

ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 06-114/15

о назначении административного наказания

«13» октября 2015 г.

г. Новосибирск

И.о. заместителя руководителя – начальника отдела рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области И.В. Волохина, рассмотрев протокол № 06-114/15 от 27.08.2015 г. об административном правонарушении и материалы административного дела, возбужденного в отношении общества с ограниченной ответственностью «Армада» (далее – ООО «Армада»; ИНН/КПП 5906093606/590601001; адрес: 614000, г. Пермь, Комсомольский проспект, 84; 614017, г. Пермь, ул. Тургенева, д. 12, офис 62),

в отсутствие: представителя ООО «Армада» (общество уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛ:

В адрес Новосибирского УФАС России поступили заявления физических лиц по факту рассылки на номера заявителей sms-сообщений с ненадлежащей рекламой, с признаками нарушения Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Из заявлений следует, что заявителям пришли sms-сообщения следующего содержания:

1) на номер заявителя <...> (вх. № 5975э от 16.12.2014 г.): «...»,

от: «...»,

sms-центр: «...»,

дата и время: 13.12.2014 20:07,

текст: «.%\_ДОСТАВКА\*ЭЛИТНОГО\*АЛКОГОЛЯ\*НОЧЬЮ\*за\*30минут «...» ЗВОНИТЕ \$%&».

2) на номер заявителя <...> (вх. № 5870э от 10.12.2014 г.): «...»,

от: «...»,

sms-центр: «...»,

дата и время: 09.12.2014 г. 11:29,

текст: «#\*Kредит быстро! Без заморочек, и кучи документов! т: «...»».

3) на номер заявителя <...> (вх. № 5793э от 08.12.2014 г.): +«...»,

от: «...»,

sms-центр: +79023700510,

дата и время: 04.12.2014г., 14:33,

текст: «20000 руб. предоставим без рассмотрения и промедления! Тел. «...»».

4) на номер заявителя<...> (вх. № 6011э от 18.12.2014 г.): «...»;

от: +«...»,

sms-центр: +«...»,

дата и время: 16.12.2014г., 10:42,

текст: « ;( / По паспорту одобрим 30000р. без вопросов! т. «...» КИ не важна».

5) на номер заявителя <...> (вх. № 4510э от 18.09.2014 г.): «...»;

от: «...»,

sms-центр: «...»,

дата и время: 15.09.2014г., 14:05,

текст: «Хорошая новость! У нас произошел ряд изменений: расширение ассортимента, добавились акции и скидки! Ваш [www.pleer.ru](http://www.pleer.ru) «...»».

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.

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. Следовательно, указанная выше информация является рекламной.

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 № 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 № 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.

В соответствии с 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 заявителями, ими такого согласия какому-либо лицу не давалось. Следовательно, данное обстоятельство указывает на нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Согласно ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований ч.1 ст.18 несет рекламораспространитель.

Согласно ст.3 Закона о рекламе, рекламораспространитель - 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 отправителя смс-сообщений № 1 – 4 (+«...») закреплен за АО «Пенза ДЖИЭСЭМ» г. Пенза. Согласно сведениям, представленным АО «Пенза ДЖИЭСЭМ», между АО «Пенза ДЖИЭСЭМ» и ООО «Армада» (614000, г. Пермь, Комсомольский проспект,84; 614017, г. Пермь, ул. Тургенева,д. 12, офис 62)

заключен договор № 0110/2/18-05-213 от 01.10.2014г.

В рамках п. 2.1. указанного выше договора, Исполнитель (АО «Пенза ДЖИЭСЭМ»), обязуется предоставлять Услуги по конвертированию телематических протоколов, используемых Заказчиком (ООО «Армада») для отправки SMS-сообщений, в протоколы сетей подвижной связи. СМСЦ Заказчика (ООО «Армада») представляет собой программно-аппаратный комплекс, производящий посредством действий его пользователя (администратора) действия по формированию текстов СМС-сообщений и адресных листов с указанием телефонных номеров их доставки.

Указанный программно-аппаратный комплекс в рамках договорных отношений по оказанию услуг связи подключен к сети электросвязи АО «Пенза ДЖИЭСЭМ» и имеет в этой сети статус Абонента (оконечного устройства пользователя). Линия подключения комплекса Заказчика защищена от какого-либо вмешательства любых лиц, включая всех третьих лиц, а также оператора связи, посредством уникального идентификатора - логина и пароля. Протоколы взаимодействия СМСЦ Заказчика с сетью оператора при отправке СМС-сообщений и совершения телефонных соединений полностью аналогичны действиям любого другого абонента использующего мобильный телефон, а именно СМС-сообщение, созданное подключенным СМСЦ Заказчика (мобильным телефоном пользователя) направляется на адрес (номер телефона) указанный Заказчиком. Поскольку все СМС-сообщения любых абонентов проходят через сеть оператора связи, именно по этому при исходящих сообщениях на другие сети указывается номер телефона отправителя из ресурса нумерации оператора связи.

В соответствии с п. 2.5. указанного договора формирование текста SMS - сообщения и набор абонентского номера для доставки производится Заказчиком с соблюдением требований действующего законодательства РФ.

В силу п. 3.2.3. Договора заказчик обязан получить предварительное письменное согласие от Абонента, на абонентский номер которого будет производиться отправка СМС-сообщений.

Согласно данным сертифицированной системы мониторинга сигнальных линков сети "Tekelec" - Заказчиком (ООО "Армада") 13.12.2014г., было отправлено СМС - сообщения, через СМС-центр АО «Пенза ДЖИЭСЭМ» «...»

В адрес Новосибирского УФАС России ООО «Армада» представлены сведения, согласно которым отправку рассматриваемых сообщений осуществило Общество с ограниченной ответственностью «Юплэй».

В соответствии с представленной партнерами ООО «Армада» информацией техническая возможность формирования и направления рассматриваемого SMS-сообщения предоставлена ООО «Юплэй».

Возможность направления ООО «Юплэй» SMS-сообщения является результатом ряда последовательных сделок, а именно договора между ОАО «Ростелеком» и ООО «Армада», ООО «Армада» и ООО «Юплэй» (договор об оказании услуг № 128/2012 от «01» мая 2012 г.).

Указанный ряд последовательных сделок позволяет ООО «Юплэй» с

использованием его окончательного оборудования и сопряжения технических ресурсов участников сделок осуществлять формирование содержания, определять адресатов и отправку SMS-сообщений определенным им адресатам с использованием сетей подвижной радиотелефонной связи, в том числе ОАО «Ростелеком». При этом ООО «Армада», иные участники сделок, не имея возможности оказывать какое-либо влияние на содержание такого сообщения и перечень его адресатов, обеспечивают техническую возможность потребления ООО «Юплэй» услуги связи - передачи SMS-сообщения по сети подвижной радиотелефонной связи. Контроль содержания SMS-сообщения и отсеивание сообщений, содержание которых не соответствует требованиям действующего законодательства, в частности законодательства о рекламе, не возможен технически и будет прямо нарушать тайну связи, охраняемую Конституцией РФ и Федеральным законом «О связи».

Сведения, подтверждающие исполнение договора № 128/2012 от 01.05.2012г. ООО «Армада» не представлены. Подтверждения, что рассматриваемые sms-сообщения отправлялись в рамках указанного договора не представлено, а именно: акты сдачи-приемки, платежные документы за период, в котором состоялась отправка рассматриваемых сообщений; документальные подтверждения отправки указанных смс-сообщений ООО «Юплэй» (показания оборудования связи).

Смс-сообщение № 5, согласно данным официального сайта Федерального агентства связи, отправлено с номера смс-центра («...») принадлежащего ЗАО «РТ-Мобайл».

ЗАО «РТ-Мобайл» были представлены пояснения, согласно которым телефонный номер «...» является номером центра коротких сообщений (SMS-центром). Номер закреплен за SMS-центром в качестве так называемого «Глобального Заголовка» (Global Title) в соответствии с техническим паспортом сети (IR 21).

Данный номер используется для обмена служебными сообщениями в GSM-сети, а также для возможности отправки абонентами SMS-сообщений через SMS-центр. Глобальный заголовок SMS-центра присутствует во всех SMS-сообщениях, прошедших обработку данным SMS-центром. Его наличие в детализации вызовов абонента подтверждает лишь факт того, что данное конкретное сообщение данного конкретного абонента было обработано одним из SMS-центров. При этом сам SMS-центр не является генератором (отправителем) каких-либо SMS-сообщений.

Таким образом, непосредственно с номера SMS-центра «...» SMS-сообщения не отправляются, номер используется исключительно:

а) для получения абонентами (только сети конкретного Оператора) возможности отправить SMS-сообщение, в этом случае номер SMS-центра (Global Title) прописывается на SIM-карте абонента (есть возможность изменить через телефон, однако при таком изменении SMS-сообщения с телефона уходить не будут);

б) для обмена служебными сообщениями с коммутационным оборудованием сети подвижной сотовой связи. В каждом SMS-сообщении содержится служебная информация, невидимая для абонента, но идентифицируемая оборудованием,

которое обслуживает сеть (коммутаторы, SMS- центр, биллинг).

Перечисленная служебная информация имеет множество параметров, в том числе и номер SMS-центра, через который прошло данное сообщение. При этом через SMS-центр отправлять сообщения могут и абоненты, и контент-провайдеры, подключенные к SMS-центру по специальному протоколу.

Абоненты других сетей всегда работают через свой собственный SMS-центр (даже если они находятся в роуминге). Оператор связи отправителем данного SMS-сообщения не является.

Отправителем SMS-сообщения рекламного характера, поступившего 15.09.2014 года в 14:05 на абонентский номер «...» является ООО «Армада» (адрес: 614600, г. Пермь, Комсомольский пр., 84).

Лицом, имеющим возможность формировать содержание рекламного сообщения, определять его адресатов, а также предпринимать все необходимые меры, направленные на соблюдение законодательства о рекламе, в том числе наличие согласия абонента на получение рекламы, также является ООО «Армада».

С учетом изложенного, рекламораспространителем рассматриваемых sms-сообщения является ООО «Армада».

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

Решениями Новосибирского УФАС России по делам № 271/14, 1/15, 22/15, 48/15, 51/15 Общество с ограниченной ответственностью «Армада» 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В силу ч.4 ст.38 Федерального закона «О рекламе», нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Согласно ч. 1 ст. 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, нарушение рекламоделателем, 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.

Место совершения административного правонарушения – г. Новосибирск.

В протоколе №06-114/15 от 27.08.2015г. об административном правонарушении в качестве даты административного правонарушения указаны – 15.09.2014г., 04.12.2014г., 09.12.2014г. 13.12.2014г., 16.12.2014г.

Согласно ч.1 ст.4.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

В связи с этим, срок привлечения к административной ответственности за нарушение ООО Армада законодательства РФ о рекламе, установленному при рассмотрении дела №271/14 на момент вынесения данного постановления истек.

Следовательно, ООО «Армада» подлежит привлечению к административной ответственности за распространение ненадлежащей рекламы 04.12.2014г., 09.12.2014г. 13.12.2014г., 16.12.2014г.

Согласно ч. 2 ст. 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.

Из материалов данного дела следует, что у ООО Армада имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых Кодексом РФ об административных правонарушениях предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Рассмотрев материалы дела, учитывая характер правонарушения, финансовое положение лица, 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 общество с ограниченной ответственностью «Армада» (ИНН/КПП 5906093606/590601001; адрес: 614000, г. Пермь, Комсомольский проспект,84; 614017, г. Пермь, ул. Тургенева, д. 12, офис 62) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях.
2. Применить к ООО «Армада» меру ответственности в виде административного штрафа в размере 100 000 (ста 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 Сибирском ГУ Банка России г. Новосибирск, 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.