

ОАО «Вымпелком»

ул. Восьмое Марта, д. 10, стр. 14,
г. Москва, 127083

ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 41
о назначении административного наказания по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-227/77-14

«15» мая 2014 года

г. Москва

Я, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве (...), рассмотрев протокол № А-39 от 30.04.2014 и материалы дела № 4-14.3-227/77-14 об административном правонарушении, возбужденного в отношении ОАО «Вымпелком», в связи с нарушением ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — ФЗ «О рекламе»), выразившимся в распространении 31.05.2013 в 11.09 рекламы «Свежее предложение от Перекрестка! Только с 28 мая по 4 июня яйцо куриное С1 — 29 руб. за 10 шт. Бедро куриное, охлажденное — 89 руб. за кг. И еще более ста товаров со скидкой! Мы Вас ждем!» на телефонный номер (...) с короткого номера «Х5 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 ОАО «Вымпелком» Воробьева А.О. (доверенность от 05.08.2013).

УСТАНОВИЛ:

ОАО «ВымпелКом» (127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, 10, стр. 14) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в

Единый государственный реестр юридических лиц УФНС России по г. Москве 28 августа 2002 года, за основным государственным регистрационным номером 1027700166636 ИНН 7713076301, КПП 771301001.

ОАО «ВымпелКом» 31.05.2013 в 11.09 без предварительного согласия абонента распространило на его телефонный номер (...) с короткого номера «X5 Club» рекламу следующего содержания: «Свежее предложение от Перекрестка! Только с 28 мая по 4 июня яйцо куриное С1 — 29 руб. за 10 шт. Бедро куриное, охлажденное — 89 руб. за кг. И еще более ста товаров со скидкой! Мы Вас ждем!».

Решением Комиссии Московского УФАС России по рассмотрению дела № 3-18-119/77-13 о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе от 04.04.2014 в рекламе «Свежее предложение от Перекрестка! Только с 28 мая по 4 июня яйцо куриное С1 — 29 руб. за 10 шт. Бедро куриное, охлажденное — 89 руб. за кг. И еще более ста товаров со скидкой! Мы Вас ждем!», распространенной 31.05.2013 в 11.09 с короткого номера «X5 Club» на телефонный номер (...), установлен факт нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», выразившийся в распространении рекламы посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Согласно материалам дела № 3-18-119/77-13 на номер телефона (...) 31.05.2013 в 11.09 поступила реклама следующего содержания: «Свежее предложение от Перекрестка! Только с 28 мая по 4 июня яйцо куриное С1 — 29 руб. за 10 шт. Бедро куриное, охлажденное — 89 руб. за кг. И еще более ста товаров со скидкой! Мы Вас ждем!», 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 № 3-18-119/77-13.

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 спортивное соревнование, 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.

ОАО «ВымпелКом» не представлено доказательств направления смс-сообщения следующего содержания: «Свежее предложение от Перекрестка! Только с 28 мая по 4 июня яйцо куриное С1 — 29 руб. за 10 шт. Бедро куриное, охлажденное — 89 руб. за кг. И еще более ста товаров со скидкой! Мы Вас ждем!» исключительно в адрес одного физического лица.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона 8-927-927-34-82, направлена на привлечение внимания к товарам, реализуемым ЗАО «ТД «Перекресток» и является рекламой.

Как усматривается из материалов дела № 3-18-119/77-13, гражданином получено смс-сообщение с указанием в поле отправителя - «X5 Club» (в соответствии с детализированной выпиской с номера +79037011111). Согласно данным реестра Российской системы и плана нумерации номер +79037011111 закреплен за ОАО «ВымпелКом».

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель 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.

Доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ОАО «ВымпелКом» 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 рекламодателя.

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

Таким образом, установлено нарушение ОАО «ВымпелКом» 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 — 31.05.2013 в 11 часов 09 минут (время поступления рекламы «Свежее предложение от Перекрестка! Только с 28 мая по 4 июня яйцо куриное С1 — 29 руб. за 10 шт. Бедро куриное, охлажденное — 89 руб. за кг. И еще более ста товаров со скидкой! Мы Вас ждем!», распространенной с короткого номера «X5 Club» на телефонный номер (...)).

Исходя из материалов дела № 3-18-119/77-13, 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 подпунктом 1.1 пункта 1 договора об оказании услуг связи «Билайн» № 429988636 от 01.01.2012, договор регулирует отношения между ОАО «Вымпелком» и ООО «СМС сервисы» при оказании ОАО «Вымпелком» услуг связи.

Согласно общим положениям договора об оказании услуг связи «Билайн» № 429988636 от 01.01.2012 под услугами связи понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи. Под услугами связи с рамках настоящего договора понимаются услуги подвижной радиотелефонной

связи и дополнительные услуги, оказываемые в сети подвижной связи, телематические услуги связи, услуги в сети передачи данных, оказываемые ОАО «Вымпелком» абонентам в соответствии с правилами оказания соответствующего вида услуг и условиями выданных лицензий.

Согласно подпункту 2 пункта 3.2 договора об оказании услуг связи «Билайн» № 429988636 от 01.01.2012, ОАО «Вымпелком» вправе приостановить оказание Услуг ООО «СМС сервисы», в порядке, определенном Правилами в случае нарушения ООО «СМС сервисы» действующего законодательства и условий договора.

В соответствии с пунктом 4.17 Дополнительного Соглашения № 010112 к договору об оказании услуг связи «Билайн» № 429988636 от 01.01.2012 (далее — дополнительное соглашение), ОАО «Вымпелком» оставляет за собой право расторгнуть настоящее Дополнительное соглашение без предварительного предупреждения ООО «СМС сервисы», по факту регистрации ОАО «Вымпелком» в течение одного часа более 10 нарушений пунктов 4.11, 4.12 и 4.13.

Согласно пункту 4.11 дополнительного соглашения, ООО «СМС сервисы» обязуется не использовать выделенное подключение к оборудованию ОАО «Вымпелком» с целью организации «СПАМА».

В соответствии с пунктом 1.12 дополнительного соглашения, «СПАМ» - SMS-сообщения, отправленные ООО «СМС сервисы» и предназначенные по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленные Пользователю без его предварительного согласия или не позволяющие определить отправителя этого SMS-сообщения, в том числе содержащие несуществующий или фальсифицированный адрес отправителя.

Согласно пунктам 4.21, 4.22 дополнительного соглашения, ОАО «Вымпелком» оставляет за собой право приостанавливать действие настоящего дополнительного соглашения в одностороннем внесудебном порядке с последующим направлением уведомления ООО «СМС сервисы» по факту регистрации ОАО «Вымпелком» претензий Пользователей, операторов связи и иных третьих лиц, в том числе на получение и/или отправки Абонентом нежелательных SMS сообщений или сообщений содержащих рекламную информацию; ОАО «Вымпелком» оставляет за собой право ограничивать возможность отправки SMS сообщений определенным ОАО «Вымпелком» Пользователям, а также с определенным ОАО «Вымпелком» значением (содержанием) номера отправителя SMS сообщения, в том числе по факту регистрации ОАО «Вымпелком» претензий Пользователей, операторов связи и иных третьих лиц, с последующим направлением уведомления Абоненту о таком ограничении.

При этом согласно п. 4.18 дополнительного соглашения, ООО «СМС сервисы» обязуется осуществить отправку смс-сообщений пользователю, только при наличии согласия пользователя, подтвержденного документально. В случае возникновения претензии со стороны пользователя, ООО «СМС сервисы» обязуется предоставить ОАО «Вымпелком» документальное подтверждение согласия пользователей на получение смс-сообщений, отправленных ООО «СМС сервисы».

Таким образом, у ОАО «Вымпелком» имелась возможность предварительно

удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию, а также возможность блокировать отправку смс-сообщений подпадающих под понятие «СПАМ» в случае возникновения такой необходимости и соответственно, ОАО «Вымпелком» обладал возможностью осуществления контроля за действиями ООО «СМС сервисы».

Согласно ст. 309 Гражданского кодекса Российской Федерации обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Наличие в рассматриваемом договоре и дополнительном соглашении к нему положений, в силу которых обязанность не распространять смс-сообщения, подпадающие под понятие СПАМ возложена на ООО «СМС сервисы», оценивается должностным лицом Московского УФАС России критически, поскольку достигнутые в рамках гражданско-правовых договоренностей соглашения не освобождают участников таких соглашений от исполнения возложенных на них публично-правовых обязанностей.

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рассматриваемой рекламы, изучив принятые ОАО «Вымпелком» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемого договора и дополнительного соглашения к нему, должностное лицо Московского УФАС России приходит к выводу о том, что ОАО «Вымпелком» осуществлялось фактическое распространение рассматриваемой рекламы путем ее направления абоненту в рамках оказываемых ОАО «Вымпелком» услуг связи.

Правовых доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения, потребителю рекламы, ОАО «Вымпелком» не представлено.

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

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

Установлено, что ОАО «Вымпелком» является лицом, осуществившим распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер (...) путем направления сообщения в силу имеющихся между ОАО «Вымпелком» и ООО «СМС сервисы» гражданско — правовых отношений. Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретные фактические действия, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю.

Таким образом, установлено, что ОАО «Вымпелком» является рекламораспространителем рекламы следующего содержания: «Свежее

предложение от Перекрестка! Только с 28 мая по 4 июня яйцо куриное С1 — 29 руб. за 10 шт. Бедро куриное, охлажденное — 89 руб. за кг. И еще более ста товаров со скидкой! Мы Вас ждем!» на телефонный номер (...).

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 ОАО «Вымпелком» состоит в распространении 31.05.2013 в 11.09 рекламы «Свежее предложение от Перекрестка! Только с 28 мая по 4 июня яйцо куриное С1 — 29 руб. за 10 шт. Бедро куриное, охлажденное — 89 руб. за кг. И еще более ста товаров со скидкой! Мы Вас ждем!» 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 ОАО «Вымпелком».

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 ОАО «Вымпелком».

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 ОАО «Вымпелком» 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 ОАО «Вымпелком», перечислением через банк, обслуживающий хозяйствующий субъект.

Реквизиты для уплаты административных штрафов, предусмотренных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе (квитанция прилагается):

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 № 4-14.3-227/77-14.

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)