

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
о назначении административного наказания по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-532/77-16

«14» июня 2016 года

г. Москва

Я, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве (далее – Московского УФАС России) <....>, рассмотрев протокол от 31.05.2016 и материалы дела об административном правонарушении № 4-14.3-532/77-16, возбужденного в отношении должностного лица АО «МаксимаТелеком» - <....>, в связи с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившимся в распространении 12.08.2015 в 19:01 на телефонный номер +7-925-333-21-10 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>»*, 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 <....>,

УСТАНОВИЛ:

АО «МаксимаТелеком» <....>.

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве (далее — Московское УФАС России) от 21.12.2015 по делу № 3-18-216/77-15 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в действиях АО «МаксимаТелеком» при распространении 12.08.2015 в 19:01 на телефонный номер +7-925-333-21-10 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 от отправителя: «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.

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 +7-925-333-21-10 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 +7-925-333-21-10 подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащий текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела (вх. № 37423 от 19.10.2015).

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 - 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, 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.

Также образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона +7-925-333-21-10 СМС-сообщения, направлена на привлечение внимания потребителя к реализуемому ООО «ЯНДЕКС» товару (мобильному приложению «Яндекс.Такси») и признана Комиссией Московского УФАС России рекламой..

Таким образом, информация, распространенная на номер телефона +7-925-333-21-10, направлена на привлечение внимания потребителя к реализуемому ООО «ЯНДЕКС» мобильному приложению, оказываемым АО «МаксимаТелеком», и признана 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.

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 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.

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

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, рекламодатель, рекламодатель) 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 рекламодателя.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно, во-первых, относиться к конкретному рекламодателю или рекламодателю, 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 № 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.

В рамках дела № 3-18-216/77-15 установлено, 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, означающим безоговорочное принятие Условий без каких-либо изъятий или ограничений.

Кроме того, отказаться от получения рекламы можно, только отказавшись от доступа к сети «Интернет» в Московском метрополитене.

Однако действия АО «МаксимаТелеком» по распространению рекламы, особенно 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 +7-925-333-21-10, 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, можно сделать вывод 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 +7-925-333-21-10 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 +7-925-333-21-10 от отправителя «mosmetro», является ненадлежащей.

Таким образом, 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 +7-925-333-21-10 от отправителя «mosmetro» рекламы мобильного приложения «Яндекс.Такси»

посредством СМС-сообщения без предварительного согласия абонента на ее получение.

Местом совершения административного правонарушения является г. Москва (место поступления 12.08.2015 в 19:01 на телефонный номер +7-925-333-21-10 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>»).

Время совершения административного правонарушения — 12.08.2015 в 19:01 (время поступления на телефонный номер +7-925-333-21-10 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>»).

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

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Установлено, что АО «МаксимаТелеком» является лицом, осуществившим распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер +7-925-333-21-10.

На основании изложенного, АО «МаксимаТелеком» является рекламодателем 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 от отправителя «mosmetro».

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

В соответствии с частью 1 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 со статьей 2.4 КоАП РФ, административной ответственности подлежит должностное лицо в случае совершения им административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей.

Совершившие административные правонарушения в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций руководители и другие работники организаций несут административную ответственность как должностные лица.

В соответствии с документами, представленными АО «Максима Телеком» в адрес Московского УФАС России, директор по продуктам <...> является лицом, ответственным за распространение АО «Максима Телеком» 12.08.2015 в 19:01 на телефонный номер +7-925-333-21-10 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>» с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно трудовому договору № 54-14 от 27.10.2014, заключенному между АО «Максима Телеком» и <...> является директором по продуктам АО «Максима Телеком».

Согласно должностной инструкции (приложение к трудовому договору №54-14 от 27.10.2014), ключевой целью Директора по продуктам является разработка и реализация продуктово-сервисной стратегии АО «Максима Телеком».

В соответствии с пунктом 1.2 вышеуказанной должностной инструкции, в своей деятельности Директор по продуктам руководствуется законодательными актами РФ, нормативно-

правовыми актами органов исполнительной власти федерального уровня, субъектов РФ и местного самоуправления, отраслевыми нормативно-правовыми актами и т.п.

Из должностной инструкции также следует, что директор по продуктам несет ответственность за полноту и объективность предоставляемой информации, своевременное, качественное, выполнение возложенных на него функций, а также за ненадлежащее исполнение или неисполнение своих должностных обязанностей.

На основании изложенного, установлено нарушение <....> требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Вина <....> состоит в ненадлежащем исполнении своих служебных обязанностей, а именно непринятии всех зависящих от него мер по соблюдению требований законодательства при распространении 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>» с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе. Должностным лицом Московского УФАС России не установлено объективных обстоятельств, делающих невозможным соблюдение указанных требований.

Ответственность за невыполнение требований установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с частью 3 статьи 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.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 4.3 КоАП РФ, к числу обстоятельств, отягчающих административную ответственность, относится повторное совершение однородного административного правонарушения, если за совершение первого административного правонарушения лицо уже подвергалось административному наказанию, по которому не истек срок предусмотренный статьей 4.6 КоАП РФ.

Таким образом, должностным лицом Московского УФАС России не установлено обстоятельств, отягчающих административную ответственность, а также обстоятельств, смягчающих административную ответственность <....>.

В соответствии с частью 1 статьи 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 4 000 рублей.

Руководствуясь статьями 33, 38 Закона о рекламе, статьями 4.1, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать должностное лицо АО «МаксимаТелеком» - директора по продуктам <....> виновным в совершении правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

2. Назначить должностному лицу АО «МаксимаТелеком» - <....> наказание в виде административного штрафа в размере — **4 000 руб.**(четыре тысяч рублей ноль копеек).

Согласно части 1 статьи 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 частью 5 статьи 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 частью 5 статьи 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 зарегистрирован <....>, 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 № 4-14.3-532/77-16.

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП РФ, неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа.

В соответствии с частью 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 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 пунктом 1 статьи 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.

Заместитель руководителя

<....>