

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
о назначении административного наказания по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-415/77-15

«14» августа 2015 года

г. Москва

Я, <...>, рассмотрев протокол от 07.06.2015 и материалы дела об административном правонарушении № 4-14.3-415/77-15, возбужденного в отношении ООО «Билайн Венчурс», в связи с нарушением ООО «Билайн Венчурс» ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившимся в распространении 30.10.2014 в 19:42 на телефонный номер <...> с короткого номера «Niokki» рекламы «Сеть кафе НЬОККИ приглашает ощутить атмосферу безысходности и ужаса в этот Хэллоуин! Весь день Вас будут обслуживать вампиры и угощать свежей кровью! За вход в кафе в костюме дарим ПОДАРОК! Вход со святой водой запрещен, надежду оставляйте у входа. Мертвым скидки! www.niokki.ru», 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 отсутствие представителя ООО «Билайн Венчурс», надлежащим образом уведомленного о месте и времени рассмотрения настоящего дела,

УСТАНОВИЛ:

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Мордовия (далее — Мордовское УФАС России) от 12.03.2015 по делу № 407/86-Р по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в действиях ООО «Билайн Венчурс» при распространении 30.10.2014 в 19 часов 42 минуты без предварительного согласия абонента на его телефонный номер <...> с короткого номера «Niokki» рекламы: «Сеть кафе НЬОККИ приглашает ощутить атмосферу безысходности и ужаса в этот Хэллоуин! Весь день Вас будут обслуживать вампиры и угощать свежей кровью! За вход в кафе в костюме дарим ПОДАРОК! Вход со святой водой запрещен, надежду оставляйте у входа. Мертвым скидки! www.niokki.ru», установлен факт нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, выразившийся в распространении рекламы посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Согласно материалам дела № 407/86-Р на номер телефона <...> 30.10.2014 в 19 часов 42 минуты поступила реклама следующего содержания: «Сеть кафе НЬОККИ приглашает ощутить атмосферу безысходности и ужаса в этот Хэллоуин! Весь день Вас будут обслуживать вампиры и угощать свежей кровью! За вход в кафе в костюме дарим ПОДАРОК! Вход со святой водой запрещен, надежду оставляйте у входа. Мертвым скидки! www.niokki.ru».

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается

фотографией экрана телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также сведениями представленными ОАО «ВымпелКом», ООО «Билайн Венчурс», ООО «ИНСТАМ», ООО Рекламное агентство «Спецпроект» в материалы дела № 407/86-Р.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является 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 - любое 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 Закона о рекламе.

В тексте 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 Закона 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 Закона 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 услугам, предоставляемым сетью кафе «НЬОККИ», и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

ООО «Билайн Венчурс» не представлено доказательств направления смс-сообщения следующего содержания: «Сеть кафе НЬОККИ приглашает ощутить атмосферу безысходности и ужаса в этот Хэллоуин! Весь день Вас будут обслуживать вампиры и угощать свежей кровью! За вход в кафе в костюме дарим ПОДАРОК! Вход со святой водой запрещен, надежду оставляйте у входа. Мертвым скидки! www.niokki.ru» исключительно в адрес одного абонента.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, направлена на привлечение внимания к услугам, предоставляемым сетью

кафе «НЬОККИ» и является рекламой.

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 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.

Согласно пункту 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента на получение рекламы может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Таким образом, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получения рекламы лежит на лице ее распространившем.

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.

Московским УФАС России у ООО «Билайн Венчурс» было запрошено подтверждение согласия абонента на получения рекламных сообщений.

ООО «Билайн Венчурс» документы, подтверждающие наличие согласия абонента <...> на получение рекламы в форме прямого подтвержденного волеизъявления по сетям электросвязи, не представило.

В обоснование наличия согласия <...> на получение рекламных сообщений от ООО «Билайн Венчурс» в рамках дела № 407/86-Р представлена анкета.

Однако, данная анкета, содержащая согласие на получение рекламы посредством смс-сообщений заполнена лицом, не являющимся абонентом телефонного номера <...>, что подтверждается договором об оказании услуг связи «Билайн» № 54014004639 от 29.12.2011.

Кроме того, данная анкета не содержит ни наименования лица, которому дается согласие на распространение рекламы, ни данные, позволяющие идентифицировать лицо, представившее такое согласие.

Таким образом, доказательств получения согласия абонента на получение

рекламы ООО «Билайн Венчурс» не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Из обращения физического лица (<...>), следует, что он не давал согласия на получение вышеприведенного рекламного sms-сообщения, которое доставлено на его абонентский номер <...>, предоставленный в качестве абонентского номера оператором сотовой связи Билайн.

На основании изложенного, в действиях ООО «Билайн Венчурс» при распространении рекламы «Сеть кафе НЬОККИ приглашает ощутить атмосферу безысходности и ужаса в этот Хэллоуин! Весь день Вас будут обслуживать вампиры и угощать свежей кровью! За вход в кафе в костюме дарим ПОДАРОК! Вход со святой водой запрещен, надежду оставляйте у входа. Мертвым скидки! www.niokki.ru», поступившей 30.10.2014 в 19 часов 42 минуты на телефонный номер <...> с короткого номера «Niokki», установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение 30.10.2014 в 19 часов 42 минуты рекламы «Сеть кафе НЬОККИ приглашает ощутить атмосферу безысходности и ужаса в этот Хэллоуин! Весь день Вас будут обслуживать вампиры и угощать свежей кровью! За вход в кафе в костюме дарим ПОДАРОК! Вход со святой водой запрещен, надежду оставляйте у входа. Мертвым скидки! www.niokki.ru», с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе, является ненадлежащим.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодатель является лицом, осуществляющим распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

Исходя из материалов дела № 407/86-Р, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: договора № 08-14 об оказании услуг связи «Билайн» от 01.05.2014, заключенного между ООО «Билайн Венчурс» и ОАО «ВымпелКом»; договора об оказании услуг по распространению рекламно-информационных материалов № 13-14 от 01.09.2014, заключенного между ООО «Билайн Венчурс» и ООО Рекламное агентство «Спецпроект»; договора №1428/443 от 03.06.2014, заключенного между ООО Рекламное агентство «Спецпроект» и ООО «ИНСТАМ».

На основании договора № 08-14 об оказании услуг связи «Билайн» от 01.05.2014, а также дополнительного соглашения № 1 к такому договору, ООО «Билайн Венчурс» предоставлен доступ к аппаратно-программному комплексу СМС-центра ОАО «ВымпелКом».

Из таких договорных отношений следует, что ООО «Билайн Венчурс» самостоятельно определяет содержание коротких текстовых сообщений, формирует их текст и определяет список Пользователей и их телефонных номеров в рамках договорных отношений с Клиентами, обеспечивает соблюдение

требований действующего законодательства Российской Федерации при формировании текста коротких текстовых сообщений и гарантирует, что короткие текстовые сообщения не содержат информации, распространение которой запрещено действующим законодательством Российской Федерации (п. 4.2 дополнительного соглашения № 1 к договору № 08-14 об оказании услуг связи «Билайн» от 01.05.2014). Также согласно п. 4.7 указанного соглашения ООО «Билайн Венчурс» обязуется предоставлять Клиентам ООО «Билайн Венчурс» возможность рассылки коротких текстовых сообщений только на тех Пользователей, которые предоставили ООО «Билайн Венчурс»/Клиенту ООО «Билайн Венчурс» свое согласие на получение информации путем рассылки коротких текстовых сообщений.

Следовательно, ООО «Билайн Венчурс», имеющее доступ к аппаратно-программному комплексу СМС-центра ОАО «ВымпелКом», со своего оборудования осуществило передачу рассматриваемого рекламного sms-сообщения ОАО «ВымпелКом» для его дальнейшей отправки на абонентский номер гр. <...> <...>.

В свою очередь ООО «Билайн Венчурс» заключило договор оказания услуг по распространению рекламно-информационных материалов № 13-14 от 01.09.2014 с ООО Рекламное агентство «Спецпроект».

Предметом данного договора являются услуги по распространению ООО «Билайн Венчурс» рекламно-информационных материалов ООО Рекламное агентство «Спецпроект» с использованием ресурсов сетей операторов связи.

Согласно пункту 2.1 вышеуказанного договора ООО «Билайн Венчурс» предоставляет возможность распространения Материалов ООО Рекламное агентство «Спецпроект» путем отправки ООО «Билайн Венчурс» коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера клиентов и/или партнеров ООО Рекламное агентство «Спецпроект», являющихся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи ОАО «ВымпелКом» и/или других операторов подвижной радиотелефонной связи.

При этом в рамках достигнутых между ООО «Билайн Венчурс» и ООО Рекламное агентство «Спецпроект» соглашений ООО Рекламное агентство «Спецпроект» осуществляет распространение рекламных/информационных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех Пользователей, которые предоставили ООО Рекламное агентство «Спецпроект» и/или его партнерам свое согласие на получение рекламных/информационных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений.

Таким образом, у ООО «Билайн Венчурс» имелась возможность предварительно удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию. Соответственно, ООО «Билайн Венчурс» обладало возможностью осуществления контроля за действиями ООО Рекламное агентство «Спецпроект».

Таким образом, установлено, что ООО «Билайн Венчурс» является рекламораспространителем рекламы «Сеть кафе НЬОККИ приглашает ощутить атмосферу безысходности и ужаса в этот Хэллоуин! Весь день Вас будут обслуживать вампиры и угощать свежей кровью! За вход в кафе в костюме дарим ПОДАРОК! Вход со святой водой запрещен, надежду оставляйте у входа. Мертвым скидки! www.niokki.ru», поступившей 30.10.2014 в 19 часов 42 минуты на телефонный номер <...> с короткого номера «Niokki».

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 ООО «Билайн Венчурс» состоит в распространении рекламы «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Сеть кафе НЬОККИ приглашает ощутить атмосферу безысходности и ужаса в этот Хэллоуин! Весь день Вас будут обслуживать вампиры и угощать свежей кровью! За вход в кафе в костюме дарим ПОДАРОК! Вход со святой водой запрещен, надежду оставляйте у входа. Мертвым скидки! www.niokki.ru», поступившей 30.10.2014 в 19 часов 42 минуты на телефонный номер <...> с короткого номера «Niokki», с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе. Должностным лицом Московского УФАС России не установлено объективных обстоятельств, делающих невозможным соблюдение указанных требований.

Таким образом, ответственность за нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе в соответствии с ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ несет ООО «Билайн Венчурс».

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.

Согласно пункту 7 части 1 статьи 4.2 КоАП РФ, к обстоятельствам, смягчающим административную ответственность относится добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении лицом, совершившим административное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим государственный контроль (надзор).

12.03.2015 Комиссией Мордовского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по результатам рассмотрения дела № 407/86-Р ООО «Билайн Венчурс» было выдано предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно о прекращении распространения рекламы «Сеть кафе НЬОККИ приглашает ощутить атмосферу безысходности и ужаса в этот Хэллоуин! Весь день Вас будут обслуживать вампиры и угощать свежей кровью! За вход в кафе в костюме дарим ПОДАРОК! Вход со святой водой запрещен, надежду оставляйте у входа. Мертвым скидки! www.niokki.ru», с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

ООО «Билайн Венчурс» 03.04.2015, то есть до вынесения настоящего

постановления в адрес Мордовского УФАС России представлены документы подтверждающие исполнение предписания от 12.03.2015.

Таким образом, установлено обстоятельство, смягчающее административную ответственность ООО «Билайн Венчурс».

Должностным лицом Московского УФАС России не установлено обстоятельств, отягчающих административную ответственность ООО «Билайн Венчурс».

В соответствии с ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем 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 Закона 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 ООО «Билайн Венчурс» (юридический адрес: 127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д. 10, стр. 14, ОГРН 1087746543510, ИНН 7713651706, КПП 771301001) 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 ООО «Билайн Венчурс», перечислением через банк, обслуживающий хозяйствующий субъект.

Реквизиты для уплаты административных штрафов, предусмотренных за

нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе:

Получатель: УФК по г Москве (для Московского УФАС России)

Банк получателя: Отделение 1 Москва

ИНН 7706096339

КПП 770101001

БИК 044583001

р/с 40101810800000010041

КБК 161 1 16 26000 01 6000140

ОКТМО 45375000

Назначение платежа: административный штраф по делу № 4-14.3-415/77-15.

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.