

РЕШЕНИЕ

«17» июля 2019г.

г.Новосибирск

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

председатель Комиссии: И.В. Волохина - заместитель руководителя управления – начальник отдела рекламы;

члены комиссии: Ю.В. Виногорова – главный специалист-эксперт отдела рекламы;

В.Ю. Строгин – главный специалист-эксперт отдела рекламы,

рассмотрев дело №75/18, возбужденное по факту поступления 19.09.2018г. SMS-сообщения рекламного содержания на номер «...» с признаками нарушения Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»),

В ОТСУТСТВИИ:

«...»

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление физического лица (вх. №5179э от 21.09.2018г.) по факту поступления SMS-сообщений рекламного содержания на номер заявителя с признаками нарушения Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе».

При рассмотрении данного заявления Новосибирским УФАС России возбуждено данное дело, установлено следующее.

На абонентский номер заявителя «...» 19.09.2018г. в 17:00 с телефонного номера с буквенным идентификатором: StopGai.com (SMS-центр: «...») поступило SMS-сообщение следующего содержания: *«Возврат прав при лишении Снятие с базы ГИБДД StopGai.com «...»»*.

В соответствии со ст.3 ФЗ «О рекламе», рекламой является информация, распространяемая 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;

объект рекламирования - это 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.

В силу требований, установленных ч.1 ст.18 ФЗ «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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Как сообщается заявителем, им такого согласия какому-либо лицу не давалось. Следовательно, данное обстоятельство указывает на нарушение ч.1 ст.18 Закона «О рекламе».

Ответственность за нарушение требований ч. 1 ст.18 Закона «О рекламе» несет рекламодатель (ч. 7 ст.38 Закона «О рекламе»).

Согласно ст.3 Закона «О рекламе», рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

При этом из анализа норм Закона «О рекламе» следует, что рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей. При этом законодательно установленное определение рекламодателя в зависимости от обязательной осведомленности им относительно содержания рекламы не определено.

По смыслу приведенной нормы права, а также в целях соблюдения принципа справедливости юридической ответственности, при разрешении вопроса относительно признания лица распространителем рекламы необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

Согласно материалам, номер SMS-центра «...»находится в диапазоне номеров, выделенных ПАО «Мегафон» (г.Санкт-Петербург и Ленинградская область).

ПАО «Мегафон» в пояснениях по делу №75/18 сообщает следующее.

Согласно информации с официального сайта оператора базы данных перенесенных абонентских номеров (Оператор БДПН), оператором связи для абонентского номера заявителя «...»является ООО "Скартел".

Оператор ООО «Скартел» является виртуальным оператором подвижной связи (mobile virtual network operator MVNO), использующим инфраструктуру (оборудование) ПАО «МегаФон» для оказания услуг связи своим абонентам.

Абонентский номер «...»относится к ресурсу нумерации ПАО «МегаФон» (г.Санкт-

Петербург) и является номером смс-центра. Смс-центр - это оборудование, отвечающее за хранение, передачу, конвертацию и доставку коротких сообщений сети мобильной связи.

Таким образом, абонентский номер «...» является техническим номером оборудования. С учетом технических особенностей функционирования MVNO-оператора «Скартел» смс-сообщения абонентам данного оператора доставляются через смс-центр ПАО «МегаФон», что может быть отражено на абонентском устройстве. Вместе с тем это не означает, что смс-сообщение было отправлено оператором ПАО «МегаФон» или каким-либо абонентом ПАО «МегаФон». Информацию о номере смс-центра, через который смс-сообщение было отправлено, может предоставить только оператор связи, абонент которого получил сообщение, поскольку только у этого оператора есть информация о том, из сети какого оператора связи пришло смс-сообщение его абоненту. Абонентское устройство (пользовательское оборудование) не способно достоверно установить номер смс-центра оператора, абонентом которого было отправлено смс-сообщение.

Услуга предоставления Инфраструктуры радиодоступа предоставляется ПАО «МегаФон» ООО «Скартел» на основании Приложения №15 к Генеральному соглашению №1 от 01.01.2013г. (далее - Соглашение) и заключается в предоставлении средств связи, линий связи подвижной радиотелефонной связи ПАО «МегаФон» в целях использования для создания и функционирования сети подвижной радиотелефонной связи ООО «Скартел» с целью оказания ООО «Скартел» услуг связи своим Абонентам.

Услуги оказываются в соответствии с Федеральным законом от 07 июля 2003г. №126-ФЗ «О связи», Приказом Министерства связи и массовых коммуникаций РФ от 29.12.2008г. №116 «Об утверждении Требований к оказанию услуг подвижной радиотелефонной связи при использовании бизнес-модели виртуальных сетей подвижной радиотелефонной связи», Приказом Минкомсвязи России от 30.08.2011 N 215 «О мерах по дальнейшей реализации бизнес- модели виртуальных сетей подвижной радиотелефонной связи, в части использования ресурса нумерации», другими нормативными правовыми актами и руководящими документами отрасли «Связь».

Стороны самостоятельно осуществляют управление своими сетями связи (п. 2.9 Соглашения). Предоставляя ООО «Скартел» инфраструктуру для возможности оказания услуг связи абонентам ООО «Скартел», **ПАО «МегаФон» не доставляет смс-сообщение до абонента ООО «Скартел», не обеспечивает** направление сообщения в сеть электросвязи, **не имеет** ни правовой, ни технической возможности оценить содержание сообщения, в том числе наличие у сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на получение такой рассылки.

Исходя из вышеизложенного, ПАО «МегаФон» не относится к лицам, в действиях которого содержатся признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе». Лицом - владельце телефонного номера «...» сообщаем следующее: абонентский номер «...» (оператор ПАО «МегаФон», Москва) выделен в пользование юридическому лицу ООО «М КОЛЛЕГИЯ». Согласно сведениям оператора, абонент имеет ИНН «...».

ООО «Скартел» в Отзыве от 21.01.2019г. сообщает следующее.

Договор оказания услуг связи между абонентом-физическим лицом и ООО "Скартел" заключается путем подписания Клиентом электронного документа (текста Условий оказания услуг связи ООО "Скартел") с использованием электронной подписи.

Текст Условий является неизменяемой частью договора с абонентами, т.к. согласно законодательству РФ, договоры оказания услуг связи с абонентами-физическими лицами являются публичными, то есть их условия должны быть одинаковы для всех (ст. 45 ФЗ "О связи" от 07.07.2003 N 126-ФЗ, ст. 426 ГК РФ).

Актуальная версия Условий оказания услуг связи постоянно размещена на официальном сайте оператора www.yota.ru. Также абонент может в любой момент как до, так и после заключения договора ознакомиться или получить экземпляр распечатанной заверенной копии текста Условий оказания услуг связи, являющихся текстом договора с абонентом, в точке обслуживания ООО "Скартел".

Согласно части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ "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.

Понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи раскрыто в п. 22.1 ст. 2 ФЗ "О связи" - это автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Статья 44.1 Федерального закона "О связи" устанавливает порядок осуществления рассылки. Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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.

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 Федерального закона "О связи" рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка.

Между ООО "Скартел" (Оператор) и АО "МегаЛабс" (Партнер) заключен договор N 14-6900 от 20.10.2014г., в соответствии с которым Оператор обязуется по заявкам

Партнера оказывать Партнеру услуги по предоставлению доступа к Интерфейсу (программное средство, взаимодействующее с платформой Оператора и используемое Партнером для направления Мобильной рекламы и/или Информационных материалов) для целей размещения Мобильной рекламы и/или Информационных материалов по Базе Клиента среди абонентов с помощью Каналов коммуникации.

В связи с тем, что указанное смс-сообщение разослано по инициативе Партнера, именно Партнер должен располагать предварительным согласием абонента на получение рассылки.

ООО "Скартел" никаких технических и фактических действий по формированию содержания SMS-сообщений и списка адресатов не совершало.

Согласно информации, представленной АО "МегаЛабс", рассматриваемое смс-сообщение было направлено АО «Связной Загрузка» на основании договора № ДМИ-СВЗНЗГРЗК-01.08.2016 от 01.08.2016г.

Таким образом, именно действия АО «Связной Загрузка» были направлены на достижение целей рекламирования: именно данным лицом составлен текст сообщения, определен получатель, совершены действия по распространению сообщения, и, следовательно, именно это лицо является распространителем рекламы, которым должно быть предоставлено надлежащим образом оформленное согласие абонента-получателя.

Таким образом, распространителем рекламы в данном случае является АО «Связной Загрузка» - лицо, определяющее объект рекламирования и использующее для распространения рекламы услуги связи, оказываемые ООО "Скартел".

В свою очередь АО «Загрузка» сообщает следующее.

Вышеуказанная рассылка осуществлялась с помощью технических услуг АО «Загрузка» по заказу ПАО «Ростелеком» (ИНН 7707049388).

В соответствии с условиями договора № 01/25/1146-18 от «29» августа 2018 г. (далее «Договор»), заключенного между АО «Загрузка» и ПАО «Ростелеком». В соответствии с условиями Договора ПАО «Ростелеком» обязуется не инициировать и не осуществлять отправку сообщений, которые, будут соответствовать определению СПАМ (рассылка СМС-сообщений рекламного или иного характера, которая инициирована без согласия абонентов и/или вводящая абонентов в заблуждение относительно характера таких СМС-сообщений или их отправителя), при этом ответственность за содержание СМС-сообщений в любом случае несет ПАО «Ростелеком» (пункты 3.2.8, 6.1. Договора).

Технологически АО «Загрузка» подключает клиентов через протоколы, в том числе SMPP 3.4, HTTP, FTP, либо через личный кабинет. Клиент самостоятельно формирует текст смс-сообщений, круг абонентов-получателей СМС-сообщений, определяет время отправки, а также иные параметры рассылки, при этом сообщения могут носить информационный, рекламный и любой другой характер. Подобный вид подключения не подразумевает технологическую возможность какой-либо предварительной проверки СМС-сообщений, их получателей АО «Загрузка»,

аппаратно-программный комплекс АО «Загрузка» только технологически в автоматическом режиме пересылает СМС-сообщения, сформированные инициатором СМС-рассылки до программно-аппаратных комплексов иных операторов связи. Таким образом, ни АО «Загрузка», ни кто-либо из должностных лиц АО «Загрузка», не участвуют в определении получателя, содержания, времени отправки, а также иных характеристик рассылки СМС-сообщений. АО «Загрузка» выполняет исключительно транспортную функцию.

Кроме того, АО «Загрузка» не знает и не может знать содержание рассылаемых сообщений ввиду части 2 ст. 23 Конституции Российской Федерации и ст. 63 Федерального закона от 07.07.2013г. №126-ФЗ «О связи», которые защищают тайну переписки.

Деятельность АО «Загрузка» ведется в соответствии с лицензией на оказание телематических услуг связи №159322 от «03» октября 2017 года и заключается в приеме, обработке, хранении, передаче, доставке сообщений электросвязи (п. 32 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2013 г. №126-ФЗ «О связи») с использованием технологической системы (п. 24 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2013 г. №126-ФЗ «О связи»). При этом, в соответствии с пунктом 68 постановления Правительства Российской Федерации от 10.09.2007 № 575 «Об утверждении Правил оказания телематических услуг связи», оператор связи не несет ответственности за содержание информации, передаваемой (получаемой) абонентом и (или) пользователем при пользовании телематическими услугами связи. Кроме того, в соответствии с п. 2 письма Федеральной антимонопольной службы № АК/16266 от 28.04.2011, поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

Из пояснений ПАО «Ростелеком» следует, Общество оказывает услуги подвижной связи ООО «М Коллегия» (Договор об оказании услуг подвижной связи от «16» июля 2018 года № 6920265 (далее - Договор)).

Абонентский номер «...»предоставлен для пользования услугами связи Абоненту - ООО «М Коллегия» (ОГРН 1157746788198, ИНН 7703395813, адрес место нахождения: г. Москва, ул. Походный пр-д, д.3, корп.2, почтовый адрес: г. Москва, ул. Походный пр-д, д.3, корп.2 (копия договора прилагается).

Указанный абонентский номер используется ПАО «Ростелеком» исключительно для оказания услуг своему Абоненту.

13.07.2018 г. ООО «М Коллегия» подключена услуга «СМС Реклама» на основании акцепта публичной оферты ПАО «Ростелеком» «Услуга «СМС Реклама», во исполнение которой Оператор осуществляет деятельность по рассылке SMS/MMS-сообщений, содержащих рекламно- информационные материалы (РИМ) Корпоративного клиента, от Корпоративного клиента до оборудования связи Оператора, а также деятельность Оператора по размещению РИМ Корпоративного клиента среди абонентов иных операторов связи России в Каналах коммуникации.

Согласно условий оферты Корпоративный клиент, иницирующий направление сообщений обязан получить предварительное согласие получателей (п.5.12

О ф е р т ы) . SMS-сообщение инициировано исключительно самим Абонентом/Корпоративным клиентом, посредством услуги «СМС Реклама». Соответственно обязанность получения согласия получателей рекламных сообщений Законом возложена на Корпоративного клиента по Договору. Содержание SMS-сообщений ПАО «Ростелеком» не известно.

При этом ПАО «Ростелеком» приложена распечатка из биллинга о направлении на абонентский номер получателя SMS-сообщения, инициированном ООО «М Коллегия».

ПАО «Ростелеком» не является заказчиком рассылки спорного сообщения, т.к. на основании заключенного между Оператором (ПАО «Ростелеком») и Корпоративным клиентом (ООО «М Коллегия») Договора:

- услуга «СМС Рекламы» была подключена на абонентский номер Корпоративного клиента ООО «М Коллегия», посредством которого осуществляется доступ в Личный кабинет Корпоративного клиента. В рамках оказания Услуги Корпоративному клиенту предоставляется WEB-интерфейс, предназначенный для пользования и управления Услугой, Корпоративному клиенту присваиваются индивидуальные Учетные данные, идентифицирующие Корпоративного клиента для дальнейшей рассылки РИМ конечным пользователям. Оборудование ПАО «Ростелеком» лишь осуществляет SMS-сообщения на номер Конечного получателя;

- инициатором рассылки SMS - сообщений является Корпоративный клиент. В соответствии с офертой ПАО «Ростелеком» раздела «Термины и Определения» рекламно-информационными материалами (РИМ) являются сообщения, направленные на информирование об услугах, товарах (объект рекламирования) Корпоративного клиента, или на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставляемые Корпоративным клиентом, предназначенные для размещения посредством SMS/MMS-сообщений. SMS-сообщение - это содержащее РИМ и Индивидуальную подпись отправителя короткое текстовое сообщение, которое Корпоративный клиент желает разместить среди Конечных получателей;

- корпоративный клиент определяет содержание и обеспечивает точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в РИМ. Согласно п. 5.4. оферты предоставляемые Корпоративным клиентом Оператору РИМ должны соответствовать требованиям Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации. За информацию, содержащуюся в РИМ, ответственность несет Корпоративный клиент;

- корпоративный клиент определяет конечных получателей сообщения (абонентов), и, следовательно, обязанность получения согласия на получение SMS/MMS-сообщений конечных получателей возложена на Корпоративного клиента:

П. 5.11 оферты предусматривает, что Корпоративный клиент до размещения РИМ среди Конечных получателей из Перечня абонентских номеров Корпоративного клиента обязан получить согласие Конечного получателя на получение РИМ посредством SMS/MMS-сообщений от Корпоративного клиента. П. 5.12. оферты предусматривает, что использование Услуги Корпоративным клиентом означает наличие у Корпоративного клиента согласия Конечного получателя на получение

РИМ посредством SMS/MMS-сообщений от Корпоративного клиента. Согласие должно быть получено в форме, достаточной для идентификации Конечного получателя и подтверждения его волеизъявления на получение РИМ посредством SMS/MMS-сообщений от Корпоративного клиента, и должно в обязательном порядке содержать абонентский номер <...> по которому Конечный получатель дал согласие на получение РИМ через SMS/MMS-сообщения;

- между конечным получателем SMS-сообщения и ПАО «Ростелеком» отсутствуют гражданско-правовые отношения, соответственно, Оператор не имеет возможности получать согласие получателя сообщения на получение РИМ через SMS/MMS-сообщения, инициатором рассылки которого является Корпоративный клиент.

ПАО «Ростелеком», являясь оператором связи, создает техническую возможность для соединения по сети подвижной связи, но не несет ответственности за содержание информации, передаваемой (получаемой) абонентом и (или) пользователем при пользовании услугами телефонной связи.

Поскольку ПАО «Ростелеком» не осуществлялось распространение указанной заявителем информации на телефонный номер «...», то в действиях ПАО «Ростелеком» отсутствуют признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Являясь оператором связи, предоставляющим абонентам услуги связи, ПАО «Ростелеком» не имеет правовых оснований и технической возможности отслеживать или контролировать телефонные соединения, осуществляемые абонентами по своему усмотрению, и их содержание.

ПАО «Ростелеком» не несет ответственности за действия третьих лиц, в т.ч. за содержание информации, передаваемой (получаемой) абонентом и (или) пользователем при пользовании услугами телефонной связи.

Как уже ранее указывалось в отзыве исходя из существующих договорных обязательств, положений Закона о рекламе ПАО «Ростелеком» не являлось рекламодателем рассматриваемого SMS - сообщения на номер «...», поскольку реклама была распространена абонентом ООО «М Коллегия» посредством услуги «СМС Реклама» (что подтверждается также распечаткой по лицевому счету «...» по договору на оказание услуг подвижной связи от 16.07.2018г., заключенного между ПАО «Ростелеком» и ООО «М Коллегия» свидетельствующая о передаче СМС 19.09.2018 г. 17:00 на номер «...»).

Кроме того, в материалах дела представлено письмо ООО «М Коллегия», согласно которому «имя» StopGai.com, используется ООО «М Коллегия» для целей рассылки СМС сообщений в рамках договора с ПАО «Ростелеком» через его техническую платформу.

Таким образом Новосибирским УФАС России нарушения ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе» в действиях ПАО «Мегафон» (ИНН 7812014560), ООО «Скартел» (ИНН 7701725181), АО «Загрузка» (ОГРН 1057746396113), ПАО «Ростелеком» (7707049388) не установлено.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия, руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи

33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

РЕШИЛА:

1. Признать рекламную информацию, распространенную в виде SMS-сообщений следующего содержания: «*Возврат прав при лишении Снятие с базы ГИБДД, StopGai.com*«...»» на номер «...», 19.09.2018г. в 17:00 с телефонного номера с буквенным идентификатором: StopGai.com (SMS-центр: «...»), ненадлежащей,

а ООО «М Коллегия» (ИНН 7703395813, ОГРН 1157746788198, дата присвоения ОГРН: 27.08.2015г, проезд Мукомольный, д.7, корпус 2, пом.3, к.1, г.Москва, 123290, почтовый адрес: Походный пр-д, дом 3, корп.2, г.Москва, 125373), нарушившим ч.1 ст.18 ФЗ «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.

2. Выдать ООО «М Коллегия» (ИНН 7703395813) предписание о прекращении нарушения законодательства РФ о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Новосибирского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч.1,2 ст. 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме "30" июля 2019 г.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса РФ.