – рекламное дело) усматривается нижеследующее.

В соответствии с положениями, установленными п. 1 ст. 3 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.

В силу п. 2 ст. 3 Закона о рекламе 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.

Вышеуказанная информация содержит все правовые признаки рекламы:

- распространена посредством SMS-сообщения;

- адресована неопределенному кругу лиц;

- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования -

apteka.ru/vit/, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

АО НПК «Катрен» в письменных пояснениях, представленных в материалы рекламного дела, указало, что рассматриваемое SMS-сообщение сообщает зарегистрированному на сайте Apteka.ru пользователю о возможности сделать заказ с ещё большей скидкой, что является одним из сервисов сайта Apteka.ru. В связи с чем, АО НПК «Катрен» считает, что полученное заявителем SMS-сообщение не является рекламой, так как содержит справочно-информационные сведения об условиях оформления заказа на сайте Apteka.ru.

Комиссия сочла вышеуказанный довод АО НПК «Катрен» несостоятельным, поскольку из содержания SMS-сообщения следует, что заявителю была сообщена информация, содержащая признаки рекламы, установленные п. 1 ст. 3 Закона о рекламе.

Согласно информации, размещённой на сайте Apteka.ru, «Аптека.ру» – это федеральный интернет-сервис по заказу аптечных товаров (https://apteka.ru/about/company/); каждый зарегистрированный пользователь сайта Apteka.RU может стать участником бонусной программы «Витаминки», зарабатывая бонусные баллы – «витаминки», которые можно использовать для получения до 10% скидки при оформлении заказа на сайте (https://apteka.ru/help/bonusnaya-programma-vitaminki/).

Указанная в SMS-сообщении формулировка преследует цель продвижения на рынке «Аптека.ру» – интернет-сервиса по заказу аптечных товаров, а также бонусной программы «Витаминки». Спорная информация направлена на привлечение внимания к указанному продавцу, формирование или поддержание интереса к нему. При этом в рассматриваемом сообщении справочно-информационные сведения об условиях оформления заказа на сайте Apteka.ru отсутствует.

Таким образом, указанная информация, распространенная в сети сотового оператора «Мобильные ТелеСистемы» посредством SMS-сообщения на абонентский номер <…>, является рекламой (далее - рассматриваемая реклама).

В силу положений, установленных ч. 1 ст. 18 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.

Согласно п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ 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. 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.

Согласно ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, несет ответственность рекламораспространитель.

Как следует из письменных пояснений АО «СМАРТКАРДЛИНК», имеющихся в материалах рекламного дела, АО «СМАРТКАРДЛИНК» в рамках договора от 12.12.2017, заключенного с ООО «СМС Трафик», оказывает последнему услуги СМС-рассылки. АО «СМАРТКАРДЛИНК» по договору от 12.12.2017 является поставщиком услуг связи, действующим на основании соответствующих лицензий. АО «СМАРТКАРДЛИНК» не может получить согласие самостоятельно или каким-либо образом взаимодействовать с абонентом, не является участником отношений по формированию рекламного сообщения. Текст, определяемый заказчиком, доводится до операторов в автоматическом порядке, без изменений и просмотра со стороны исполнителя. Сообщения не проходит никаких процедур утверждения, согласования с исполнителем, так как исполнитель предоставляет исключительно доступ к системе. Предварительная проверка невозможна, поскольку автоматизированная система не позволяет АО «СМАРТКАРДЛИНК» проверять список номеров и текст сообщений, они отправляются в зашифрованном виде к оператору или следующему посреднику для направления оператору.

Как следует из письменных пояснений ООО «СМС Трафик», имеющихся в материалах рекламного дела, инициатором рассылки данного SMS-сообщения является ООО «ИНТИС ТЕЛЕКОМ». В соответствии с условиями договора № 157/18 от 01.04.2018, заключенного между ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) и ООО «ИНТИС ТЕЛЕКОМ» (Заказчик), Исполнитель по заданию Заказчика оказывает последнему услуги доступа к Системе. Под Системой в силу договора понимается принадлежащий Исполнителю программно-аппаратный комплекс, который позволяет обрабатывать сообщения. Характер работы с ним предполагает, что Исполнитель организует доступ к сервису посредством установки программного обеспечения на устройства Заказчика или предоставляет ему доступ через защищенный канал к закрытой части сайта. Основная особенность и цель программного обеспечения – упрощение работы с услугой по доставке сообщений абонентам операторов подвижной связи и обеспечение безопасного

шифрованного соединения. Комплекс оборудования и программного обеспечения позволяет Заказчику самостоятельно формировать текст сообщения, следить за доставкой сообщений и работать с базой для отправки. Текст, определяемый Заказчиком, доводится до операторов в автоматическом порядке, без изменений и просмотра со стороны Исполнителя. В силу п. 3.2.2 указанного договора Заказчик обязан получить от клиента, на телефон которого планируется отправка сообщений с информацией Заказчика, письменное или устное согласие на получение таких сообщений. ООО «СМС Трафик» не может получить согласие самостоятельно или каким-либо образом взаимодействовать с абонентом, не является участником отношений по формированию рекламного сообщения. ООО «СМС Трафик» самостоятельно не взаимодействует с указанным физическим лицом, не предоставляет ему товары, работы, услуги и не распространяет рекламу чьих-либо товаров, работ, услуг.

ООО «ИНТИС ТЕЛЕКОМ» сообщило, что рассматриваемое в рамках дела сообщение было инициировано АО НПК «Катрен». Согласно договору № 01062015-1 от 01.06.2015, заключенному между ООО «ИНТИС ТЕЛЕКОМ» и АО НПК «Катрен» (далее - договор), ООО «ИНТИС ТЕЛЕКОМ» предоставляет АО НПК «Катрен» индивидуальный доступ к Системе – разработанному Заказчиком программно-аппаратному комплексу, который обрабатывает и отправляет Сообщения по базе Заказчика. Доступ к Системе обеспечивается либо путем авторизации на сайте ООО «ИНТИС ТЕЛЕКОМ» (sms16.ru), либо посредством протоколов передачи данных. В обоих случаях АО НПК «Катрен» самостоятельно работает с Системой: формирует текст сообщений, указывает базу получателей и время рассылки, а также отслеживает доставку сообщений и контролирует баланс. Ответственность за соответствие рассылаемых через Систему сообщений нормам законодательства РФ и страны абонента возлагается на АО НПК «Катрен» (п.п. 7.1, 7.2, 7.4 договора, п. 9 Приложения 1 к договору), в том числе АО НПК «Катрен» обязано собирать предварительные согласия абонентов на обработку персональных данных и получение от АО НПК «Катрен» сообщений (п.п. 4.1.4, 4.2.2, 4.2.3 договора, п. 8 Приложения № 1 к договору). ООО «ИНТИС ТЕЛЕКОМ» обеспечивает лишь техническую возможность передачи сообщений абонентам сотовых операторов, не влияя на содержание сообщений и не определяя получателей. Заказчик в лице АО НПК «Катрен» хранит, обрабатывает и выбирает абонентов по своему соображению, является инициатором рассылки, единственным составителем сообщений и непосредственным рекламораспространителем.

АО НПК «Катрен» представило письменные пояснения, согласно которым АО НПК «Катрен» самостоятельно инициировало проведение SMS-рассылки, составило текст SMS-сообщения, произвело выборку адресатов и распространило SMS-сообщение посредством программного обеспечения, предоставленного ООО «ИНТИС ТЕЛЕКОМ».

Из материалов рекламного дела усматривается, что суть всех услуг,

оказанных ООО «СМС Трафик», АО «СМАРТКАРДЛИНК», ООО «ИНТИС ТЕЛЕКОМ», заключалась в обеспечении технической возможности, то есть в создании необходимых условий для формирования и отправки рассматриваемой рекламы в форме SMS-сообщения в сети сотовой связи.

В рассматриваемой последовательности договорных отношений лицом, имеющим возможность отправлять рекламные сообщения, в том числе определять их адресатов, является АО НПК «Катрен».

Из материалов рекламного дела усматривается, что рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является АО НПК «Катрен».

<...> в заявлении указывает, что согласия на получение рассматриваемой рекламы им не давалось.

Как следует из письменных пояснений, представленных АО НПК «Катрен» в материалы дела, и пояснений, данных представителем АО НПК «Катрен» в ходе рассмотрения дела 19.07.2019, абонент <...> зарегистрирован на сайте Apteka.ru 27.11.2018. ФИО в данных клиента не указаны, так как при регистрации на сайте Apteka.ru основным полем является номер телефона. Принадлежность номера телефона клиенту подтверждается путем отправки на указанный номер SMS-сообщения с временным кодом. Когда клиент вводит этот временный код, он соглашается с хранением и обработкой его персональных данных и договором оферты сервиса Apteka.ru. Заполнение полей с именем и фамилией остается на усмотрение клиента. Данный клиент оформил заказ на сайте Apteka.ru с его последующим выкупом в аптеке, находящейся по адресу: г. Спб, Кадетская линия В.О., д. 29, лит. А, пом. 14-Н, что подтверждается скриншотом личного кабинета. На основании этого можно утверждать, что клиент был ознакомлен с Пользовательским соглашением и с условиями обработки данных. В Пользовательском соглашении, а именно в п. 2 Согласия на обработку персональных данных, клиент выражает согласие на получение от Apteka.ru сервисных и маркетинговых email и SMS-сообщений: «Получение от Оператора либо от третьих лиц, уполномоченных Оператором, SMS- и email-рассылок рекламно-информационного характера на телефон и электронный адрес, указанные вами при регистрации на сайте Apteka.RU или дополнительно указанные после такой регистрации». С Пользовательским соглашением, в том числе с Согласием на обработку персональных данных, клиент может ознакомиться при регистрации на сайте (в доказательство в материалы дела представлен скриншот экрана). Эти документы также доступны по ссылке https://apteka.ru/terms-of-service/. Кроме того, в личном кабинете в разделе «Управление подписками» клиенты могут самостоятельно настраивать сообщения, которые они хотели бы или не хотели бы получать от Apteka.ru. Рассматриваемое SMS-сообщение абоненту <...> было отправлено в рамках действующего договора оферты. Клиент подписал согласие на обработку персональных данных и получение от Apteka.ru SMS- и email-сообщений. В

настоящее время учетная запись с номером телефона <...> заблокирована и отключена от системы Apteka.ru.

На сайте Apteka.ru по адресу https://apteka.ru/about/company/contract/ размещено Пользовательское соглашение (далее – Соглашение).

Согласно п. 1.4 Соглашения предметом настоящего Соглашения является предоставление Администрацией Сайта Пользователю доступа к использованию Сайта и его сервисам в целях получения информации, а также в целях формирования заявки в адрес АО НПК «Катрен» от имени Аптеки на поставку выбранного товара в рамках заключенного между последними договора поставки.

Пунктом 1.5 Соглашения установлено, что Пользователь обязан ознакомиться с настоящим Соглашением до момента регистрации на Сайте. Регистрация Пользователя на Сайте означает полное и безоговорочное принятие Пользователем настоящего Соглашения.

В соответствии с п. 4.1 Соглашения, регистрируясь на Сайте, Пользователь свободно, по своей воле и в своих интересах даёт полное и безоговорочное согласие Администрации Сайта на обработку предоставленных Пользователем его персональных данных в соответствии с текстом согласия, размещенным по адресу https://apteka.ru/terms-of-service/. Также Пользователь подтверждает, что ознакомлен с Политикой Apteka.RU в отношении обработки персональных данных размещенной по адресу: https://apteka.ru/about/company/policy/. При этом письменная форма или иные доказательства для дополнительного подтверждения свободного волеизъявления Пользователя Администрации Сайта не потребуются.

Пунктом 4.2 Соглашения установлено, что, регистрируясь на Сайте, Пользователь соглашается с тем, что, так как в рамках сервиса Сайта номер телефона Пользователя является единственным идентификатором Пользователя, формирование Пользователем заказа на Сайте от имени Аптеки в адрес поставщика влечет передачу номера телефона Пользователя Аптеке, выбранной им для получения заказа. Отзыв Пользователем своего согласия на передачу номера телефона влечет невозможность исполнения заказов, сформированных на Сайте.

Также на сайте Apteka.ru размещено Согласие на обработку персональных данных и получение SMS- и email-рассылок, а также рассылок по иным каналам связи (https://apteka.ru/terms-of-service/).

Пункт 2 указанного Согласия содержит следующее условие: «регистрируясь на сайте Apteka.RU, вы свободно, по своей воле и в своих интересах даёте полное и безоговорочное согласие АО НПК «Катрен» (адрес: 630117, г. Новосибирск, ул. Тимакова, 4, ОГРН 1025403638875, далее — «Оператор») на получение от Оператора либо от третьих лиц, уполномоченных Оператором, SMS- и email-рассылок рекламно-информационного характера на телефон и

электронный адрес, указанные вами при регистрации на сайте Apteka.RU или дополнительно указанные после такой регистрации. Вы подтверждаете, что проинформированы о том, что можете отказаться от получения рассылок рекламно-информационного характера путем письменного уведомления Оператора по вышеуказанному адресу либо путем отписки от рассылок в разделе «Управление подписками» в Личном кабинете на сайте Apteka.RU либо в соответствии с инструкциями, указанными в тексте полученного сообщения».

Коми УФАС России определениями № 03-05/3831 от 17.05.2019 и № 03-01/4748 от 18.06.2019 запрашивало у заявителя письменные пояснения, в том числе: осуществлялся ли <...> 27.11.2018 заказ на сайте Apteka.ru; регистрировался ли <...> на сайте Apteka.ru путем ввода на сайте Apteka.ru номера телефона <...> с последующим вводом временного кода из SMS-сообщения, направленного с сайта Apteka.ru; позицию <…> на довод о том, что он подписал согласие на обработку персональных данных и получение от Apteka.ru SMS- и email-сообщений.

Вместе с тем, на дату рассмотрения настоящего дела заявителем не представлена информация, истребованная антимонопольным органом.

Из материалов рекламного дела усматривается, что <...>, выполнив совокупность действий при регистрации на сайте Apteka.ru, в том числе выразил своё согласие на получение на его абонентский номер <...> SMS-сообщений рекламного характера от АО НПК «Катрен».

АО НПК «Катрен» указало, что клиент с номером <...> от рассылки не отказался; однако после получения информации об обращении клиента в Коми УФАС России учётная запись с номером телефона <...> была заблокирована и отключена от системы Apteka.ru.

Таким образом, из материалов рекламного дела усматривается, что распространение рассматриваемой рекламы осуществлено на абонентский номер <…> с его предварительного согласия.

С учётом изложенного, оснований полагать, что рассматриваемая реклама распространена в нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, у Комиссии не имеется.

В соответствии с пунктом 3.56 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного Приказом ФАС России от 23.11.2012 № 711/12 (далее – Регламент), Комиссия принимает решение о прекращении рассмотрения дела, если в процессе рассмотрения дела будет установлено, в том числе отсутствие фактов нарушения законодательства о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь подпунктом «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, пунктами 3.56, 3.57 Регламента, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

Производство по делу № 011/05/18-199/2019 в отношении ООО «СМС Трафик», АО «СМАРТКАРДЛИНК», ООО «ИНТИС ТЕЛЕКОМ», АО НПК «Катрен» прекратить.

Председатель Комиссии _____ <…>

_____ <…>

Члены Комиссии

_____<…>