

РЕШЕНИЕ

26 июля 2017 года г. Челябинск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе в составе (далее - Комиссия):

председатель Комиссии: <...> – заместитель руководителя – начальник отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России;

<...> – специалист-эксперт отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России;

члены Комиссии:

<...> – ведущий специалист-эксперт отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России,

рассмотрев дело № 07-08/2017, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы путем рассылки СМС-сообщения от отправителя под обозначением «2016» через SMS-центр +7-904-***-**-04 без предварительного согласия абонента,

УСТАНОВИЛА:

Управлением Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее – Челябинское УФАС России) рассмотрено обращение физического лица по факту поступления 11 декабря 2016 года в 17:13 на телефонный номер <...> -951-***-**-62 смс-сообщения с рекламой: «Сюрприз для 7951*****62 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 smluck.ru и по тел. 2016 (беспл.)» от отправителя под обозначением

«2016» через SMS-центр +7-904-***-**-04 без предварительного согласия абонента.

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи, телефонный номер <...> -904-***-**-04 входит в ресурс нумерации оператора связи ООО «Т2 Мобайл».

От ООО «Т2 Мобайл» поступили письменные пояснения, согласно которым, по результатам проверки установлено, что 11.12.2016 в 15:13 (GMT +3 Московское время) поступило входящее смс-сообщение абоненту +7951*****62 от отправителя «2016» через смс-центр +7904*****04.

11.12.2016 в 15:13 рассылку смс-сообщения абоненту +7951*****62 от отправителя «2016» через смс-центр ООО «Т2 Мобайл» осуществляла компания ООО «Т МЕДИА» с которой заключен Договор № 399 CONTENT от 15.09.2016 г.

Абонент +7951*****62 не обращался в адрес ООО «Т2 Мобайл» с заявлениями о прекращении рассылки нежелательных смс-сообщений на его абонентский номер от отправителя «2016». В связи с поступлением настоящего запроса ООО «Т2 Мобайл» 20.12.2016 г. предприняло меры по прекращению данной смс-рассылки и обратилось к ООО «Т МЕДИА» с требованием прекратить направление смс-сообщений от отправителя «2016» в адрес абонента-заявителя +7951*****62.

ООО «Т Медиа» представило письменные пояснения (вх. № 1447 от 07.02.2017), согласно которым ООО «Т МЕДИА» являлось организатором викторины «Поймай Миллион!», проводимой в зоне обслуживания сети связи ООО «Т2 Мобайл» среди абонентов Оператора, т.е. лиц, заключивших с Оператором договор об оказании услуг связи.

Так как ООО «Т МЕДИА» осуществляло организацию викторины для абонентов Оператора, через технологический SMS-центр Оператора для заранее определенной и предоставленной Оператором абонентской базы, то по своей сути Общество являлось только техническим исполнителем, и не может быть признано рекламодателем в понимании ФЗ «О рекламе».

На основании описанного выше считают, что ООО «Т МЕДИА» не могло нарушить и не нарушало п. 1 ст. 18 ФЗ «О Рекламе».

На запрос Челябинского УФАС России ООО «Т Медиа» представило письменные пояснения (вх. № 2831 от 14.03.2017), согласно которым ООО «Т МЕДИА» являлось организатором викторины «Поймай Миллион!», проводимой в зоне обслуживания сети связи ООО «Т2 Мобайл» среди абонентов Оператора, т.е. лиц, заключивших с Оператором договор об оказании услуг связи.

В соответствии с пунктом 3.2.12 Договора Исполнитель обязуется: «Осуществлять рассылку сообщений, содержащих информацию об УСЛУГАХ, исключительно в отношении тех АБОНЕНТОВ, MSISDN которых были

предоставлены ИСПОЛНИТЕЛЮ ЗАКАЗЧИКОМ.

Так как ООО «Т МЕДИА» осуществляло организацию викторины для абонентов Оператора, через технологический SMS-центр Оператора для заранее определенной и предоставленной Оператором абонентской базы, то по своей сути Общество являлось только техническим исполнителем, и не может быть признано рекламодателем в понимании ФЗ «О рекламе».

На основании описанного выше считают, что ООО «Т МЕДИА» не могло нарушить и не нарушало п. 1 ст. 18 ФЗ «О Рекламе».

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 с любым юридическим лицом, осуществляющим оказание услуг связи под товарным знаком «Tele2».

ООО «Т МЕДИА» имеет договорные отношения с ООО «Т2 Мобайл», а именно договор № 399 CONTENT от 15.09.2016 года, в рамках которого ООО «Т МЕДИА» выступает в роли Исполнителя услуги по Организации викторины «Поймай Миллион!» для Заказчика данной викторины ООО «Т2 Мобайл».

В соответствии с пунктом 3.2.12 Договора Исполнитель обязуется: «Осуществлять рассылку сообщений, содержащих информацию об УСЛУГАХ, исключительно в отношении тех АБОНЕНТОВ, MSISDN которых были предоставлены ИСПОЛНИТЕЛЮ ЗАКАЗЧИКОМ.

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

В связи с изложенным, считают, что ООО «Т МЕДИА» не мог нарушить и не нарушал п. 1 ст. 18 ФЗ «О Рекламе».

В ответ на Определение об отложении рассмотрения дела № 07-08/2017 и назначении даты и времени его рассмотрения за исх. № 3956/08 от 12.04.2017 г. Челябинский филиал ООО «Т2 Мобайл» представил письменные пояснения, согласно которым пунктом 3.2.12 Договора предусмотрена обязанность ООО «Т Медиа» осуществлять рассылку смс-сообщений исключительно в отношении абонентов, номера телефонов которых представлены ООО «Т Медиа», при этом обязанность получения компанией ООО «Т2 Мобайл» согласия абонентов на осуществление рассылки, исходящей от ООО «Т Медиа», указанным пунктом договора не предусмотрена.

Согласно пункту 8.6 приложения 5 к Договору оператор ООО «Т2 Мобайл» 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.

При этом услуга передачи смс-сообщений отнесена к услугам связи, а следовательно при ее оказании ООО «Т2 Мобайл», как оператор связи: не вправе отказывать в предоставлении услуги и обязан обеспечить абоненту и пользователю возможность пользования услугами телефонной связи 24 часа в сутки.

Оказывая абонентам услуги по передаче смс-сообщений в рамках договора об оказании услуг связи, оператор связи осуществляет только передачу получателю информации, сформированной отправителем, имея целью не распространение рекламы, а оказание услуг связи в соответствии с требованиями действующего законодательства Российской Федерации.

Таким образом, ООО «Т2 Мобайл» предоставляет ООО «Т Медиа» техническое обеспечение, а рекламодателем, рекламопроизводителем, рекламораспространителем смс-сообщения от отправителя под обозначением «2016» на номер абонента +7951****62 является ООО «Т Медиа».

В связи с поступлением запроса Челябинского УФАС России ООО «Т2 Мобайл» 20.12.2016 г. предприняло меры по прекращению данной смс-рассылки и обратилось к ООО «Т МЕДИА» с требованием прекратить направление смс-сообщений от отправителя «2016» в адрес абонента-заявителя +7951****62.

Так как ООО «Т МЕДИА» организовало викторину для Абонентов Оператора, через технологический SMS-центр Оператора, в отношении абонентской базы, предоставленной Оператором, используя тексты рассылки, согласованные Оператором, то по своей сути ООО «Т МЕДИА» является лишь исполнителем воли Оператора и не может быть признано рекламораспространителем в понимании ФЗ «о рекламе», а взаимоотношения с Абонентами в части согласия на получение рекламной информации ложатся на ООО «Т2 Мобайл».

На основании описанного выше, считают, что ООО «Т МЕДИА» не могло нарушить и не нарушал п. 1 ст. 18 ФЗ «О Рекламе».

Также сообщают, что с 05.01.2017 г. услуги по договору № 399 CONTENT от 15.09.2016 года не оказываются, а договорные отношения между ООО «Т МЕДИА» и ООО «Т2 Мобайл» в соглашении от 05.01.2017 г. прекращены.

В ответ на Определение об отложении рассмотрения дела № 07-08/2017 и назначении даты и времени его рассмотрения за исх. № 6358/08 от 02.06.2017 г. Челябинский филиал ООО «Т2 Мобайл» направило скрин-шот карточки абонента +7951****62 с данными абонента из биллинговой базы InVoice.

В тексте смс-сообщения содержится ссылка на Интернет-ресурс smsluck.ru

По сведениям, размещенным на официальном сайте АНО «Координационный центр национального домена сети Интернет» www.cctld.ru, регистратором доменного имени smsluck.ru является ООО «Регистратор доменных имен REG.RU».

В ответ на запрос от «14» декабря 2016 г. исх. 15756/08 ООО «Регистратор доменных имен REG.RU» представило письменные пояснения, согласно которым администратором доменного имени smsluck.ru в соответствии с регистрационными данными является Общество с ограниченной ответственностью «СитиСервис», ИНН: 7842483577, адрес: 194021, Санкт-Петербург, ул. Новороссийская 28 к. 2, пом 6Н, <...>, телефон: +7921*****38, e-mail: d.ukrainskiy@citiseservices.ru.

В ответ на запрос Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области о предоставлении информации № 22/08 от 09.01.2017 года ООО «СитиСервис» представило письменные пояснения, согласно которым подтверждают информацию, предоставленную ООО «Регистратором доменных имен REG.RU» касательно того, что ООО «СитиСервис» является администратором доменного имени www.smsluck.ru.

ООО «СитиСервис» указало, что передало доменное имя www.smsluck.ru во временное пользование своему партнеру ООО «АрБуст» начиная с «01» сентября 2016 года и по сей день. ООО «СитиСервис» не имеет отношения к отправке сообщений на указанный в запросе телефонный номер.

Рассмотрение заявления и материалов приводит к следующим выводам.

Заявителю на его телефонный номер <...> декабря 2016 года поступило СМС-сообщение с рекламой от отправителя под обозначением «2016» через SMS-центр +7-904-***-**-04 без его предварительного согласия.

Согласно статье 3 Федерального закона «О рекламе» под рекламой понимается 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, поступившая 11 декабря 2016 года заявителю на его телефонный номер <...> в силу статьи 3 Федерального закона «О рекламе» является рекламой, поскольку направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей к конкретной услуге.

Согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Абонент, согласно статье 2 Федерального закона «О связи», это пользователь услуг связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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, не докажет, что такое согласие было получено.

Материалами дела установлено, что рекламораспространителем СМС-сообщения с рекламой: «Сюрприз для 7951****62 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 отправителя под обозначением «2016» через SMS-центр +7-904-***-**-04 является ООО «Т Медиа», что подтверждается договором № 399 CONTENT от 15.09.2016 г., заключенным между ООО «Т2 Мобайл» и ООО «Т Медиа».

ООО «Т2 Мобайл» в материалы дела представлен скрин-шот карточки абонента +7-951-***-**-62 с данными абонента из биллинговой базы InVoice, в котором установлено наличие согласия абонента +7-951-***-**-62 на рассылку ему смс-сообщений рекламного характера. Из анализа указанного скрин-шота следует, что в графе «Параметр» указано: «Отказ от рекл. SMS=1», в графе «Значение» отсутствует информация, следовательно, при отказе от получения рекламы в графе «Значение» должно быть указано: «1». По мнению ООО «Т2 Мобайл», абонент выразил свое согласие на получение смс-сообщений рекламного характера при заключении договора на оказание услуг связи.

Согласие абонента на получение смс-сообщений рекламного характера от ООО «Т Медиа» при рассмотрении дела не представлено. Из представленного ООО «Т2 Мобайл» скрин-шота карточки абонента +7-951-***-**-62 с данными абонента из биллинговой базы InVoice не усматривается, что абонент с номером +7-951-***-**-62 при заключении договора самостоятельно заполнял какой-либо раздел, регулирующий порядок направления (отказа от направления) смс-сообщений рекламного характера.

Кроме того, указание в скрин-шоте карточки абонента +7-951-***-**-62 с данными абонента из биллинговой базы InVoice идентификационного знака «1» в разделе «Значение» также не свидетельствует о самостоятельном отказе абонента от получения смс-сообщений с рекламой, поскольку порядок указания данных идентификационных знаков, их значений и лиц, заполняющих соответствующие разделы электронной карточки абонента, из которого бы однозначно следовало, что абонент выражает согласие на получение рекламы по сетям электросвязи, Обществом не представлено.

Документов, свидетельствующих, что какие-либо идентификационные знаки, свидетельствующие об отказе от получения смс-сообщений с рекламой, в разделе «Значение» заполнялись самим абонентом не представлено.

Довод ООО «Т Медиа» о том, что предварительное согласие абонента должно быть получено ООО «Т2 Мобайл» Комиссией не принят во внимание, ввиду следующего.

Из анализа договора № 399 CONTENT от 15.09.2016 г. следует, что пунктом 3.2.12 Договора предусмотрена обязанность ООО «Т Медиа» осуществлять рассылку смс-сообщений исключительно в отношении абонентов, номера телефонов которых представлены ООО «Т Медиа», при этом обязанность получения компанией ООО «Т2 Мобайл» согласия абонентов на осуществление рассылки, исходящей от ООО «Т Медиа», указанным пунктом договора не предусмотрена.

Также в соответствии с пунктом 6.2 Договора предусмотрена ответственность ООО «Т Медиа» за соответствие контента и порядка его распространения требованиям действующего законодательства, в том числе Федерального закона «О рекламе».

Таким образом, обязанность по получению предварительного согласия абонента на рассылку смс-сообщений с рекламой возложена на ООО «Т Медиа».

Пунктом 4 статьи 3 Закона «О рекламе» предусмотрено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламораспространитель.

Часть 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» устанавливает, что рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламораспространителем является ООО «Т Медиа», которое является отправителем под обозначением «2016» через смс-центр ООО «Т2 Мобайл» на основании договора № 399 CONTENT от 15.09.2016 года.

Согласно пункту 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе при добровольном устранении лицом совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

ООО «Т2 Мобайл» 20.12.2016 года предприняло меры по прекращению данной смс-рассылки и обратилось к ООО «Т Медиа» с требованием прекратить направление смс-сообщений от отправителя «2016» в адрес абонента +7-951-***-**-62, в связи с чем необходимость в выдаче предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе отсутствует.

Руководствуясь частью 2 пункта 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 ненадлежащей рекламу: Сюрприз для 7951****62 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 smluck.ru и по тел. 2016 (беспл.)», распространенную 11 декабря 2016 года ООО «Т Медиа» от отправителя под обозначением «2016» через SMS-центр +7-904-***-**-04 без предварительного согласия абонента +7-951-***-**-62 на получение рекламы, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО «Т Медиа» и его должностного лица.

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