ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о наложении штрафа по делу № 04-5/2-21-2016

об административном правонарушении

«19» января 2017 года г. Тверь

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Тверское УФАС России) Посохова Л.В., рассмотрев протокол об административном правонарушении от 16.01.2017, составленный в отношении юридического лица Публичного акционерного общества «ВымпелКоммуникации» (127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д. 10, стр. 14, ОГРН – 1027700166636, ИНН – 7713076301, КПП – 771301001, дата регистрации - 28.08.2002, далее – ПАО «ВымпелКом»), в связи с наличием события административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), и материалы дела № 04-6/2-21-2016 о нарушении законодательства о рекламе,

в отсутствие законного представителя ПАО «ВымпелКом», надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении,

УСТАНОВИЛ:

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) целями настоящего Закона являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В соответствии со статьей 3 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; объект рекламирования - товар, средство его индивидуализации, 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 - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием

любых средств.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой, и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Согласно письму Федеральной антимонопольной службы России от 05.04.2007 № АЦ/4624 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.

13.09.2016 Тверское УФАС России по заявлению XXX рассмотрело дело № 04-6/2-2-2016 о нарушении законодательства о рекламе и признало рекламу следующего содержания: «Авиабилеты в Узбекистан и Таджикистан. Хизмат-Авиа! Тел: +74951202022», распространенную 20.01.2016 на выделенный XXX телефонный номер <...> посредством смс - сообщения без его предварительного согласия, ненадлежащей; действия ПАО «ВымпелКом» - нарушающими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Смс-сообщение, поступившее 20.01.2016 на выделенный XXX телефонный номер <...> , полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае являются услуги по продаже авиабилетов.

Согласно части 1 статьи 5 Закона о рекламе, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона о рекламе недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте.

В соответствии с частью 1 статьи 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.

Таким образом, именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы.

XXX не давал согласие на получение смс-сообщений, содержащих рекламу услуг по продаже авиабилетов, в связи с чем распространение вышеуказанной рекламы на выделенный ему телефонный номер <...> свидетельствует о нарушении требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель.

Как указано выше, статьей 3 Закона о рекламе определено, что рекламораспространитель это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы.

Телефонный номер <...> , выделенный XXX, относится к ресурсу нумерации оператора связи ПАО «МегаФон», согласно информации которого (письмо от 08.02.2016 № 52-532562022) к отправке смс – сообщения, поступившего 20.01.2016 в 17:00 на телефонный номер <...> , может быть причастен абонент ПАО «МегаФон» - АО «МегаЛабс», которому было выделено буквенное обозначение «HIZMAT» в рамках оказания услуги «Мобильное информирование» на основании Спецификации, утвержденной Дополнительным соглашением 42-4 к Генеральному соглашению. Согласно Спецификации Оператор (ПАО «МегаФон») оказывает Партнеру (АО «МегаЛабс») услуги по рассылке смс-сообщений и USSD-сообщений Партнера (АО «МегаЛабс»), содержащих рекламные и/или информационные материалы, сформированные Партнером, от Партнера до оборудования связи Оператора.

Согласно информации АО «МегаЛабс» (письмо от 31.03.2016 № 5824) к отправке смс-сообщения на телефонный номер <...> , выделенный XXX, причастно ООО «ОСК», которому на основании договора от 10.10.2014 № МР-МИ-ОСК-10.10.2014 (далее – договор № МР-МИ-ОСК-10.10.2014) предоставлен доступ к интерфейсу Исполнителя (АО «МегаЛабс») для распространения рекламных и информационных материалов ООО «ОСК» среди абонентов Оператора, которые предоставили ООО «ОСК» согласие на получение рекламных и информационных материалов (пункт 3.1). В рамках оказания услуги для работы с интерфейсом ООО «ОСК» были присвоены индивидуальные учетные данные, позволяющие идентифицировать именно ООО «ОСК», как лицо, которое осуществляет рассылки рекламных и информационных материалов, сформированных с помощью интерфейса АО «МегаЛабс» (пункт 3.2). При этом все действия пользователя интерфейса с использованием учетных данных признаются действиями ООО «ОСК» (пункты 3.4 и 3.5).

АО «МегаЛабс» в подтверждение реализации договора от 10.10.2014 представило акт выполненных работ от 31.01.2016 № 1800000138 за оказанные в январе 2016 года

услуги, подписанный обеими сторонами (в том числе ООО «ОСК»). Также АО «МегаЛабс» представило копию письма ООО «ОСК» от 30.03.2016 № 121, направленного в адрес АО «МегаЛабс», в котором ООО «ОСК» сообщает, что инициатором рассылки смс-сообщения на телефонный номер <...> является не ООО «ОСК», а ПАО «ВымпелКом».

Как следует из письма ООО «ОСК» от 06.07.2016 № 279, вышеуказанное смс-сообщение было отправлено не ООО «ОСК», а ПАО «ВымпелКом», которому был в соответствии с договором оказания услуг от 01.11.2013 № ОСК-ВК-0113 (далее – договор № ОСК-ВК-0113) предоставлен канал для самостоятельной рассылки смс-сообщений и возможность самостоятельно управлять смс-рассылкой.

Как следует из договора № ОСК-ВК-0113, ООО «ОСК» предоставило ПАО «ВымпелКом» возможность формировать и отправлять сообщения адресатам, определенным ПАО «ВымпелКом», посредством подключения последнего к электронной системе «SMSFinance» (пункт 1.1). Как следует из пункта 1.2 договора № ОСК-ВК-0113, услуги предоставляются в соответствии с Приложением № 2 к настоящему договору.

В Приложении № 2 к договору № ОСК-ВК-0113, поименованному как «Правила предоставления услуг», предусмотрено, что ООО «ОСК» осуществляет регистрацию ПАО «ВымпелКом» в Системе «SMSFinance», правообладателем которой является ООО «ОСК», в срок не позднее 3 (трех) рабочих дней с даты подписания договора. При регистрации ПАО «ВымпелКом» получает индивидуальные логин и пароль, позволяющие получить доступ к защищенной области сайта https://online.mfms.ru. При этом на ПАО «ВымпелКом» возложена обязанность обеспечивать конфиденциальность присвоенного ему пароля. Как следует из вышеуказанных Правил предоставления услуг, стороны (ООО «ОСК» и ПАО «ВымпелКом») пришли к соглашению, что передача сообщений происходит в Системе через сеть Интернет и ПАО «ВымпелКом» гарантирует неиспользование услуги для распространения ненужной получателю, незапрошенной последним информации, информации вида СПАМ, т.е. сообщения, направленные лицу без его предварительного согласия (пункт 9).

ООО «ОСК» в подтверждение факта отправки именно ПАО «ВымпелКом» вышеуказанного смс-сообщения письмом от 22.08.2016 № 351 представило скриншот страницы из электронной системы «SMSFinance», заверенный генеральным директором ООО «ОСК» Пахуровым К.И., согласно которому данными системы ООО «ОСК» в автоматическом режиме зафиксирован факт отправки 20.01.2016 на телефонный номер заявителя +79265351604 вышеуказанного смс – сообщения. При этом системой зафиксированы следующие сведения об отправителе смс-сообщения: «2016/01/20 17:00:20 beeline HIZMAT 79265351604 Авиабилеты в У», включая буквенное обозначение отправителя «HIZMAT».

ПАО «ВымпелКом», не отрицая факта использования возможностей электронной системы «SMSFinance» для отправки смс-сообщения на телефонный номер <...> , выделенный XXX, указало, что действия совершены не ПАО «ВымпелКом», а ООО «Прогресс». В качестве доказательств представлен договор об оказании услуг связи «Билайн» от 15.09.2014 № 534467059 (далее – договор № 534467059), согласно которому ООО «Прогресс» является абонентом ПАО «ВымпелКом». Однако в представленном договоре отсутствуют какие-либо сведения о предоставлении ООО «Прогресс» доступа к системе «SMSFinance», либо какой-либо иной системе,

предусматривающей возможность совершать действия по массовой смс-рассылке, а также о предоставлении ООО «Прогресс» канала для самостоятельной рассылки смс-сообщений и возможности самостоятельно управлять смс-рассылкой.

Вместе с тем, представленные правообладателем системы «SMSFinance» ООО «ОСК» сведения подтверждают активные действия лица, которому предоставлен канал для самостоятельной рассылки смс-сообщений и возможность самостоятельно управлять смс-рассылкой: регистрация в системе «SMSFinance» путем ввода личного логина и пароля, позволяющие получить доступ к защищенной области сайта https://online.mfms.ru; после доступа к системе – предоставляется возможность производить рассылку рекламных смс-сообщений клиентам через Интернет, управлять списками номеров адресатов (производить загрузку/выгрузку списков номеров из файлов), вести учет полученных и отправленных сообщений, использовать произвольную буквенную подпись при отправке сообщений при использовании этой системы. Таким лицом, которому предоставлен канал для самостоятельной рассылки смс-сообщений и возможность самостоятельно управлять смс-рассылкой, и которое оплатило вышеуказанную услугу, является ПАО «ВымпелКом», т.е. ПАО «ВымпелКом» отвечает понятию рекламораспространитель.

В данном случае ПАО «ВымпелКом» действует не как оператор связи, а как заказчик и получатель услуги по обеспечению возможности формирования и отправки сообщений с использованием электронной системы «SMSFinance». При этом именно ПАО «ВымпелКом» является лицом, которое получило доступ к системе, поскольку именно ПАО «ВымпелКом» зарегистрировано ООО «ОСК» как пользователь и получатель услуги, именно ПАО «ВымпелКом» был выделен логин и пароль, дающий возможность получить доступ к защищенной области сайта https://online.mfms.ru. Доказательства того, что ООО «ОСК» такой же логин и пароль выделило ООО «Прогресс» и зарегистрировало последнее как пользователя услуги, отсутствуют. Более того, ООО «ОСК» представило информацию, подтверждающую, что отправка смс-сообщения 20.01.2016 на выделенный XXX телефонный номер <...> осуществлена ПАО «ВымпелКом».

Согласно части 1 статьи 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.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения такого предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Учитывая отсутствие согласия XXX на распространение на выделенный ему телефонный номер <...> рекламного смс – сообщения следующего содержания: «Авиабилеты в Узбекистан и Таджикистан. Хизмат-Авиа! Тел: +74951202022»,

действия ПАО «ВымпелКом» совершены с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель.

Нарушение рекламораспространителем законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой административную ответственность в соответствии со статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП РФ.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 статьи 14.3, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

В действиях ПАО «ВымпелКом» имеется событие административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Дата совершения административного правонарушения – 20.01.2016.

Место совершения административного правонарушения: г. Москва.

В соответствии с частями 1 и 2 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое КоАП РФ или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

В соответствии с частью 2 статьи 2.1 КоАП РФ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

При рассмотрении дела учитываются положения пункта 16.1 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, согласно которому при рассмотрении дел об административных правонарушениях следует учитывать, что понятие вины юридических лиц раскрывается в части 2 статьи 2.1 КоАП РФ, при этом в отличие от физических лиц в отношении юридических лиц КоАП РФ формы вины не выделяет. Следовательно, и в тех случаях, когда в соответствующих статьях Особенной части КоАП РФ возможность привлечения к административной ответственности за административное правонарушение ставится в зависимость от формы вины, в отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, но им не были приняты все зависящие от него

меры по их соблюдению (часть 2 статьи 2.1 КоАП РФ).

В соответствии со статьей 24.1 АП РФ задачами производства по делу об административных правонарушениях является всестороннее, полное и объективное выяснение обстоятельств дела, разрешению его в соответствии с законом.

Согласно части 1 статьи 3.1 КоАП РФ административное наказание является установленной государством мерой ответственности за совершение административного правонарушения и применяется в целях предупреждения совершения новых правонарушений как самим правонарушителем, так и другими лицами.

Административное правонарушение совершено ПАО «ВымпелКом» виновно, так как общество обязано было обеспечить соблюдение требований, предусмотренных Законом о рекламе, имело такую возможность, но не обеспечило соблюдение вышеуказанных требований, в результате чего нарушены права потребителя на надлежащую рекламу. Требования статьи 5 Закона о рекламе абсолютны и легко исполнимы, их исполнение не сопряжено с какими-либо сложностями технического или иного характера.

Виновность ПАО «ВымпелКом» в совершении административного правонарушения подтверждается протоколом от 15.08.2016 и материалами дела № 04-5/2-21-2016 об административном правонарушении, материалами дела № 04-6/2-2-2016 о нарушении законодательства о рекламе.

В соответствии со статьей 4.5 КоАП РФ срок давности привлечения к административной ответственности за нарушения законодательства о рекламе составляет 1 год, т.е. на момент вынесения настоящего постановления срок давности не истек.

При решении вопроса о возможности применения положений статьи 2.9 КоАП РФ учитывается следующее. В соответствии со статьей 2.9 КоАП РФ малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, с учетом характера, степени общественной опасности, наличия или угрозы причинения вреда личности, обществу или государству. Квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится с учетом положений пункта 21 постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 24.03.2005 № 5 и пункта 18 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 применительно к обстоятельствам конкретного совершенного лицом деяния. Каких-либо чрезвычайных и не зависящих от ПАО «ВымпелКом» обстоятельств, которые препятствовали последнему исполнить требования Закона о рекламе, не установлено.

Основания для применения статьи 4.1.1 КоАП РФ не установлены, поскольку ПАО «ВымпелКом» не значится в Реестре субъектов малого и среднего предпринимательства.

Руководствуясь ст. 33 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», статьей 4.5, частью 1 статьи 14.3, статьями 4.1, 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской

Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать юридическое лицо Публичное акционерное общество «ВымпелКоммуникации» (127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д. 10, стр. 14, ОГРН – 1027700166636, ИНН – 7713076301, КПП – 771301001, дата регистрации - 28.08.2002) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Наложить на Публичное акционерное общество «ВымпелКоммуникации» административный штраф в размере 100 000 (сто тысяч) рублей.

Реквизиты для перечисления штрафа: XXX

Согласно части 1 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, ***не позднее 60 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 Российской Федерации об административных правонарушениях.*

При отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, ***по истечении 60 дней*** *Управлением Федеральной антимонопольной службы по Тверской области будут направлены соответствующие материалы судебному приставу-исполнителю для взыскания сумм штрафа в порядке, предусмотренном федеральным законодательством (пункт 5 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях). Кроме того, Управление вправе принять решение о привлечении лица, не уплатившего административный штраф, к административной ответственности в соответствии со статьей 20.25 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.*

Постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в соответствии со статьями 30.1 - 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в суд в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

Заместитель руководителя управления Л.В. Посохова

Копия постановления подлежит направлению по месту регистрации ПАО «ВымпелКом».