

РЕШЕНИЕ

по делу № 06-06/01-2017

28 февраля 2017 года

г. Омск

Комиссия Омского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

председатель Комиссии – <...>, врио руководителя Омского УФАС России,

члены Комиссии: <...>,

рассмотрев дело № 06-06/01-2017 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 представителей:

ООО «Т МЕДИА» - <...> (доверенность от 20.02.2017 № 24/1/17),

ООО «Т2 Мобайл» - <...> (доверенность от 18.06.2015 № 55 АА 1217543),

в отсутствие заявителя <...>, извещенного надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России из ФАС России поступило заявление гражданина <...> по факту направления 12.12.2016 в 14:03 (по омскому времени) на его абонентский номер <...> смс-сообщения рекламного характера: *«Сюрприз для 79040762667 Ваш номер выбран для получения приглашения! На кону более 5 000 000 рублей! Отправьте ДА! или любое sms на 2016 СЕЙЧАС! 12 р./день. Инфо smsluck.ru и по тел. 2016 (беспл.)»* от абонента, имеющего обозначение **2016**, SMS-центр: **+79043490004**.

По утверждению заявителя, данная реклама была отправлена с помощью SMS-сообщений без его предварительного согласия, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», в силу которой распространение рекламы посредством 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 ответе от 23.12.2016 № 396/12 Омский филиал ООО «Т2 Мобайл» представил следующую информацию: *«...По результатам проверки установлено, что 12.12.2016 в*

11:02 (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.

12.12.2016 в 11:02 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 <...>).

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 <...> 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...».

Исходя из вышеуказанных пояснений Омского филиала ООО «Т2 Мобайл», непосредственным отправителем упомянутого смс-сообщения рекламодателем, т.е. лицом, осуществившим распространение рекламы (пункт 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») является ООО «Т МЕДИА».

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

На запрос Омского УФАС России ООО «Т МЕДИА» каких-либо документов, подтверждающих наличие согласия гражданина <...> (абонента <...>) на получение рекламы по сетям электросвязи представлено не было.

Определением Омского УФАС России от 11 января 2017 года по вышеуказанному факту в отношении ООО «Т МЕДИА» было возбуждено дело по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе № 06-06/01-2017.

В письме от 19.01.2017 № 1901-1 ООО «Т МЕДИА» указало, что «...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 договор № 399 CONTENT от 15.09.2016 года, однако вынуждено не согласиться с выводами УФАС по Омской области в части того, что является рекламодателем в понимании ФЗ «О рекламе», так как согласно вышеназванному договору является Исполнителем услуги по Организации викторины «Поймай Миллион!».

*Так как ООО «Т МЕДИА» организовало викторину для Абонентов Оператора, через технологический смс-центр Оператора и направленную на абонентскую базу, предоставленную Оператором, то **взаимоотношения с Абонентами в части согласия на получение рекламной информации ложатся на ООО «Т2 Мобайл»...***

Согласно представленному ООО «Т Медиа» договору № 399 CONTENT от 15.09.2016 (далее – Договор № 399), сторонами по договору являются ООО «Т2 Мобайл», именуемое в дальнейшем «Заказчик», и ООО «Т МЕДИА», именуемое в дальнейшем «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-MT-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-MT-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...».

Определением Омского УФАС России от 25 января 2017 года о продлении срока рассмотрения дела № 06-06/01-2017 (далее – Определение от 25.01.2017) в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, помимо ООО «Т МЕДИА» к рассмотрению дела было привлечено ООО «Т2 Мобайл».

На Определение от 25.01.2017 Омским филиалом ООО «Т2 Мобайл» была представлена информация от 22.02.2017 № 49/02/II, из которой следовало, что «...сообщение, направленное 12.12.2016 в 11:02 абоненту <...> от отправителя «2016» не обладает признаками рекламы в понимании Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее также Закон о рекламе)...

...Пунктом 3.2.12. Договора установлено, что рассылка сообщений, содержащих информацию об услугах, осуществляется Исполнителем.

Заказчиком предоставлялся Исполнителю перечень MSISDN, входящих в ресурс нумерации Заказчика, являющегося оператором связи. При этом окончательный список рассылки, с учетом требований пунктов 3.2.23., 6.2., 3.2.12., 3.2.5. Договора формировался Исполнителем, как лицом, ответственным за соблюдение Закона о рекламе.

Таким образом, набор и выбор абонентского номера +79040762667 для осуществления ему смс-рассылки, осуществлялся Исполнителем по Договору, компанией ООО «Т Медиа»...

...Сообщение, направленное 12.12.2016 в 11:02 абоненту +79040762667 от отправителя «2016» не обладает признаками рекламы в понимании Закона о рекламе...

... Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе...».

Комиссия Омского УФАС России не согласилась с вышеуказанным доводом ООО «Т2 Мобайл» по следующим основаниям.

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.

Комиссия Омского УФАС России отмечает, что применительно к статье 18 Федерального закона «О рекламе» общее требование определения «реклама», в

части такого ее критерия как «распространение в адрес неопределенного круга» неприменимо, поскольку получатели рекламной информации, распространяемой подобным способом, а именно: абонент (при распространении рекламы посредством радиотелефонной связи) либо адресат (при распространении рекламы по сетям электросвязи) в обязательном порядке являются определенными физическими лицами, заключившими договоры связи (телефонной или интернет-связи), или имеющими определенный идентификационный код (электронный адрес, ip-адрес).

В письме ФАС России от 27.06.2016 № АД/43482/16 указано, что «...в случае направления посредством СМС-сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение в сообщении (упоминание имени и отчества абонента), представляет интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой...».

Согласно Правилам предоставления контента абонентам, размещенным на сайте www.smsluck.ru (ссылка на указанный сайт приведена в рассматриваемом смс-сообщении) «...Викторина «Поймай Миллион!» (далее по тексту – «Викторина») проводится в зоне обслуживания сети связи Оператора, с использованием короткого номера доступа 2016 и 222 (далее по тексту – «Номер Викторины»)...

1.3. Викторина не является лотереей, стимулирующей лотереей либо иной основанной на риске азартной игрой, носит рекламный характер и проводится с целью привлечения внимания Абонентов к приобретению Контента, размещенного Организатором на сайте <http://smsluck.ru/...>».

Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу о том, что информация «Сюрприз для 79040762667 Ваш номер выбран для получения приглашения! На кону более 5 000 000 рублей! Отправьте ДА! или любое sms на 2016 СЕЙЧАС! 12 р./день. Инфо smsluck.ru и по тел. 2016 (беспл.)» является рекламной, поскольку целевым назначением ее распространения является привлечение внимание получателей (потребителей рекламы) к проводимой викторине «Поймай Миллион!» и участию абонентов либо иных (третьих) лиц в ее проведении (отправке смс-сообщений и участию в розыгрыше приза).

Кроме того, исследовав положения Договора № 399 Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу о том, что ООО «Т2 Мобайл», формально не являющееся лицом, **непосредственно** сформировавшем и направившем смс-сообщение, исходя из условий Договора № 399, несет солидарную ответственность за распространение упомянутого смс-сообщения и является рекламораспространителем, 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 вышеизложенное, рекламодателями рассматриваемого смс-сообщения, направленного 12.12.2016 в адрес абонента +79040762667, 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 Соловьева К.А. (абонента +79040762667) 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».

Письмом от 23.12.2016 исх. № 396/12 Омский филиал ООО «Т2 Мобайл» уведомил Омское УФАС России о том, что: «...ООО «Т2 Мобайл» 20.12.2016 г. предприняло меры по прекращению данной смс-рассылки...», в связи с этим Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу об отсутствии необходимости в выдаче 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 <...> (абонента <...>).

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 12.12.2016 в 14:03 часов (по омскому времени) в адрес гражданина <...> (абонента <...>) смс-сообщения рекламного характера: «Сюрприз для 79040762667 Ваш номер выбран для получения приглашения! На кону более

5 000 000 рублей! Отправьте ДА! или любое sms на 2016 СЕЙЧАС! 12 р./день. Инфо smsluck.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 06 марта 2017 года.

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

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии <...>