

Исх.№ ВЧ-08/11396 от 09.09.2021

Комиссия Татарстанского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

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

рассмотрев дело №016/05/18-830/2021 с участием заявителя по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения <...>, <...> рекламных сообщений на мобильный номер заявителя <...> с буквенного номера «<...>», что имеет признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе»,

УСТАНОВИЛА:

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 <...>, <...> 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 нукер <...> с буквенного идентификатора «<...>» 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 зашифрованного соединения.

Согласно ответу ООО «Мобайл Парк» (вх. №6604 от 17.05.2021г.) буквенный номер «yahont» 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.mtscommunicator.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» «<...>».

Согласно ответу ПАО «МТС», СМС-сообщения были направлены от ИП Щекотова Олега Васильевича через свой личный кабинет, выделенный в рамках услуги «МТС Коммуникатор».

При этом, в рамках рассмотрения дела ПАО «МТС» направило запрос ИП Щекотову О.В. о предоставлении предварительного согласия, в ответ на который была получена анкета абонента от 29.01.2019 г., в соответствии с которой держатель дисконтной карты <...> выразила свое согласие на получение информации о проводимых рекламных акциях.

Из ответа Щекотова О.В. следует, что он предпринял все зависящие от него меры в целях защиты прав и законных интересов владельца номера телефона, получив согласие владельца номера на получение информации о товарах и акциях, проводимых в ювелирных салонах «Яхонт». При этом, после поступления информации о жалобе он прекратил рассылку на указанный номер телефона.

Вместе с тем, по мнению Комиссии Татарстанского УФАС России, представленная анкета не свидетельствует о наличии действий Заявителя либо иных лиц, связанных с оформлением анкеты (в анкете указаны данные, которые не относятся к заявителю) 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.

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.

Информация, рассылаемая на указанный номер, содержит все необходимые

юридические признаки рекламы, позволяющие определить ее именно в этом качестве и отличить от информации не рекламного характера: предназначена для неопределенного круга лиц; распространена по сетям электросвязи; преследует строго заданные цели информирования: продвижение на рынке, призвана формировать и поддерживать интерес к объекту рекламирования, предоставляемого соответствующими рекламоделателями.

В соответствии с частями 7, 8 статьи 38 Закона «О рекламе» следует, что за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона «О рекламе» несет ответственность рекламодатель, а также рекламопроизводитель, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

Рекламодателем и рекламопроизводителем является Щекотов О.В. (<...>).

Согласно имеющимся документам на момент вынесения решения несанкционированная рассылка прекращена, в связи с чем, отсутствуют основания для выдачи предписания.

Таким образом, Комиссия Татарстанского УФАС России, по результатам рассмотрения материалов и представленных пояснений, приходит к выводу об отсутствии в действиях ИП Шипицыной И.С., ООО «Смс-Трафик» и ПАО «МТС» нарушений закона о рекламе, в связи с чем прекращает производство по делу в отношении указанных лиц.

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 20, 21 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

РЕШИЛА:

Признать ненадлежащей рекламу ИП Щекотова О.В. (<...>) распространенную при помощи смс-сообщения рекламного характера <...>, <...> на номер телефона <...> с буквенного номера «<...>», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Татарстанского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме «08» сентября 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)