

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе <...> – (должностное лицо), рассмотрев обращение (вх. № 4277 от 31.03.2021), представленное <...> по факту распространения рекламы по сетям электросвязи с признаками нарушения Федерального закона от 13.03.2006г №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛ:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Управление, Татарстанское УФАС России) на рассмотрение поступило обращение от <...> (вх. № 4277 от 31.03.2021) о распространении 19 марта 2021 года в 15 часов 23 минуты, 31 марта 2021 года в 11 часов 11 минут рекламных сообщений на мобильный номер заявителя <...> с буквенного номера «<...>».

Факт поступления смс-сообщений подтверждается скриншотом.

СМС-сообщение рекламного характера поступило с буквенного номера «<...>».

Исходя из рекламного сообщения СМС-реклама осуществлялась ювелирным салоном «<...>».

Оператором сотовой связи Заявителя является ПАО «Вымпелком». Согласно ответу ПАО «Вымпелком» (вх.№6568 от 14.05.2021г.), буквенный номер «<...>» принадлежит ООО «СМС-трафик» (ИНН 7705642257). Рассылка рекламных сообщений на абонентский номер 89033199000 с буквенного идентификатора «yahont» была осуществлена ООО «СМС-Центр» через программно-аппаратный комплекс – СМС платформа (платформа смс-центра ПАО «Вымпелком», являющаяся техническим средством связи) в рамках договора об оказании услуг связи «Билайн» №557897664 от 01.12.2015 года.

Согласно условиям указанного договора, дополнительных соглашений ПАО «Вымпелком» представило ООО «СМС-Трафик» услуги доступа к программно-аппаратному комплексу ПАО «Вымпелком» для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц, являющихся партнерами ПАО «Вымпелком».

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

Согласно ответу ООО «СМС-трафик» (вх.№5831 от 27.04.2021г.) инициатором рассылки данного СМС-сообщения является ООО «Мобайл парк».

В соответствии с договором №486/13 от 25.11.2013г., заключенным между ООО «СМС-трафик» и ООО «Мобайл парк», ООО «СМС-трафик» по заданию ООО «Мобайл парк» оказывает последнему услуги доступа к Системе.

Под Системой в силу Договора понимается принадлежащий ООО «СМС-трафик» программно-аппаратный комплекс, который позволяет обрабатывать Сообщения.

Характер работы с ним предполагает, что ООО «СМС-трафик» организует доступ к сервису посредством установки программного обеспечения на устройства ООО «Мобайл парк» 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.

Согласно ответу ООО «Мобайл Парк» (вх. №6604 от 17.05.2021г.) буквенный номер «<...>» не принадлежит и не принадлежал ООО «Мобайл Парк».

ООО «Мобайл Парк» (далее—«Исполнитель») является разработчиком технологичной платформы услуги «МТС Коммуникатор» для ПАО «МТС» (далее—«Заказчик») и оказывает ПАО «МТС» услуги технической поддержки на основании Договора №D0810232 от «12» марта 2008 года (далее – «Договор технической поддержки»).

В соответствии с Дополнительным соглашением №33 (D0810232_33) от «13» декабря 2013 года к Договору технической поддержки:

- под услугой «МТС Коммуникатор» понимается услуга отправки и приема смс-сообщений через различные интерфейсы, предоставляемая Клиенту Заказчиком (МТС) с использованием Аппаратно-программного комплекса Исполнителя (Мобайл Парк);
- в рамках оказания Услуги «МТС Коммуникатор» Заказчик (МТС) предоставляет Клиенту возможность отправлять короткие смс-сообщения на подключенные к Услуге абонентские номера;
- добавление, изменение и удаление номеров абонентов, для которых предоставляется Услуга, производится либо самим Клиентом через интерфейс Услуги, либо на основании заявления Клиента Заказчику (МТС);
- в целях исполнения обязательств по оказанию Услуг поддержки по Услуге «МТС Коммуникатор» Исполнитель (Мобайл Парк) вправе привлекать к оказанию Услуг поддержки по техническому сопровождению Услуги «МТС Коммуникатор» третьих лиц – Партнеров-агрегаторов.

Исполнитель, в рамках оказываемых Заказчику услуг технической поддержки по услуге «МТС Коммуникатор», обеспечивает маршрутизацию смс-сообщений Клиентов Заказчика.

Как следует из содержания Договора технической поддержки, - «Абоненты» – абоненты Заказчика (МТС), зарегистрированные в Сети; - «Клиент» – Абонент-юридическое лицо, заключившее соответствующий договор на предоставление Услуги «МТС Коммуникатор» с Заказчиком (МТС); - «Партнер-агрегатор» – компания смс-агрегатор, привлекаемая Исполнителем (Мобайл Парк) на договорной основе для обеспечения обработки, маршрутизации и доставки части смс-трафика Услуги «МТС Коммуникатор» на Абонентов сетей, отличных от МТС.

Действуя во исполнение Договора технической поддержки в части обеспечения обработки, маршрутизации и доставки части смс-трафика Услуги «МТС Коммуникатор» на Абонентов сетей, отличных от МТС, и так как ООО «Мобайл Парк» не имеет технической возможности самостоятельно обеспечить такую обработку, маршрутизацию и доставку смс-трафика, ООО «Мобайл Парк» заключило с Партнером-агрегатором – ООО «СМС Трафик» Договор №486/13 от «25» ноября 2015 года (далее – «Договор»), как с организацией, обеспечивающей такую возможность и имеющей непосредственные договоры с операторами связи, отличными от ПАО «МТС».

Таким образом в соответствии с вышеизложенным, Договор, заключенный между ООО «Мобайл Парк» и ООО «СМС Трафик», подтверждает, что Система, предоставленная ООО «СМС Трафик», используется ООО «Мобайл Парк» исключительно и только в целях обеспечения своих обязательств по Договору технической поддержки с ПАО «МТС», то есть для обеспечения юридическим лицам - Клиентам ПАО «МТС» технической возможности обработки, маршрутизации и доставки части смс-сообщений абонентам сетей, отличных от МТС, при использовании Клиентами ПАО «МТС» Услуги «МТС Коммуникатор».

В соответствии с условиями Соглашения о пользовании услугой «МТС Коммуникатор», размещенной на официальном сайте ПАО «МТС» <http://www.mcommunicator.ru/terms/>, Пользователь (Клиент МТС) гарантирует Оператору (МТС), что отправка смс-сообщений осуществляется им в рамках действующего законодательства РФ и автоматическая рассылка по сети подвижной связи или рекламные смс-сообщения отправляется только тем получателям, которые дали Пользователю предварительное и надлежащие оформленное согласие.

Согласно п.3.2.6. рассматриваемого Соглашения Пользователь (Клиент МТС) обязуется не осуществлять с помощью Услуги несогласованную принудительную рассылку коммерческой, рекламной или иной информации (спам) на электронные почтовые ящики либо абонентские номера пользователей сетей связи (включая, но не ограничиваясь, мобильные сети связи и сеть Интернет).

Таким образом, именно юридическое лицо - Клиент ПАО «МТС», пользующееся услугой «МТС Коммуникатор», ранее принявшее обязательства по Соглашению о пользовании услугой «МТС Коммуникатор», и отправившее смс-сообщение на мобильный телефон Заявителя, должно было оформить надлежащим образом рекламное смс-сообщение и получить предварительное и надлежащие оформленное согласие Заявителя на получение рекламных смс-сообщений

Суть услуг, оказанных ООО «Мобайл Парк» ПАО «МТС» по Договору технической поддержки по Услуге «МТС Коммуникатор», заключается в обеспечении Клиентам ПАО «МТС» технической возможности (создания необходимых условий) в формировании и отправке смс-сообщений. При этом Клиенты ПАО «МТС» самостоятельно без участия ООО «Мобайл Парк» определяли и определяют содержание данных смс-сообщений и их получателей и несут ответственность в соответствии с Соглашением о пользовании услугой «МТС Коммуникатор».

Представленная структура отношений ООО «Мобайл Парк», ПАО «МТС» и Клиентов ПАО «МТС», использующих услугу «МТС Коммуникатор», показывает, что ООО «Мобайл Парк» не имело и не имеет возможность контролировать процесс создания и передачи смс-сообщений Клиентами ПАО «МТС» в части содержания смс-сообщений и наличия согласия абонентов на их получение.

В соответствии с п.2 Письма ФАС России от 28.04.2011 N АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» «поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, и рекламораспространителем не является».

ООО «Мобайл Парк» лишь обеспечило техническое подключение Клиента ПАО «МТС» к услуге «МТС Коммуникатор» и не осуществляло непосредственно изготовления и распространения рекламы, в связи с чем ни рекламодателем, ни рекламораспространителем не является.

Таким образом, действия, совершенные в целях доведения рекламы до потребителя были осуществлены Клиентом ПАО «МТС» «<...>».

Следовательно, рекламораспространителем, по смыслу п.7 ст.3 ФЗ «О рекламе», является корпоративный Клиент ПАО «МТС» - «<...>», который, пользуясь услугой «МТС Коммуникатор», осуществил отправку смс-сообщений на телефонный номер <...>.

Информацию о данном корпоративном Клиенте, производившим отправку указанных смс-сообщений, может предоставить только ПАО «МТС», т.к. ООО «Мобайл Парк» не имеет договоров и взаиморасчетов с абонентами - Клиентами ПАО «МТС».

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 части 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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В пункте 1 статьи 3 Закона «О рекламе» дано понятие рекламы — это 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 части 7 статьи 38 Закона «О рекламе» ответственность за нарушения части 1 статьи 18 несёт рекламораспространитель.

Рекламораспространителем является ПАО «МТС».

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 24, 25 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922,

ОПРЕДЕЛИЛ:

Возбудить производство по делу №016/05/18-830/2021 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона «О рекламе».

Признать лицами, участвующими в деле:

- заявитель – <...>;

- лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, ИП Шипицына Инесса Сергеевна, ПАО «МТС», ООО «СМС Трафик».

3. Назначить дело №016/05/18-830/2021 к рассмотрению на 30 июня 2021 г. в 15 часов 30 минут по адресу: г. Казань, ул. Московская, д. 55, 2-й этаж, зал заседаний.

4. ИП Шипицыной И.С. в течение пяти дней со дня получения настоящего запроса необходимо представить в Управление (на электронный почтовый адрес: to16@fas.gov.ru, с дублированием на to16-<...>@fas.gov.ru) надлежащим образом следующие заверенные копии документов и сведений:

разрешение, согласие абонента с номером <...> на получение рекламных сообщений от ИП Шипицыной И.С. (с приложением подтверждающих документов);

информацию о сфере деятельности ИП Шипицыной И.С.;

договор на оказание услуг связи, заключенный с абонента под буквенным номером «<...>»;

информацию о том, каким образом осуществлялись рекламные сообщения на номер абонента (кто утверждает текст и порядок рекламных сообщений с приложением соответствующих документов);

сведения о лице, утвердившем рекламную рассылку, пояснения лица;

информацию о хозяйствующем субъекте, являющегося фактическим заказчиком услуг по распространению рекламы, с приложением договоров и иных подтверждающих документов;

письменные объяснения по вышеизложенным фактам, при наличии возражений – нормативное и документальное их обоснование.

5. ПАО «МТС» в течение пяти дней со дня получения настоящего запроса необходимо представить в Управление (на электронный почтовый адрес: to16@fas.gov.ru, с дублированием на to16-<...>@fas.gov.ru) надлежащим образом следующие заверенные копии документов и сведений:

разрешение, согласие абонента с номером <...> на получение рекламных сообщений от ПАО «МТС» (с приложением подтверждающих документов);

договор на оказание услуг связи, заключенный с абонента под буквенным номером «<...>»;

информацию о том, каким образом осуществлялись рекламные сообщения на номер абонента (кто утверждает текст и порядок рекламных сообщений с приложением соответствующих документов);

сведения о лице, утвердившем рекламную рассылку, пояснения лица;

информацию о хозяйствующем субъекте, являющегося фактическим заказчиком услуг по распространению рекламы, с приложением договоров и иных подтверждающих документов;

письменные объяснения по вышеизложенным фактам, при наличии возражений – нормативное и документальное их обоснование.

В случае, если какие-либо пункты не реализованы (отсутствуют), указать мотивированную причину отсутствия данных документов или сведений.

При подготовке ответа на данный запрос, просим формировать ответ по пунктно, согласно списку запрашиваемой информации, а также в сопроводительном письме необходимо указать ссылку на исходящий номер, указанный в левом верхнем углу первой страницы запроса.

Непредставление в установленный срок сведений по требованию антимонопольного органа, либо представление заведомо недостоверных сведений (информации) влечёт наложение административного штрафа, предусмотренную частью 5 статьи 19.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, на граждан в размере от одной тысячи пятисот до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц – от десяти тысяч до пятнадцати тысяч рублей; на юридических лиц – от пятидесяти тысяч до пятисот тысяч рублей.

Явка лица, в чьих действиях содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, обязательна.

ВНИМАНИЕ: В целях предотвращения угрозы распространения вируса COVID-19 (коронавирус) Управление рекомендует представлять свои интересы путем направления письменных пояснений, без непосредственного присутствия (по возможности) на заседании, либо подключением к ZOOM. В случае принятия решения о явке на заседание Комиссии просим обязательно обеспечить меры предосторожности и на заседании использовать медицинскую маску (иные средства защиты).

<...>