

## РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «08» декабря 2015 г.

В полном объеме решение изготовлено «22» декабря 2015 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России) в составе:

председателя Комиссии – И.С. Гудковой,

членов Комиссии – П.В. Олейника, Н.С. Уваровой,

рассмотрев дело № 3-18-216/77-15 в отношении АО «МаксимаТелеком» по факту распространения на телефонный номер \*\*\* посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «Wi-fi активирован! Ваш бонус — 300 р. на первую поездку с Яндекс.Такси. Скачайте приложение и введите код МЕТРО: <http://j.mp/300rub>», поступившей 12.08.2015 в 19:01, отправитель: mosmetro, с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии: представителей АО «МаксимаТелеком» - А.С. Токарева (доверенность № 77 АБ 5325990 от 06.02.2015), А.Ю. Прохорской (доверенность №23092015-3 от 23.09.2015); представителя ООО «ЯНДЕКС» Марченко Д.С. (доверенность №78 от 26.05.2014),

### УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-216/77-15 возбуждено в отношении АО «МаксимаТелеком» на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер \*\*\* посредством СМС-сообщения рекламы «Wi-fi активирован! Ваш бонус — 300 р. на первую поездку с Яндекс.Такси.

Скачайте приложение и введите код МЕТРО: <http://j.mp/300rub>», поступившей 12.08.2015 в 19:01, отправитель: mosmetro.

Комиссия Московского УФАС России, исследовав материалы дела, оценив доказательства в их совокупности и взаимной связи, установила следующее.

АО «МаксимаТелеком» (адрес 125009, г. Москва, Старопименовский переулок, д.10) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1047796902450, ИНН 7703534295.

АО «Максима Телеком» оказывает пользователям услуги доступа к сети «Интернет» по технологии Wi-fi в Московском метрополитене, которые предоставляются АО «Максима Телеком» на безвозмездной основе на «Условиях пользования Услугой» (далее - Условия).

В соответствии с п. 10.1 Условий, пользователь, фактом подключения к беспроводной сети передачи данных, безоговорочно выражает предварительное согласие на получение рекламы путем использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи или рекламы, распространяемой иным образом по усмотрению АО «МаксимаТелеком».

Между АО «МаксимаТелеком» и ООО «ЯНДЕКС» заключен Договор на оказание услуг по размещению рекламы в сети «Интернет» № 10066225/MT15-077 от 01.04.2015, в соответствии с которым АО «МаксимаТелеком» обязуется оказать ООО «ЯНДЕКС» рекламные услуги.

Согласно Дополнительному соглашению № 1 от 01.07.2015 к Договору (далее – Дополнительное соглашение), АО «МаксимаТелеком» оказывает ООО «ЯНДЕКС» услуги по передаче СМС-сообщений рекламно-информационного характера с текстом, предоставленным ООО «ЯНДЕКС», физическому лицу, получающему данную информацию. Во исполнение указанной услуги АО «МаксимаТелеком» направляло СМС-сообщения пользователям после подключения к беспроводной сети передачи данных (доступ к сети «Интернет» в Московском метрополитене) с текстом, предоставленным ООО «ЯНДЕКС».

Во исполнение данной услуги на номер телефона \*\*\* 12.08.2015 в 19:01 поступила реклама следующего содержания: «Wi-fi активирован! Ваш бонус — 300 р. на первую поездку с Яндекс.Такси. Скачайте приложение и введите код МЕТРО: <http://j.mp/300rub>».

Поступление указанной рекламы на номер телефона \*\*\* подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащий текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела.

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», абонентом является 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.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного СМС-сообщения.

В тексте рекламы приложения «Яндекс.Такси» отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама 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, объектом рекламирования является 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 реализуемому ООО «ЯНДЕКС» мобильному приложению и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Таким образом, информация, распространенная посредством

отправки на номер телефона \*\*\* СМС-сообщения, направлена на привлечение внимания потребителя к реализуемому ООО «ЯНДЕКС» товару (мобильному приложению «Яндекс.Такси») и признана Комиссией Московского УФАС России рекламой.

Факт распространения спорного СМС-сообщения, а также его рекламный характер АО «МаксимаТелеком» и ООО «ЯНДЕКС» не оспаривается.

Между тем, 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.

При этом 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 поступившему заявлению физического лица – владельца номера \*\*\*, согласие на получение рекламы от АО «МаксимаТелеком» и ООО «ЯНДЕКС» он не давал.

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

Комиссией Московского УФАС России отклонены доводы АО «МаксимаТелеком» о получении предварительного согласия абонента – владельца номера телефона \*\*\* путем факта подключения к беспроводной сети передачи данных, в соответствии с пунктом 10.1 Условий, по следующим основаниям.

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», 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.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Следовательно, каждый из участников рекламной деятельности (рекламодатель, рекламораспространитель) обязан предварительно получать согласие абонента на распространение рекламы в его адрес, и такое согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя или рекламораспространителя.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно, во-первых, относиться к конкретному рекламодателю или рекламораспространителю, во-вторых, должно быть выражено явно.

Как было указано ранее, отсутствие дачи согласия подтверждается самим заявителем, который в своем обращении в антимонопольный орган сообщил, что не давал согласия на получение рекламной информации ни от АО «МаксимаТелеком», ни от ООО «ЯНДЕКС».

Принятие физическим лицом Условий не свидетельствует о его согласии на получение посредством телефонной связи рекламы, тем более от третьих лиц, прямо не поименованных в данных Условиях, так как лицу не представлена реальная возможность выразить свое согласие либо несогласие на рассылку рекламной информации. В Условиях отсутствуют какие-либо сведения, информирующие лицо о возможности выражения им своего несогласия на доведение до него рекламы посредством средств связи.

В соответствии с частью 2 статьи 16 Закона Российской Федерации от 07.02.1992 N 2300-1 «О защите прав потребителей», запрещается обуславливать приобретение одних товаров (работ, услуг) обязательным приобретением иных товаров (работ, услуг).

Однако согласно Условиям, как уже было отмечено ранее, пользователь, фактом подключения к беспроводной сети передачи данных, безоговорочно выражает предварительное согласие на получение рекламы путем использования, в том числе, телефонной связи. То есть, получение услуги по доступу к сети «Интернет» в Московском метрополитене обусловлено обязательным получением рекламы посредством СМС-сообщения.

Следовательно, при принятии лицом Условий пользования услугой, предоставляемой АО «МаксимаТелеком», его право на получение рекламы фактически было заменено на его обязанность по получению рекламы, что не является надлежаще полученным согласием абонента на получение рекламы.

Указанное подтверждается и письменными пояснениями АО «МаксимаТелеком», прямо указывающим, что принятие Условий является обязательным для всех лиц, желающих воспользоваться доступом к сети

«Интернет» в Московском метрополитене. Согласие пользователя с Условиями выражается фактом совершения пользователем действий, предусмотренных Условиями, а именно – подключением к беспроводной сети передачи данных, означаям безоговорочное принятие Условий без каких-либо изъятий или ограничений. Кроме того, как пояснили представители АО «МаксимаТелеком», отказаться от получения рекламы можно только отказавшись от доступа к сети «Интернет» в Московском метрополитене, таким образом, право на отказ от получения рекламы сопряжено для пользователя с прямым последствием в виде прекращения пользования основной услугой — доступа в сеть Интернет.

Действия АО «МаксимаТелеком» по распространению рекламы посредством СМС-сообщений не являются и не соотносятся с оказанием услуг доступа к сети «Интернет» по технологии Wi-fi в Московском метрополитене и требуют дополнительного волеизъявления абонента, выраженного в форме согласия.

Одностороннее включение в условия оказания услуг доступа к сети «Интернет» безальтернативного согласия на получение рекламы, внимание абонента на котором ни коим образом отдельно не акцентируется, и непредоставление свободы выбора, позволяет Обществу распространять рекламу товаров (работ, услуг) третьих лиц и тем лицам, которые при добросовестной деятельности АО «МаксимаТелеком» отказались бы от получения такой рекламы. Такое требование о получении рекламы, по своей природе, отличается от предмета самого договора (Условий).

Указание в пункте 7 Дополнительного соглашения о гарантии АО «МаксимаТелеком» соблюдения законодательства Российской Федерации при оказании услуги ООО «ЯНДЕКС», в том числе, о наличии согласия адресатов на получение рекламы, относится к гражданско-правовым отношениям, складывающимся между сторонами указанного договора, и, следовательно, не распространяется на отношения, складывающиеся между абонентом и АО «МаксимаТелеком», которые урегулированы статьей 18 Закона о рекламе, и не свидетельствует о получении такого согласия.

Кроме того, следует также учитывать, что согласие абонента должно быть получено относительно конкретного рекламодателя. Исходя из содержания заявления владельца номера \*\*\*, согласие на получение рекламы от ООО «ЯНДЕКС» не было получено. В материалах дела также отсутствуют какие-либо сведения, подтверждающие получение согласия абонента.

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу об отсутствии получения согласия абонента на получение посредством СМС-сообщения рекламы мобильного приложения «Яндекс.Такси».

Таким образом, при распространении 12.08.2015 в 19:01 рекламы

мобильного приложения «Яндекс.Такси» посредством СМС-сообщения на телефонный номер \*\*\* от отправителя mosmetro усматриваются признаки нарушения 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, реклама мобильного приложения «Яндекс.Такси», распространенная 12.08.2015 в 19:01 посредством СМС-сообщения на телефонный номер \*\*\* от отправителя mosmetro, является ненадлежащей.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодателем является лицо, осуществляющее 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, несут рекламодатели.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что АО «МаксимаТелеком» является лицом, осуществившим распространение рекламы посредством СМС-сообщения на телефонный номер \*\*\*.

Таким образом, АО «МаксимаТелеком» является рекламодателем указанной рекламы.

Комиссией Московского УФАС России в действиях АО «МаксимаТелеком» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 12.08.2015 в 19:01 на телефонный номер \*\*\* от отправителя mosmetro рекламы мобильного приложения «Яндекс.Такси» посредством СМС-сообщения без предварительного согласия абонента на ее получение.

В то же время, следует учитывать, что положения части 1 статьи 18 Закона о рекламе применяются только в случае индивидуализации способа распространения рекламы по сетям электросвязи, то есть, когда реклама распространяется определенному абоненту, например, посредством адресной рассылки либо путем направления рекламы на конкретный номер <...> Однако данной нормой не охватываются случаи распространения рекламы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», которая не носит адресный характер доступна неограниченному кругу лиц.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный

орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

В настоящее дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи АО «МаксимаТелеком» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащим распространение 12.08.2015 в 19:01 на телефонный номер \*\*\* от отправителя mosmetro рекламы «Wi-fi активирован! Ваш бонус — 300 р. на первую поездку с Яндекс.Такси. Скачайте



приложение и введите код МЕТРО: <http://j.mp/300rub>» посредством СМС-сообщения без предварительного согласия абонента на ее получение, в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. Выдать АО «МаксимаТелеком» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия в Арбитражный суд г. Москвы в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.