

ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 06-100/14

о назначении административного наказания

«28» ноября 2014 г.

г. Новосибирск

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области – начальник отдела рекламы Лопаткина Т.В., рассмотрев протокол № 06-100/14 от 21 октября 2014 г. об административном правонарушении и материалы административного дела, возбужденного в отношении Общества с ограниченной ответственностью «Финансовая группа «Си Джи Эф» (юридический адрес: 129085, г. Москва, бульвар Звездный, д.21, стр. 3, пом. 1 ком.5, ИНН 7717705832, ОГРН 117746641979 от 18.08.2011 г.), по части 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, (ненадлежащая реклама),

в отсутствие представителя ООО «Финансовая группа «Си Джи Эф» (представитель не явился, уведомлен надлежащим образом),

УСТАНОВИЛ:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление гражданина «...» (вх. № 3553э от 28.11.2013 г.) по факту распространения на номер заявителя «...» sms-сообщения рекламного характера посредством использования подвижной радиотелефонной связи без согласия абонента на получение такой рекламы, что указывает на признаки нарушения ст. 18 ФЗ «О рекламе».

По данному факту Новосибирским УФАС России проведена проверка. В результате чего установлено следующее.

01.11.2013г. в 8.10 ч. на телефонный номер заявителя с номера, обозначенного буквенными идентификатором «FG CGF» поступило sms-сообщение следующего содержания:

«Вам предварительно одобрен займ до 130 000 р. Тел. «...»».

В соответствии с п.1 ст.3 ФЗ «О рекламе», реклама - 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.

Объектом рекламирования может быть 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.

Товар, согласно п.3 ст.3 ФЗ «О рекламе», - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Как следует из ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» для целей данного Федерального закона используются следующие основные понятия:

- абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации;
- электросвязь - любые излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Соответственно, термин «реклама», примененный в пункте 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», предполагает значение, отличающееся от общего определения, данного в статье 3 этого же Закона, а именно в нем отсутствует такой признак рекламы, как ее адресованность неопределенному кругу лиц. Информация, передаваемая посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, всегда предполагает индивидуализированного (посредством абонентского номера или уникального кода идентификации) абонента, который ее получает.

Федеральной антимонопольной службой в письме от 05.04.2007 N АЦ/4624 разъяснено, что под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Кроме того, в письме Федеральной антимонопольной службы от 19.05.2006 N АК/7654 указано, что требования в п. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» распространяются в равной мере и на рекламу, распространяемую по сетям связи Интернет.

Поскольку рассматриваемое SMS-сообщение направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке, и не содержит указания на конкретного субъекта получения, в соответствии с ФЗ «О рекламе» оно является рекламой (данный вывод также подтверждается судебной практикой: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 29.08.2008 по делу N А79-334/2008; Постановление ФАС Уральского округа от 15.02.2011 N Ф09-113/11-С1 по делу N А50-11777/2010; Постановление ФАС Уральского округа от 10.03.2010 N Ф09-1350/10-С1 по делу N А60-33163/2009-С9; Постановление ФАС Уральского округа от 03.03.2010 N Ф09-1152/10-С1 по делу N А60-31189/2009-С9; Постановление ФАС Центрального округа от 24.01.2011 по делу N А64-3484/2010).

Согласно 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.

Как указывает заявитель, согласие на получение им рассматриваемой рекламы не давалось.

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

Рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (п.7 ст.3 ФЗ «О рекламе»). Как следует из пояснений ОАО «ВымпелКом» (вх. № 547 от 24.01.2014 г.), отправителем рассматриваемого sms-сообщения является ООО «СМС сервисы» (абонент) на основании Договора об оказании услуг связи «Билайн» №«...», а также Дополнительного соглашения № «...», согласно которому оператор связи принимает на себя обязанность по приему, обработке, передаче коротких текстовых сообщений от абонента к пользователям.

Согласно условиям соглашения ООО «СМС сервисы» получило доступ к Итерфейсу (платформе sms-центра, являющейся техническим средством связи), посредством которого получило возможность отправки sms-сообщений через Интернет, посредством Web-интерфейса по телематическим каналам. При этом в качестве отправителя sms у абонента-получателя может отражаться sms-центр Билайн, имеющий номер «...». Данный номер является технологическим шлюзом, выполняющим функции приема/отправки входящих/исходящих сообщений между абонентами ОАО «ВымпелКом» и абонентам других операторов связи.

В соответствии с документами, предоставленными ООО «СМС сервисы» (вх. № 795 от 26.02.2014 г., №2035 от 6.03.2014 г.), ООО «СМС сервисы» (прежнее наименование ООО «Айфри») 01 октября 2009 года заключило договор № «...» с ООО «БИФРИ», согласно которому ООО «СМС сервисы» приняло на себя обязательство по организации передачи sms-сообщений, формируемых ООО «БИФРИ» или его клиентами, абонентам операторов сотовой связи.

Согласно п.п. 3.1.2 и 3.2.7 вышеуказанного договора, ООО «БИФРИ» приняло на себя обязательство не отправлять спам и получать в порядке и в форме, предусмотренной законодательством РФ, согласие от абонентов, которым направляются sms-сообщения, на получение ими таких сообщений. ООО «СМС сервисы» не проверяет наличие или отсутствие согласия абонентов, которым ООО «БИФРИ» или его контрагенты отправляют sms-сообщения посредством технического соединения с оборудованием ООО «СМС сервисы», полагаясь на добросовестность ООО «БИФРИ» или его контрагентов. Более того, ООО «СМС сервисы» не имеет технической возможности проверки факта получения согласия каждого абонента, которому отправляется сообщение ООО «БИФРИ» или его контрагентами.

По информации, предоставленной ООО «БИФРИ», последнее заключило договор №«...» от 01 октября 2013 года с ЗАО «ВендоСофт», на основании которого ООО «БИФРИ» приняло на себя обязательство по оказанию ЗАО «ВендоСофт» услуг по обработке и передаче sms-сообщений, формируемых ЗАО «ВендоСофт» до SMS-Центра операторов с целью их последующей передачи абонентам.

После заключения и во исполнение вышеуказанного Договора ЗАО «ВендоСофт» был выделен аккаунт на сайте www.smsdirect.ru, администратором которого является ООО «БИФРИ», в результате чего ЗАО «ВендоСофт» получило возможность

посредством Сайта ООО «БИФРИ» производить со своего оборудования sms-рассылку путем ручного набора sms-сообщений и номеров абонентов, в том числе, направлять sms-сообщения с любым текстом конкретным абонентам на конкретные телефонные номера при условии соблюдения условий Договора и действующего законодательства РФ. При этом в соответствии с дополнительным соглашением № 2 к Договору ЗАО «ВендоСофт» был выделен логин «SmsDclivcry» для доступа к Сайту и отправки sms-сообщений.

Представленной ООО «СМС сервисы» справкой из Системы статистического учета приема-передачи сообщений (ССУПС) ООО «БИФРИ» подтверждается факт отправки ЗАО «ВендоСофт» 01.11.2013 в 08 часов 10 минут 37 секунд sms-сообщения с текстом «Вам предварительно одобрен займ до 130 000р.Тел «...» www.rucnr.ru» абоненту с номером «...» посредством соединения с оборудованием ООО «БИФРИ».

В этой связи ООО «СМС сервисы» полагает, что рекламодателем вышеуказанного sms-сообщения по смыслу ч. 1 ст. 18 и ст. 3 ФЗ «О рекламе» является именно ЗАО «ВендоСофт», поскольку текст sms-сообщения был сформирован, а само sms-сообщение было отправлено с оборудования ЗАО «ВендоСофт», имеющего техническое соединение с программным комплексом ООО «БИФРИ», что подразумевает техническую возможность отправки sms-сообщений абонентам без участия третьих лиц.

Согласно п.2.3. Договора, ЗАО «ВендоСофт» приняло на себя обязательство по получению согласия от абонентов на направление им sms-сообщений, при этом ответственность за содержание sms-сообщений перед третьими лицами и факт их передачи по заданию ЗАО «ВендоСофт» в рамках оказания услуг, лежит исключительно на ЗАО «ВендоСофт» (согласно п. 5.3. Договора).

Таким образом, как указывает ООО «СМС сервисы», согласие от абонента должно получать ЗАО «ВендоСофт», иницирующее распространение (отправку) sms-сообщения конкретному абоненту, а не ООО «БИФРИ» или ООО «СМС сервисы», которые не знали и не могли знать о содержании и характере отправляемого sms-сообщения, а также не выбирали его получателя. Иными словами, распространителем рекламы является лицо, иницирующее отправку sms-сообщения абоненту, а не организация, предоставившая для этого техническую возможность.

Согласно информации, полученной от ЗАО «ВендоСофт», номер абонента «...» попал в базу получателей рекламы ЗАО «ВендоСофт» вследствие ошибки, и в связи с получением претензии указанный номер абонента был удален из базы данных ЗАО «ВендоСофт».

В соответствии с ответом, представленным ЗАО «ВендоСофт» (вх. № 5247), рассматриваемая рассылка sms-сообщения была произведена клиентом Общества - ООО «РекОн» по Договору № «...» от 10.10.2013 г.

Компания ЗАО "ВендоСофт" не осуществляет СМС рассылки самостоятельно, а предоставляет сервис по СМС информированию другим компаниям и физическим лицам.

Согласно Договору № «...» от 10.10.2013 г., ответственность за производимые СМС

рассылки несёт клиент ЗАО "ВендоСофт", т.е. ООО «Реклама Онлайн».

В свою очередь, в соответствии с ответом ООО «Реклама Онлайн» (вх. № 3125э от 23.06.2014 г., № 6980 от 01.07.2014 г.), Общество не осуществляет самостоятельную смс- рассылку, а является дилером ЗАО «Вендософт» по предоставлению доступа клиентам к программному обеспечению СМС Клиент, с помощью которого клиенты самостоятельно рассылают смс-сообщения.

Между ООО «Реклама Онлайн» и ООО «Финансовая группа «Си Джи Эф» заключен договор № СМС-1 от 22.01.2013 г., где в п. 1.1. указывается, что исполнитель (ООО «Реклама Онлайн») оказывает заказчику (ООО «Финансовая группа «Си Джи Эф») услуги по обеспечению доступа к программному приложению обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке смс-сообщений.

Таким образом, Общество предоставляет клиенту программное обеспечение, формирует для него логин и пароль, используя которое он входит в программу (которая может быть установлена на множество компьютеров), самостоятельно составляет текст сообщения, загружает свою базу телефонных номеров и производит рассылку смс- сообщений.

Пунктом 3.2.2. указанного Договора предусмотрена обязанность заказчика получить от адресата, на телефон которого планируется отправка смс-сообщения, согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая может быть предъявлена оператору в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности адресата на получение смс-сообщений.

Данное положение содержится так же в п. 7 Правилах предоставления услуг, являющимся Приложением № 1 к договору, согласно которому заказчик обязуется использовать услуги в соответствии с нормами законодательства о рекламе и только для передачи адресатам, давшим согласие на ее получение, которое в случае необходимости может быть предъявлено оператору в качестве безоговорочного доказательства добровольности адресата на ее получение.

Также данным договором предусмотрена возможность блокирования заказчика, с целью не допущения рассылки смс-сообщений, в случае нарушения условия договора, что и было сделано Обществом 16.01.2014 г., в связи с жалобами клиентов, доведенных до сведения Общества ЗАО «Вендософт».

В соответствии с пояснениями ООО «Финансовая группа «Си Джи Эф» (вх. № 9168 от 25.08.2014 г.), 19.11.2013 года ООО «Финансовая группа «Си Джи Эф» исключило из базы данных абонентский номер <...> «...»-****, после того, как выяснилось, что данный номер телефона попал в базу рассылки ошибочно.

Общество указывает, что на данный номер не будет отправлено ни одного смс-сообщения, за исключением, случая, если абонент данного телефонного номера выразит свое согласие на получение смс-сообщения рекламного характера от ООО «Финансовая группа «Си Джи Эф».

Также Общество сообщило, что 11.07.2013 года приказом генерального директора ООО «Финансовая группа «Си Джи Эф» - лицом, ответственным за распространение рекламы назначен Генеральный директор ООО «Финансовая группа «Си Джи Эф» Левин Д.Я.

Таким образом, рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ООО «Финансовая группа «Си Джи Эф».

Реклама, не соответствующая требованиям законодательства о рекламе, признаётся ненадлежащей (п. 4 ст. 3 ФЗ «О рекламе»). Ненадлежащая реклама не допускается.

Решением Комиссии от 08.10.2014 г. Общество с ограниченной ответственностью «Финансовая группа «Си Джи Эф» (юридический адрес: 129085, г. Москва, бульвар Звездный, д.21, стр. 3, пом. 1 ком.5, ИНН 7717705832, ОГРН от 117746641979 от 18.08.2011 г.) признано нарушившим требования ч.1 ст. 18 Закона о рекламе.

Дата административного правонарушения – ноябрь 2014 г.

Место совершения административного правонарушения – г. Новосибирск

Согласно части 2 статьи 2.1 Кодекса РФ об административных правонарушениях, юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

В силу ч. 3 ст. 2.1. Кодекса РФ об административных правонарушениях, назначение административного наказания юридическому лицу не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к административной или уголовной ответственности физического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо.

Согласно ч.1 ст. 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 4 настоящей статьи, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Учитывая характер правонарушения, наличие смягчающих обстоятельств (нарушение совершено впервые), финансовое и имущественное положение юридического лица, при отсутствии отягчающих обстоятельств, установленных ст. 4.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, руководствуясь статьями 14.3, 23.48 Кодекса РФ об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать Общество с ограниченной ответственностью Общества с ограниченной ответственностью «Финансовая группа «Си Джи Эф» (юридический адрес: 129085, г. Москва, бульвар Звездный, д.21, стр. 3, пом. 1 ком.5, ИНН 7717705832, ОГРН 117746641979 от 18.08.2011 г.) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях.

2. Применить к ООО «Финансовая группа «Си Джи Эф» меру ответственности в виде административного штрафа в размере 100 000 (сто тысяч) рублей.

Согласно части 1 статьи 32.2 Кодекса РФ об административных правонарушениях административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях на р/с 40101810900000010001 в ГРКЦ ГУ ЦБ РФ по НСО в г. Новосибирске, БИК 045004001, получатель: УФК по Новосибирской области (Новосибирское УФАС России), ИНН 5405116098 / КПП 540501001, код БК 161 1 16 26000 01 6000 140, ОКТМО 50701000 назначение платежа: административный штраф за нарушение законодательства о рекламе.

Постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в соответствии со статьями 30.1-30.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно требованиям статьи 29.11 КоАП РФ, данное Постановление по делу об административном правонарушении объявлено немедленно по окончании рассмотрения дела.

Заместитель руководителя управления-

начальник отдела рекламы

Т.В. Лопаткина

В соответствии со статьей 31.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, постановление о назначении административного наказания не подлежит исполнению в случае, если это постановление не было приведено в исполнение в течение двух лет со дня его вступления в законную силу.

В случае рассрочки исполнения постановления о назначении административного наказания течение срока давности продлевается на срок рассрочки.