

ЗАО «ТД «Перекресток»

Суворовская пл., д. 1,
г. Москва, 103473

ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 38
о назначении административного наказания по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-223/77-14

«13» мая 2014 года

г. Москва

Я, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве (...), рассмотрев протокол № А-35 от 28.04.2014 и материалы дела № 4-14.3-223/77-14 об административном правонарушении, возбужденного в отношении ЗАО «ТД «Перекресток», в связи с нарушением ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», выразившимся в распространении 21.05.2013 в 11:10 рекламы «Купи 2 банки кофе LE CAFÉ МОККА в мае, получи наклейку TOGAS» на телефонный номер (...) с короткого номера «X5 Club», без предварительного согласия абонента на ее получение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ),

в присутствии представителя ЗАО «ТД «Перекресток» Макарова В.В. (доверенность от 12.12.2013),

УСТАНОВИЛ:

ЗАО «ТД «Перекресток» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, зарегистрировано и включено в Единый государственный реестр юридических лиц Инспекцией Федеральной налоговой службы № 7 по г. Москве 21.12.2004 за основным государственным регистрационным номером 1027700034493, ИНН 7728029110, КПП 770701001.

ЗАО «ТД «Перекресток» 21.05.2013 в 11 часов 10 минут без

предварительного согласия абонента распространило на его телефонный номер 8-927-927-34-82 с короткого номера «X5 Club» рекламу следующего содержания: «Купи 2 банки кофе LE CAFÉ МОККА в мае, получи наклейку TOGAS».

Решением Комиссии Московского УФАС России по рассмотрению дела № 3-18-159/77-13 о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе от 04.04.2014 в рекламе «Купи 2 банки кофе LE CAFÉ МОККА в мае, получи наклейку TOGAS», распространенной 21.05.2013 в 11 часов 10 минут с короткого номера «X5 Club» на телефонный номер (...), установлен факт нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), выразившийся в распространении рекламы посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Согласно материалам дела № 3-18-159/77-13 на номер телефона (...) 21.05.2013 в 11.10 поступила реклама следующего содержания: «Купи 2 банки кофе LE CAFÉ МОККА в мае, получи наклейку TOGAS», с указанием отправителя - «X5 Club».

Поступление указанной рекламы на номер телефона (...) подтверждается фотографией экрана телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела № 3-18-159/77-13.

Согласно пункту 1 статьи 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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», 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 излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

Между тем, такая персонализация, а равно более широкое толкование понятия рекламы прямо следует в рассматриваемом случае из диспозиции части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В тексте такой рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст такой рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

Согласно пункту 2 статьи 3 ФЗ «О рекламе» объект рекламирования — товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том

числе спортивные соревнования, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Согласно пункту 3 статьи 3 ФЗ «О рекламе» под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания потребителя к товарам, реализуемым ЗАО «ТД «Перекресток», может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

ЗАО «ТД «Перекресток» не представлено доказательств направления смс-сообщения следующего содержания: «Купи 2 банки кофе LE CAFÉ МОККА в мае, получи наклейку TOGAS» исключительно в адрес одного физического лица.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона (...), направлена на привлечение внимания к товарам, реализуемым ЗАО «ТД «Перекресток» и является рекламой.

Как усматривается из материалов дела № 3-18-159/77-13, гражданином получено смс-сообщение с указанием в поле отправителя - «X5 Club». Установлено, что короткий номер «X5 Club» выделен ЗАО «ТД «Перекресток».

В соответствии с частью 1 статьи 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения 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 рекламодателя.

Не могут быть приняты во внимание доводы ЗАО «ТД «Перекресток» о наличии согласия абонента на получение рекламы, так как представленное Обществом в материалы дела № 3-18-159/77-14 согласие дано абонентом телефонного номера (...), в то время как распространение рассматриваемой рекламы осуществлялось на телефонный номер (...).

Таким образом, доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ЗАО «ТД «Перекресток» не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Согласно обращению физического лица, своего согласия на получение рекламы

посредством телефонной связи он не давал.

Законом о рекламе обязанность доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи возложена на рекламораспространителя.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ЗАО «ТД «Перекресток» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы ЗАО «ТД «Перекресток» не представлено.

Таким образом, установлено нарушение ЗАО «ТД «Перекресток» ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Местом совершения административного правонарушения является г. Москва. Полномочия антимонопольного органа в данном случае обусловлены местом проведения административного расследования.

Время совершения административного правонарушения — 21.05.2013 11 часов 10 минут (время поступления рекламы «Купи 2 банки кофе LE CAFÉ МОККА в мае, получи наклейку TOGAS», распространенной с короткого номера «X5 Club» на телефонный номер (...)).

Исходя из материалов дела № 3-18-159/77-13, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: договора об оказании услуг связи «Билайн» № 429988636 от 01.01.2012, заключенного между ОАО «Вымпелком» и ООО «СМС сервисы»; договора на оказание услуг № 0110/09-05 от 01.10.2009, заключенного между ООО «Айфри» (ООО «СМС сервисы») и ООО «Бифри»; договора № 2010/09 от 20.10.2009, заключенного между ООО «Бифри» и ЗАО «ТД «Перекресток».

В соответствии с предметом договора № 2010/09 от 20.10.2009, заключенного между ООО «Бифри» и ЗАО «ТД «Перекресток», ООО «Бифри» обязуется оказывать ЗАО «ТД «Перекресток» услуги по обработке и передаче сообщений ЗАО «ТД «Перекресток» от смс-центра ООО «Бифри» до смс-центра оператора, с целью последующей передачи абонентам.

При этом под абонентом в соответствии с рассматриваемым договором понимается лицо, пользующееся услугами операторов на основании договора об оказании соответствующих услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Согласно пункту 2.2 договора № 2010/09 от 20.10.2009, заключенного между ООО «Бифри» и ЗАО «ТД «Перекресток», предоставляемая ЗАО «ТД «Перекресток» в рамках настоящего Договора информация (в том числе Сообщения ЗАО «ТД «Перекресток») по своему содержанию должна соответствовать требованиям действующего законодательства РФ, в том числе, ФЗ РФ «О рекламе».

Пунктом 2.4 договора № 2010/09 от 20.10.2009, заключенного между ООО «Бифри» и ЗАО «ТД «Перекресток», предусмотрена обязанность ЗАО «ТД «Перекресток» получения согласия абонентов, которым направляются сообщения, на направление таких сообщений в письменной форме.

В соответствии с п. 5.4 договора № 2010/09 от 20.10.2009, заключенного между ООО «Бифри» и ЗАО «ТД «Перекресток», ЗАО «ТД «Перекресток»

несет ответственность перед третьими лицами (в частности, абонентами) за содержание любых представленных Обществом сведений, в том числе, за содержание смс-сообщений, передача которых осуществляется в рамках настоящего договора.

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рекламы: «Купи 2 банки кофе LE CAFÉ МОККА в мае, получи наклейку TOGAS», изучив принятые ЗАО «ТД «Перекресток» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемого договора, должностное лицо Московского УФАС России приходит к выводу, что фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей осуществлялось ЗАО «ТД «Перекресток» путем направления оспариваемого сообщения ООО «Бифри» с целью дальнейшего его доведения до сведения абонента.

Согласно пункту 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламодатель — лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Установлено, что ЗАО «ТД «Перекресток» является лицом, осуществившим распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер 8-927-927-34-82 путем использования программно-аппаратного комплекса (...) в силу имеющихся между ними гражданско — правовых отношений. Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретные фактические действия, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю.

Таким образом, установлено ЗАО «ТД «Перекресток» является рекламодателем рекламы следующего содержания: «Купи 2 банки кофе LE CAFÉ МОККА в мае, получи наклейку TOGAS» на телефонный номер (...).

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель.

В соответствии с ч. 1 ст. 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 ч. 2 ст. 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.

Вина ЗАО «ТД «Перекресток» состоит в распространении 21.05.2013 в 11.10 рекламы «Купи 2 банки кофе LE CAFÉ МОККА в мае, получи наклейку TOGAS» на телефонный номер (...) с короткого номера «X5 Club», с нарушением требований ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе». Московским УФАС России не установлено объективных обстоятельств, делающих невозможным соблюдение указанных

требований.

Таким образом, ответственность за нарушение требований ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» в соответствии с ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ несет ЗАО «ТД «Перекресток».

В соответствии с ч. 3 ст. 4.1 КоАП РФ при назначении административного наказания юридическому лицу учитываются характер совершенного им административного правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

Должностным лицом Московского УФАС России не установлено обстоятельств, отягчающих административную ответственность, а также обстоятельств, смягчающих административную ответственность ЗАО «ТД «Перекресток».

В соответствии с ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства Российской Федерации о рекламе влечет наложение административного штрафа на граждан — от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц — от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; юридических лиц — от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Таким образом штраф, подлежащий взысканию, составляет 100 000 рублей.

Руководствуясь ст.-ст. 33, 38 ФЗ «О рекламе», ст.-ст. 4.1, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

За нарушение ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ назначить ЗАО «ТД «Перекресток» административное наказание в виде административного штрафа в размере 100 000 (ста тысяч) рублей.

Согласно ч. 1 ст. 32.2 КоАП РФ 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 ст. 31.5 КоАП РФ.

В соответствии с ч. 5 ст. 32.2 КоАП РФ при отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, и информации об уплате административного штрафа в Государственной информационной системе о государственных и муниципальных платежах, по истечении срока, указанного в ч. 1 настоящей статьи, судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, направляют в течение десяти суток постановление о наложении административного штрафа с отметкой о его неуплате судебному приставу-исполнителю для исполнения в порядке, предусмотренном федеральным законодательством.

В соответствии с ч. 5 ст. 3.5 КоАП РФ сумма административного штрафа

подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Суммы штрафов, уплаченных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, зачисляются в соответствующие бюджеты в соотношении:

- 40% в Федеральный бюджет;
- 60% в бюджет субъекта Российской Федерации, на территории которого зарегистрировано ЗАО «ТД «Перекресток», перечислением через банк, обслуживающий хозяйствующий субъект.

Реквизиты для уплаты административных штрафов, предусмотренных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе:

Получатель: УФК МФ РФ по г. Москве (для Московского УФАС России)
Банк получателя: Отделение 1 Главного управления Центрального банка Российской Федерации по Центральному Федеральному округу г. Москва (краткое: Отделение 1 Москва)
ИНН 7706096339
КПП 770601001
БИК 044583001
р/с 40101810800000010041
КБК 161 1 16 26000 01 6000140
ОКТМО 45384000
Назначение платежа: административный штраф по делу № 4-14.3-223/77-14.

Согласно ч. 1 ст. 20.25 КоАП РФ неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа.

В соответствии с ч. 3 ст. 30.1 и ч. 1 ст. 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражном суде в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

В соответствии с п. 1 ст. 31.1 КоАП РФ 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.

Приложение на 1 листе.

Заместитель руководителя

(...)

Исполнитель: тел: 8 (495) 784-75-05 (доб. 159)