

РЕШЕНИЕ

по делу № 06-06/22-2017

26 апреля 2017
года

г.

Омск

Комиссия Омского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, рассмотрев дело № 06-06/22-2017 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения Обществом с ограниченной ответственностью «Т МЕДИА» (далее – ООО «Т МЕДИА»), Обществом с ограниченной ответственностью «Т2 Мобайл» (далее – ООО «Т2 Мобайл») рекламы по сетям электросвязи, содержащей признаки нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в присутствии представителя ООО «Т2 Мобайл» - <...> (доверенность от 18.06.2015 № 55 АА 1217544),

в отсутствие представителя ООО «Т МЕДИА», заявителя <...>, извещенных надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России из ФАС России поступило заявление гражданина <...> по факту направления 24.11.2016 в 14:31 часов (омское время) на его абонентский номер <...> рекламного смс-сообщения: «ВНИМАНИЕ, 79081000705! Супер ПРИЗ:5 МЛН Рублей! Не упустите СВОЙ ШАНС! Отправьте ДА или любое другое sms на 2016 ПРЯМО СЕЙЧАС! 12р./день. Инфо: smsluck.ru и по тел.:2016(беспл.)» от отправителя «2016» (SMS-центр +79043490004).

Согласно пункту 1 [статьи 3](#) Федерального закона «О рекламе» реклама - 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 «ВНИМАНИЕ, 79081000705! Супер ПРИЗ:5 МЛН Рублей! Не упустите СВОЙ ШАНС! Отправьте ДА или любое другое sms на 2016 ПРЯМО СЕЙЧАС! 12р./день. Инфо: smsluck.ru и по тел.:2016(беспл.)» является рекламной, поскольку целевым назначением ее распространения является привлечение внимания получателей (потребителей рекламы) к проводимой викторине «Поймай Миллион!»

и участию в ней абонентов либо иных (третьих) лиц (отправке смс-сообщений и участию в розыгрыше приза).

По утверждению заявителя, данное смс-сообщение было направлено без его предварительного согласия на получение рекламы, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», согласно которой 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 именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.

В ответах от 05.12.2017 исх. № 370/12 и от 19.12.2016 исх. № 392/12 Омским филиалом ООО «Т2 Мобайл» представлена следующая информация: «...По результатам проверки установлено, что 24.11.2016 в 11:31 (GMT+3 Московское время) поступило входящее смс-сообщение абоненту <...> от отправителя «2016» через смс- центр +79043490004.

номер <...> , входящий в ресурс нумерации ООО «Т2 Мобайл», принадлежит технологическому смс-центру Теле2. В технической детализации звонков абонентов-получателей смс-сообщений может отображаться указанный номер <...> Данный номер используется исключительно для установления взаимодействия оборудования по сигнализации.

24.11.2016 в 11:31 рассылку смс-сообщения абоненту <...> от отправителя «2016» через смс-центр нашей компании осуществляла компания ООО «Т МЕДИА», с которой заключен Договор № 399 CONTENT от 15.09.2016 г. (далее по тексту - «Договор»).

... Согласно п. 2.4 Договора стороны договорились, что в результате оказания услуг, предусмотренных настоящим Договором, ООО «Т2 Мобайл» не несет ответственности за содержание предоставляемого абонентам контента, а также за любые другие действия ООО «Т МЕДИА», выполняемые им при оказании услуг.

В соответствии с п. 3.3.1 и 3.3.2 ООО «Т2 Мобайл» обязуется обеспечить маршрутизацию всех вызовов и сообщений в зависимости от используемого сервиса при предоставлении услуг, а также их своевременную и достоверную тарификацию и обеспечить возможность доступа абонентов к информационному центру ООО «Т МЕДИА» через сервисы ООО «Т2 Мобайл» в соответствии с Приложением №1 к Договору.

Пунктом 1.5 Договора закреплено, что «Сервисы» - совокупность способов, служб и сетевых ресурсов ООО «Т2 Мобайл», с использованием которых ООО «Т2 Мобайл» осуществляет маршрутизацию трафика от/на Абонентов на/от информационный центр Исполнителя, а также его учет и тарификацию.

...Согласно п. 6.2. Договора ООО «Т МЕДИА» самостоятельно несет ответственность перед абонентами за качество оказанных услуг. ООО «Т МЕДИА» несет ответственность за соответствие контента и порядка его распространения требованиям действующего законодательства Российской Федерации, в том

числе (но не ограничиваясь): Федеральному закону от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», а также Федеральному закону от 29.12.2010 № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию».

В п. 1.1 Приложения № 5 к Договору указано, что лицом, предоставляющее контентную услугу, и Организатором Викторины является ООО «Т МЕДИА» (ИНН 7733904803, ОГРН 5147746437493).

В приводимом в Вашем запросе тексте смс-сообщения также указан интернет-сайт <http://smsluck.ru/>, на котором в разделе «Правила» содержатся Правила Викторины «Поймай Миллион!», согласно п. 1.1 данных Правил лицом, предоставляющим контентную услугу, и Организатором Викторины является ООО «Т МЕДИА», ИНН 7733904803, ОГРН 5147746437493...

При этом в п. 8.6 Приложения № 5 к Договору (и в п. 8.6 Правил, размещенных на интернет-сайте <http://smsluck.ru>) установлено, что Оператор связи не является Организатором/Партнером Акции и не несет ответственности за действия Организатора/Партнера, а также за любые последствия этих действий, прямо или косвенно касающихся третьих лиц. Оператор не несет ответственности за процесс выдачи призов, а также за какие-либо связанные с этим претензии от Участников и третьих лиц...».

На определение о возбуждении дела ООО «Т МЕДИА» представлены пояснения (исх. № 2812-1 от 19.04.2017), в которых указано: «...ООО «Т МЕДИА» является организатором викторины «Поймай Миллион!», проводимой в зоне обслуживания сети связи Tele2 среди абонентов Tele2, т.е. лиц, заключивших договор об оказании услуг связи (далее по тексту - «Договор») с любым юридическим лицом, осуществляющим оказание услуг связи под товарным знаком «Tele2»...

Настоящим письмом ООО «Т МЕДИА» подтверждает наличие договорных отношений с ООО «Т2 Мобайл», а именно договора № 399 CONTENT от 15.09.2016 года (далее «Договор»), в рамках которого ООО «Т МЕДИА» выступает в роли Исполнителя услуги по Организации викторины «Поймай Миллион!» для Заказчика данной викторины ООО «Т2 Мобайл»...

Так как ООО «Т МЕДИА» организовало викторину для Абонентов Оператора, через технологический смс-центр Оператора, направленную на абонентскую базу, предоставленную Оператором, используя тексты рассылки, согласованные Оператором, то по своей сути ООО «Т МЕДИА» является техническим исполнителем данной услуги и не может быть признано рекламодателем/распространителем в понимании ФЗ «О рекламе», а взаимоотношения с Абонентами в части согласия на получение рекламной информации ложатся на ООО «Т2 Мобайл».

Согласно договору № 399 CONTENT от 15.09.2016 (далее – Договор № 399), сторонами по договору являются ООО «Т2 Мобайл» (Заказчик), и ООО «Т МЕДИА» (Исполнитель).

В разделе 1 Договора № 399 даются определения, в том числе следующим терминам:

«...1.2. «Абоненты» - физические лица, индивидуальные предприниматели или юридические лица, зарегистрированные с СЕТИ, пользующиеся услугами связи на

основании договоров на оказание услуг связи.

...1.4. «Услуги» - услуги ИСПОЛНИТЕЛЯ, оказываемые им с использованием ИНФОРМАЦИОННОГО ЦЕНТРА ИСПОЛНИТЕЛЯ, по предоставлению АБОНЕНТАМ КОНТЕНТА посредством перечисленных ниже СЕРВИСОВ».

1.5.«Сервисы» - совокупность способов, служб и сетевых ресурсов ЗАКАЗЧИКА, с использованием которых ЗАКАЗЧИК осуществляет маршрутизацию трафика от/на АБОНЕНТОВ на/от ИНФОРМАЦИОННОГО ЦЕНТРА ИСПОЛНИТЕЛЯ, а также его учет и тарификацию...

...1.10. «MSISDN» - международный номер мобильного абонента...

...1.13. «SMS-МТ-СООБЩЕНИЕ» - любое SMS-сообщение, отправленное от ИСНН или ПСЕВДОНИМА с ИНФОРМАЦИОННОГО ЦЕНТРА ИСПОЛНИТЕЛЯ на абонентское устройство АБОНЕНТА посредством SMS-ЦЕНТРА ЗАКАЗЧИКА...

...1.24. «КОНТЕНТ» - это информационно-развлекательная услуга, предоставляемая АБОНЕНТУ ИСПОЛНИТЕЛЕМ по его запросу через СЕРВИСЫ ЗАКАЗЧИКА. КОНТЕНТ является составной частью содержания ИНФОРМАЦИОННОГО ЦЕНТРА ИСПОЛНИТЕЛЯ. Описание КОНТЕНТА, функциональные требования, а также порядок и условия его предоставления АБОНЕНТАМ приведены в Приложении № 2 к настоящему ДОГОВОРУ...

...1.26. «ПСЕВДОНИМ» - набор (ы) буквенных латинских символов шили цифровых символов (в том числе пробелы), выделенный(ые) ЗАКАЗЧИКОМ ИСПОЛНИТЕЛЮ для отправки SMS-МТ-сообщений АБОНЕНТАМ. Максимальное количество символов в ПСЕВДОНИМЕ - 11 (в том числе пробелы)...

В соответствии с пунктом 3.2.12 Договора № 399 Исполнитель обязуется «... Осуществлять рассылку сообщений, содержащих информацию об УСЛУГАХ, исключительно в отношении тех АБОНЕНТОВ, MSISDN которых были предоставлены ИСПОЛНИТЕЛЮ ЗАКАЗЧИКОМ. Тексты информационных сообщений должны быть согласованы с ЗАКАЗЧИКОМ. Рассылка может быть осуществлена исключительно через SMS-ЦЕНТР ЗАКАЗЧИКА и с использованием ИСНН, выделенных ЗАКАЗЧИКОМ ИСПОЛНИТЕЛЮ. Рассылка сообщений с информацией несогласованной с ЗАКАЗЧИКОМ, а равно рассылка в отношении АБОНЕНТОВ, информация о которых не была предоставлена ИСПОЛНИТЕЛЮ, согласно п. 3.3.6 настоящего ДОГОВОРА, или в отношении АБОНЕНТОВ, MSISDN которых включены в ЧЕРНЫЙ СПИСОК, или в отношении иных третьих лиц, либо рассылка с использованием нумерации, не соответствующей ИСНН запрещена...».

Согласно пункту 3.3.6 Договора № 399 Заказчик обязуется «...Ежемесячно, не позднее 5 (пятого) числа текущего ОТЧЕТНОГО ПЕРИОДА, направлять ИСПОЛНИТЕЛЮ перечень MSISDN, с использованием которых ИСПОЛНИТЕЛЬ вправе осуществлять действия, направленные на продвижение КОНТЕНТА среди АБОНЕНТОВ, посредством SMS. Выборка MSISDN осуществляется ЗАКАЗЧИКОМ самостоятельно с использованием собственных критериев и способов оценки. При этом объем выборки определяется по усмотрению ЗАКАЗЧИКА с учетом экономической целесообразности и влияния предоставляемых УСЛУГ на иные бизнес-процессы и экономические показатели деятельности ЗАКАЗЧИКА...».

Проанализировав положения Договора № 399, Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу о том, что ООО «Т2 Мобайл», формально не являющееся лицом, непосредственно сформировавшим и направившим смс-сообщение, исходя из условий Договора № 399, несет солидарную ответственность за распространение упомянутого смс-сообщения, поскольку именно ООО «Т2 Мобайл» определяло получателей рекламы (пункт 3.2.12, 3.3.6 и 4.2.7 Договора № 399) и представляло техническую возможность направления рекламных сообщений данным получателям (пункт 3.3.1 Договора № 399, приложение № 2 к Договору № 399), а также:

- организовало проведение викторины «Поймай Миллион!» (пункт 2.1 Договора № 399, приложение № 5 к Договору № 399);
- поручило ее проведение ООО «Т Медиа» (пункт 2.2 Договора № 399, приложение № 2 к Договору № 399);
- определяло стоимость услуги (пункт 1.3 приложения № 2 к Договору № 399);
- определяло текст контента (пункт 3.3.1 приложения № 2 к Договору № 399);
- определила правила предоставления контента абонентам (приложение № 5 к Договору № 399);
- оплачивало ООО «Т МЕДИА» вознаграждение за оказанные услуги по предоставлению контента (приложение № 2 к Договору № 399).

Учитывая изложенное, рекламораспространителями рассматриваемого смс-сообщения, направленного 24.11.2016 в 14:31 часов на абонентский номер <...>, являются как ООО «Т МЕДИА» (как лицо, непосредственно сформировавшее и направившее смс-сообщение), так и ООО «Т2 Мобайл» (как лицо, организовавшее проведение викторины, поручившее ее проведение исполнителю, определившее получателей рекламы и передавшее исполнителю номера абонентов для направления в их адрес смс-сообщений, а также обеспечившее доведение смс-сообщений до конечного получателя).

При этом ООО «Т МЕДИА» и ООО «Т2 Мобайл» не представили в Омское УФАС России каких-либо документов, подтверждающих наличие у них согласия гражданина <...> на получение рекламы по сетям электросвязи, что свидетельствует о нарушении ООО «Т МЕДИА» и ООО «Т2 Мобайл» требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

По определению (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») ненадлежащая реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Федерального закона «О рекламе».

В письмах от 05.12.2017 исх. № 370/12 и от 19.12.2016 исх. № 392/12 Омский филиал ООО «Т2 Мобайл» уведомил Омское УФАС России о том, что: «...ООО «Т2 Мобайл» с 02.12.2016г. предприняло меры по прекращению направления смс-сообщений от отправителя «2016» в адрес абонента-заявителя <...>», в связи с чем Комиссия

Омского УФАС России пришла к выводу о нецелесообразности выдачи ООО «Т МЕДИА» и ООО «Т2 Мобайл» предписаний о прекращении нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» в части рассылки рекламы посредством использования телефонной связи в адрес гражданина <...>.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37 - 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать действия ООО «Т МЕДИА» и ООО «Т2 Мобайл», выразившиеся в направлении 24.11.2016 в 14:31 часов (омское время) в адрес <...> смс-сообщения рекламного характера: «ВНИМАНИЕ, 79081000705! Супер ПРИЗ:5 МЛН Рублей! Не упустите СВОЙ ШАНС! Отправьте ДА или любое другое sms на 2016 ПРЯМО СЕЙЧАС! 12р./день. Инфо: smluck.ru и по тел.:2016(беспл.)» без его предварительного согласия, нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ООО «Т МЕДИА» и ООО «Т2 Мобайл» не выдавать в связи с прекращением вышеуказанной смс-рассылки в адрес заявителя.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу антимонопольного органа для возбуждения дела об административном правонарушении по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 26 апреля 2017 года.

Решение может быть обжаловано в Арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.