

ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 06-112/15

о назначении административного наказания

«29» сентября 2015 г.
Новосибирск

г.

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области – начальник отдела рекламы Т.В. Лопаткина, рассмотрев протокол № 06-112/15 от 28.08.2015 г. об административном правонарушении и материалы административного дела, возбужденного в отношении директора ООО «Харвест» (ИНН 0411135903) «...» действующего на основании Устава,

в присутствии: представителя «...». - «...» (доверенность от 28.07.2015г.)

УСТАНОВИЛ:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление физического лица <... > (вх. № 57э от 13.01.2015 г.) по факту нарушения ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»), согласно которому на номер заявителя «...» пришло следующее sms-сообщение:

от: 878502,

sms-центр: «...»

дата и время: 31.12.2014г., 18:09,

текст: «Теплые SMS поздравления в Новый Год для близких и друзей. Наберите *502*5# и закажите поздравление. Клик - 2,72 руб.»,

без получения предварительного согласия.

Новосибирским УФАС России установлено следующее.

Указанная информация является рекламой в силу п. 1 ст. 3 Закона «О рекламе». Согласно данной норме 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.

Согласно ч.1 ст.18 Закона «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 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.

В соответствии с реестром Российской системы и плана нумерации, номер sms-центра «...», через который было отправлено рассматриваемое сообщение, принадлежит ПАО «МТС».

Согласно сведениям, представленным ПАО «МТС» (вх. № 992 от 04.02.2015г.) номер «...» является номером SMS-Центра ПАО «МТС». SMS-центр - это программно-аппаратный комплекс, предназначенный для приема, регистрации и пересылки коротких сообщений. SMS-центр, как и любое другое сетевое устройство, имеет собственный уникальный идентификатор - номер <...> Основной функцией SMS-центра является маршрутизация сообщений и управление процессом доставки SMS-сообщений. При этом SMS-центр не может быть отправителем сообщений, либо самостоятельно инициировать отправления сообщений.

Рассматриваемое SMS-сообщение поступило на сервисную платформу ПАО «МТС» с последующей доставкой через SMS-Центр ПАО «МТС» на абонентский номер «...» от ООО «Харвест» в рамках заключенного с ним Договора № D0809299-08 от 07 июня 2008 года (далее - Договор).

В соответствии с условиями Договора ОАО «МТС» (далее - Заказчик) предоставляет абонентам доступ к аппаратно-программному комплексу ООО «Харвест» (далее - Исполнитель), а последний в свою очередь оказывает абонентам Услуги, предусмотренные договором. Процедура оказания Услуги заключается в следующем:

- 1) Абонент посылает запрос на Услугу на Сервисный номер <...> выделенный для этих целей Заказчиком Исполнителю;
- 2) В соответствии с запросом оборудование Заказчика обращается к программно-аппаратному комплексу Исполнителя, которое на его основе формулирует SMS или MMS-сообщение.

Согласно данным, зафиксированным оборудованием ПАО «МТС», отправка данного SMS-сообщения была осуществлена Исполнителем при отсутствии соответствующего запроса с абонентского номера «...», что является нарушением условий Договора, а именно п. 1.1.13, закрепляющего обязанность Исполнителя не использовать SMS-сообщения или MMS-сообщения в целях, не соответствующих предмету Договора (допускается передача SMS или MMS-сообщений только в качестве ответа на поступивший Запрос абонента).

В подтверждение осуществления отправки указанного SMS-сообщения ООО «Харвест», ПАО «МТС» представило скриншот, сформированный из системы коммутационного оборудования.

Кроме этого, дополнительным подтверждением факта направления указанного

SMS- сообщения на абонентский номер «...» непосредственно ООО «Харвест» является указание в тексте самого рекламного сообщения Сервисного номера (*502#), который выделен Исполнителю в рамках Дополнительного соглашения № 1 к Договору. Данный факт свидетельствует о наличии в тексте сообщения информации, направленной на привлечение внимания к услуге, предполагающей получение контента с соответствующего Сервисного номера.

По вопросу предоставления информации о техническом запросе ПАО «МТС» в адрес ООО «Харвест» ПАО «МТС» сообщает, что согласно условий договора и технической реализации его условий, процесс формирования ответного SMS-сообщения осуществляется автоматически при фиксации оборудованием соответствующего запроса и не требует каких-либо дополнительных запросов со стороны ПАО «МТС».

Также ПАО «МТС» представило в материалы дела копию претензии, предъявленной в адрес ООО «Харвест» о нарушении п. 3.1.13. Договора № D0809299-08 от 07.06.2008г.

Согласно отзыву ООО «Харвест» (вх. № 5306 от 08.06.2015г.), общество не получало от ПАО «МТС» претензию по факту нарушения п. 3.1.13 вышеуказанного договора. Соответственно, ООО «Харвест» не было известно о таком факте до момента ознакомления с материалами дела.

По мнению ООО «Харвест», указанный текст смс-сообщения не является рекламой, т.к. согласно ст. 3 Закона «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», а «объект рекламирования - 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».

Исходя из текста указанного сообщения, по мнению общества, можно сделать вывод о том, что данное сообщение направлено только одному абоненту, соответственно, невозможно утверждать, что информация в виде данного текста смс направлена неопределенному кругу лиц. Также исходя из текста сообщения, невозможно утверждать, что у отправителя такого смс-сообщения имелась цель привлечения внимания к какому-либо объекту рекламирования, т.к. текст данного смс-сообщения не позволяет выделить объект рекламирования.

Данное утверждение Новосибирское УФАС России считает необоснованным, по следующим основаниям.

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.

Поскольку рассматриваемое SMS-сообщение направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам по предоставлению развлекательного контента: sms-поздравления), 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.

ООО «Харвест» не представило какое-либо подтверждение того факта, что Абонент давал предварительное согласие на распространение рекламы.

Таким образом, данные обстоятельства позволяют сделать вывод о распространении рассматриваемой рекламы с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Закона «О рекламе».

27.07.2015г. на рассмотрение дела Комиссией Новосибирского УФАС России ООО «Харвест» представлен отзыв, согласно которому общество произвело дополнительную внутреннюю служебную проверку, в связи с которой обществом сделаны следующие выводы.

Между ООО «Харвест» и ОАО «МТС» регулярно происходит документооборот, предусмотренный заключенным договором, в связи с чем имеются в наличии документы за период - декабрь 2014 г. в том числе: Договор № D0809299-08 от 07.06.2008 г., Акт сдачи-приемки оказанных услуг и зачета встречных обязательств № 14/12 от 31.12.2014 г., счет за соответствующий период времени.

В результате проведенной внутренней служебной проверки, обществом выяснено следующее обстоятельство: ООО «Харвест» произвело отправку указанного смс-сообщения в адрес указанного абонента.

Таким образом, рекламодателем, допустившим распространение рассматриваемой рекламы, с нарушением требований ч. 1. Ст. 18 Закона «О рекламе», является ООО «Харвест».

В соответствии с п. 4 ст. 3 Закона «О рекламе», ненадлежащая реклама - это реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно ч. 4 ст. 38 Федерального закона «О рекламе» нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решением по делу № 38/15 Комиссии Новосибирского УФАС России Общество с ограниченной ответственностью «Харвест» было признано нарушившим ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «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 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.

Согласно материалам дела, директором ООО «Харвест» является «...» действующий на основании Устава

Дата административного правонарушения – 31.12.2014 года.

Место совершения административного правонарушения – г. Новосибирск.

Согласно ч. 1 ст. 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, нарушение законодательства о рекламе, рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем 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

граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей.

25.09.2015г. в адрес Новосибирского УФАС России поступило ходатайство директора ООО «Харвест» «...» о применении положений ст. 2.9 КоАП РФ (вх. № 8881), в котором общество сообщает следующее.

В соответствии со статьей 2.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

В п. 18 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 N 10 "О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях" указано, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

Кроме того, в соответствии с абз.3 п.21 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2005 N5 "О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях" малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений.

В данном конкретном случае рассылка рекламного сообщения носила единичный характер, иных жалоб по данному поводу не поступало, содержание рекламы носит обычный информационный характер. Учитывая отсутствие негативных последствий и причиненного вреда абоненту, наложение административного наказания в виде штрафа будет являться наказанием, несоразмерным факту правонарушения.

Совершенное деяние само по себе не содержит каких-либо опасных угроз для личности, общества или государства, правонарушение заявителем совершено впервые, что свидетельствует о малозначительности административного правонарушения.

Составлением протокола об административном правонарушении, рассмотрением административного материала достигнута предупредительная цель административного производства, установленная ст. 3.1 КоАП РФ; взыскание штрафа будет носить характер, не соответствующий тяжести правонарушения и степени вины лица, привлекаемого к ответственности.

На основании вышеизложенного, представитель директора ООО «Харвест» «...»

ходатайствует об освобождении «...» от административной ответственности, применив положения статьи 2.9 КоАП РФ.

Из материалов дела следует, что у директора ООО «Харвест» «...» имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

При этом, каких-либо исключительных обстоятельств, указывающих на малозначительность правонарушения, в материалах дела не имеется.

Срок привлечения «...» к административной ответственности, установленный статьей 4.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях не истек.

Рассмотрев материалы дела, учитывая характер правонарушения, финансовое положение лица, смягчающие обстоятельства – нарушение совершено впервые, устранено, а так же отсутствие отягчающих обстоятельств, установленных ст. 4.3 КоАП РФ, руководствуясь статьями 14.3, 23.48 Кодекса РФ об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать директора ООО «Харвест» (ИНН 0411135903) «...» (09.11.1979 г.р., «...») виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях.
2. Применить к «...» меру ответственности в виде административного штрафа в размере 4 000 (четыре тысячи) 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 Сибирском ГУ банка России, БИК 045004001, ОКТМО 50701000, получатель: УФК РФ по Новосибирской области (Новосибирское УФАС России), ИНН 5405116098 / КПП 540501001, код БК 161 1 16 26000 01 6000 140, 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.

В соответствии со статьей 31.1 Кодекса РФ об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении вступает в законную силу после истечения срока, установленного для обжалования постановления по делу об административном правонарушении, если указанное постановление не было обжаловано или опротестовано.

Неуплата административного штрафа в срок, предусмотренный настоящим

Кодексом, в соответствии со ст. 20.25 Кодекса РФ об административных правонарушениях влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа, но не менее одной тысячи рублей, либо административный арест на срок до пятнадцати суток, либо обязательные работы на срок до пятидесяти часов.

В соответствии со ст. 29.11 Кодекса РФ об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении оглашено немедленно по окончании рассмотрения дела.

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.