

Исх.№ ВЧ-08/16198 от 16.12.2021

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

Председатель Комиссии: <...> – (должностное лицо)
Члены Комиссии: <...> – (должностное лицо)
<...> – (должностное лицо)

рассмотрев дело № 016/05/18-1691/2021 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения СМС-рассылки рекламных сообщений на мобильный номер заявителя <...> с буквенного номера «<...>», что имеет признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Управление, Татарстанское УФАС России) на рассмотрение поступило обращение (вх. №9017/ж от 05.07.2021) по факту распространения СМС-рассылки рекламных сообщений на мобильный номер заявителя (<...>) с буквенного номера «<...><...>». Согласия на получение подобных сообщений абонент не давал. Вышеуказанные действия содержат признаки нарушений части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»).

Согласно представленным в адрес Управления сведениям, на личный номер заявителя, а именно на номер телефона <...> <...> поступило смс-сообщение рекламного характера.

Объектом рекламирования являются –услуга займа денежных средств.

Сообщение поступило с буквенного номера «<...>».

Согласие на получение рекламы по сетям электросвязи заявитель не давал.

Согласно ответу ПАО «Вымпелком» рассылка рекламных сообщений на абонентский номер <...> с буквенного идентификатора «<...>» была осуществлена ООО «Загрузка» через программно-аппаратный комплекс – SMS платформа (платформа sms-центра ПАО «ВымпелКом», являющаяся техническим средством связи) в рамках договора об оказании услуг связи «Билайн» № 557287802 от 12.12.2013 года с Дополнительным соглашением от 11.03.2019 года.

Согласно условиям указанного договора, Дополнительного соглашения к договору № 557287802 от 11.03.2019 года ПАО «ВымпелКом» (Оператор) предоставило ООО «Загрузка» (Абонент) услуги доступа к программно-аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц, являющихся партнерами Абонента.

Согласно п. 4.2. Дополнительного соглашения Абонент (ООО «Загрузка») осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех пользователей, которые предоставили Абоненту и/или Партнерам свое согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких

текстовых сообщений.

В соответствии с ответом АО «Загрузка» Общество является агрегатором, аккумулирующим возможность рассылки смс-сообщений абонентам различных операторов.

Рассматриваемая рассылка смс-сообщения осуществлялась в рамках исполнения договора №СМС-10/17 от 01.03.2017 между АО «Загрузка» (далее- Исполнитель) и ООО «Рапporto» (далее – Заказчик).

Согласно п.3.1.3 Договора в редакции п.5 Дополнительного соглашения №9 от 01.08.2019 к Договору Заказчик обязуется самостоятельно определять объект (предмет) рассылки, а также содержание Сообщения, получателя, время рассылки.

Также Заказчик обязуется не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ. В частности, сообщения, согласие Абонента на получение которых отсутствует, объявляется СПАМом (п.3.1.4 Договора). Под спамом понимается рассылка сообщений рекламного и иного характера, которая инициирована без согласия Абонентов и/или вводящая Абонентов в заблуждение относительно характера таких сообщений или их отправителя.

Согласно ответу ООО «Рапporto» распространение рассматриваемой рассылки осуществлялось на основании договора №СМС-01/11 от 01.11.2020 между ООО «Рапporto» (далее – Агрегатор) и ООО «Контур» (далее – Заказчик 2).

В соответствии с п.2.1 Договора Агрегатор за обусловленную плату предоставляет Заказчику доступ к Системе Rapporto, обеспечивающей формирование, планирование, доставку до Абонентов различных SMS-рассылок, управление ими и пр., а также услуги по осуществлению информационно-технического обслуживания.

На Заседании Комиссии АО «Загрузка» представило письменные пояснения, согласно которым в соответствии с условиями Договора Заказчик поручает, а Исполнитель берет на себя обязательства по предоставлению Заказчику услуг по доступу к коммуникационной платформе Исполнителя для технологического осуществления передачи телематических электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы Заказчика либо клиента Заказчика, формируемых и отправляемых Заказчиком, для дальнейшей отправки СМС - сообщений Заказчика Абонентам, а также услуги по оказанию информационно-технического обслуживания (п. 2.1.; 2.1.1.;2.1.2. Договора).

«АО «Загрузка» не участвует в формировании смс-сообщения и круга получателей, не определяет дату и время рассылки, а выполняет только технологическую функцию по передаче сообщений через свою коммуникационную платформу от Заказчика оператору. АО «Загрузка» не обладает техническим оборудованием для непосредственной передачи сообщений на номера Абонентов, минуя оператора. При этом инициатором рассылки является Заказчик.

Таким образом, обязанность по предоставлению согласия Абонента, на получение им смс-рассылок на номер <...> лежит на ООО «Рапporto».

Согласно письменным пояснениям ООО «Рапporto», формирование текста SMS-сообщений и создание список телефонных номеров Абонентов для отправки/доставки SMS-сообщений производится Заказчиком в Системе самостоятельно с соблюдением требований действующего законодательства РФ и Правил предоставления доступа к Системе и не признается Сторонами услугой по настоящему Договору (п.2.3.

Договора). Подписывая настоящий договор, Заказчик гарантирует наличие согласий от Абонентов на получение ими коротких текстовых сообщений, рассылку по сети подвижной радиотелефонной связи (ст.44.1 ФЗ «О связи»).»

«Дополнительно п.5.5. Договора закрепляет, что Агрегатор не несет ответственности за содержание SMS-сообщений, рассылаемых Заказчиком с использованием системы.

Таким образом, ООО «Рапporto» не участвует в формировании смс-сообщения и круга получателей, не определяет дату и время рассылки, а выполняет только технологическую функцию по передаче сообщений через свою коммуникационную платформу от Заказчика оператору посредством изменения формата сообщений. ООО «Рапporto» не обладает техническим оборудованием для непосредственной передачи сообщений на номера Абонентов, минуя оператора. При этом инициатором рассылки является Заказчик.

ООО «Рапporto» является агрегатором, аккумулирующим возможность рассылки смс-сообщений абонентам различных Операторов. Суть деятельности ООО «Рапporto», в числе прочего, заключается в облегчении процесса сотрудничества потенциальных Заказчиков sms-рассылок с конкретными Операторами, выбранными Заказчиком из условно представленного перечня, что в совокупности предоставляет клиентам ООО «Рапporto» комфортный и быстрый способ взаимодействия с Операторами. Однако возможность приобретения соответствующих информационно-технических услуг у ООО «Рапporto» не препятствует Заказчикам рассылки самостоятельно приобретать услуги у соответствующих Операторов. Заказчик вправе заключить договор на оказание услуг sms-рассылки с Оператором, без участия ООО «Рапporto».

Таким образом, ООО «Рапporto» не является ни рекламодателем, ни рекламопроизводителем, ни рекламораспространителем, и не участвует в процессе получения предварительного согласия абонента, организуемого Заказчиком – ООО «Контур».

Таким образом, Комиссия Татарстанского УФАС России, по результатам рассмотрения материалов и представленных пояснений, приходит к выводу об отсутствии в действиях ООО «Рапporto», АО «Загрузка» нарушений закона о рекламе, в связи с чем прекращает производство по делу в отношении ООО «Рапporto», АО «Загрузка».

При этом, в рамках исполнения запроса Татарстанского УФАС России ООО «Рапporto» запросило у ООО «Контур» согласие. В ответ была представлена Анкета от 23.07.2020.

Вместе с тем, представленная анкета не свидетельствует о наличии действий Заявителя либо иных лиц, связанных с оформлением анкеты (в анкете указаны данные, которые возможно установить из направленного запроса) и его идентификации (верификации). Указанный документ, в отсутствие доказательств, подтверждающих действие заявителя (либо иных третьих лиц) по оформлению Анкеты от имени заявителя, являются односторонне составленными документами, которые, при условии отрицания второй стороной участия при оформлении (составлении) таких документов, подлежат критической оценке.

В соответствии с пунктом 1 статьи 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; ненадлежащая реклама - это реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 6 статьи 3 Закона о рекламе рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламораспространитель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В настоящем случае распространенная информация отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством sms-сообщений; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В соответствии с частью 1 статьи 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.

В силу пункта 1 статьи 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи» (далее - Закон 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.

Согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (пункт 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

Исходя из положений частей 7 и 8 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение части 1 статьи 18 названного закона несет рекламораспространитель и рекламопроизводитель.

Исходя из имеющихся документов, в том числе перечисленных выше договоров, следует, что на ООО «Контур» лежала обязанность по получению надлежащего согласия абонента, а также по проверке данного согласия. В связи с чем, с учетом понятийного аппарата Татарстанское УФАС России приходит к выводу, что ООО «Контур» являются рекламораспространителем, ООО «Контур» также является рекламопроизводителем.

На момент рассмотрения дела №016/05/18-1691/2021 в материалах дела не имеются подтверждения прекращения распространения ненадлежащей рекламы. Таким образом, комиссией Татарстанского УФАС установлены основания для выдачи предписания.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ООО «Контур» при помощи СМС-рассылки рекламных сообщений на мобильный номер заявителя (+79627164066) с буквенного номера «<...>»<...><...>, поскольку в ней нарушены требования ч. 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Контур» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

3. Производство по делу в отношении ООО «Раппорто», АО «Загрузка» прекратить.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Татарстанского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 15 декабря 2021 г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии:

<...> – (должностное лицо)

Члены Комиссии:

<...> – (должностное лицо)

<...> – (должностное лицо)