

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
о назначении административного наказания по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-3/77-17

«16» января 2017 года

г. Москва

Я, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве <...>, рассмотрев Протокол от 11.01.2017 и материалы дела об административном правонарушении № 4-14.3-3/77-17, возбужденного в отношении должностного лица — <...> (при составлении протокола <...> было заявлено ходатайство о рассмотрении дела № 4-14.3-3/77-17 об административном правонарушении в отсутствие).

УСТАНОВИЛ:

Решением Комиссии Московского УФАС России от 09.11.2016 по делу № 3-18-126/77-16 о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе, в действиях юридического лица — ПАО «МГТС», на основании обращения физического лица по факту распространения на электронный адрес mitindmit@yandex.ru рекламы посредством e-mail-сообщения, поступившего 06.03.2016 в 17:18, с электронного адреса invoice@mgts.ru, установлено нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», выразившееся в распространении рекламы посредством использования электросвязи без предварительного согласия абонента на ее получение.

Согласно материалам дела № 3-18-126/77-16 на электронный адрес mitindmit@yandex.ru поступила реклама от отправителя invoice@mgts.ru, вложенная в счет на оплату услуг связи ПАО «МГТС».

Поступление указанной рекламы на электронный адрес mitindmit@yandex.ru подтверждается скриншотами, содержащими изображение рассматриваемой рекламы.

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.

На электронную почту заявителя пришло письмо, в которое был вложен файл, содержащий счет на оплату услуг связи ПАО «МГТС». Также в письме содержался рекламный макет, состоящий из 4 секций, в каждой из которых было размещено изображение, сопровождающееся надписью. Так, рассматриваемый макет содержал следующую информацию:

- *изображение детского сада и надпись: «Мини детский сад Ясельки;*

Детский сад... Подготовка к школе и многое другое»;

- *фотографию котенка и надпись: «Ветеринарный центр Ветпоинт... Стационар и гостиница для собак и кошек; Терапия и хирургия»;*
- *фотографию девушки и надпись: «lamoda Только до 12 мая! Скидка 500 руб.* при покупке от 3000 руб.; Детский и взрослый ассортимент; Участвуют товары из распродажи»; *подробности акции на сайте;*
- *фотографию окна и надпись: «Оконный континент, пластиковые окна и двери; Производство, монтаж и отделка окон; Классические английские витражи; Остекление балконов и лоджий; 5 лет гарантии из одних рук; спецпредложение для дачников».*

Исходя из текста сообщения, в котором содержится краткая информация о каждом упомянутом товаре (работе, услуге), следует, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объектам рекламирования.

ПАО «МГТС» по делу № 3-18-126/77-16 представило письменные пояснения, согласно которым в действиях ПАО «МГТС» не могут содержаться признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в связи с тем, что вложенная в счет информация не является рекламой. Рассматриваемая информация не попадает под понятие рекламы, закрепленного в Законе о рекламе, так как была направлена конкретному адресату и содержала в себе сведения, предназначенные исключительно для информирования клиента, а не на привлечение его внимания к какому-либо товару.

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», электросвязью являются 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 адресатам.

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

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее

адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В связи с этим, при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации, необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Указание на адресность счета за услуги не может быть принята во внимание, так как сам по себе счет за услуги вложен в письмо отдельным файлом и возможно его направление адресату без прикрепления к такому письму рассматриваемой информации. Также как возможно направление в адрес неопределенного круга лиц рассматриваемой информации без вложение в такое письмо счета за услуги.

Отсутствие в самом тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, говорит о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, независимо от того, каким количеством лиц она была получена.

Так как в тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация и указания на конкретного адресата, то такая реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В подтверждение данного вывода в материалы дела представлены макеты рекламы, вложенной в счета всех абонентов, отправленные в марте 2016 года. Данные макеты содержат в себе макет с повторяющимися секциями, в которых размещена идентичная информация. Кроме того, установлено, что данные макеты были разосланы с счетами за услуги связи МГТС в адрес 218 760 пользователей ПАО «МГТС».

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на электронный адрес mitindmit@yandex.ru, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством e-mail-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объектам рекламирования.

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 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.

При рассмотрении дела № 3-18-126/77-16 ПАО «МГТС» указало, что заявитель выразил согласие на получение рекламы на свою электронную почту путем волеизъявления в личном кабинете на сайте ПАО «МГТС» на получение по электронной почте счетов за услуги.

Должностное лицо административного органа считает данный довод несостоятельным в связи со следующим.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

Согласно поступившему заявлению физического лица — владельца электронной почты mitindmit@yandex.ru, согласие на получение рекламы ПАО «МГТС», он не давал.

В соответствии с пользовательским соглашением сервисов Яндекс, для того, чтобы воспользоваться некоторыми сервисами Яндекса или некоторыми отдельными функциями сервисов, Пользователю необходимо пройти процедуру регистрации, в результате которой для Пользователя будет создана уникальная учетная запись. При регистрации Пользователь самостоятельно выбирает себе логин (уникальное символьное имя учетной записи Пользователя) и пароль для доступа к учетной записи.

Принимая во внимание тот факт, что заявитель представил в адрес Московского УФАС России изображение рекламы, содержащее полный текст электронного письма, а также сведения о дате и времени поступления рекламы, ее отправителе, получателе, можно установить принадлежность электронной почты mitindmit@yandex.ru заявителю.

Сообщение адреса электронной почты для получения на нее счетов за оказанные услуги не может считаться надлежаще оформленным согласием абонента на получение на его электронную почту рекламной информации. Как указано выше, согласие абонента должно быть выражено в форме, достаточной для его идентификации и позволяющей сделать однозначный вывод о желании получать рекламу от конкретного рекламодателя. Таким образом, сообщение своих контактных данных, будь то номер телефона или адрес электронной почты, с целью получать информацию об оказываемых услугах

(например, сроки оказания услуг, статус заказа, счета на оплату и тому подобную информацию) не является надлежащим согласием адресата на получение им рекламы. Для признания такого согласия надлежащим необходимо однозначно установить, что лицо осознанно сообщило свой адрес электронной почты либо номер телефона в целях получать на него рекламные сообщения.

В рассматриваемом случае, из представленной в материалы дела карточки клиента не следует, что, выражая свое желание получать на электронную почту счета за оказанные услуги, адресат выразил свое согласие на получение вместе с такими счетами рекламы. Более того, из представленных ПАО «МГТС» документов и сведений не следует, что, подписываясь на получение электронных счетов, адресат был осведомлен об использовании данного адреса электронной почты также в целях распространения на него рекламной информации.

Также стоит отметить тот факт, что согласно письменным и устным пояснениям ПАО «МГТС» получать электронные счета на оплату услуг ПАО «МГТС» без вложения в такое письмо рекламы невозможно. Таким образом, отказавшись от получения рекламы на свой адрес электронной почты, адресат лишает себя возможности получать электронные счета, что безусловно ущемляет его законные права.

Довод ПАО «МГТС» при рассмотрении дела № 3-18-126/77-16 о достаточности волеизъявления адресата на получение счетов для рассылки на его электронную почту рекламы противоречит самому смыслу части 1 статьи 18 Закона о рекламе, которая призвана, в первую очередь, оградить адресатов от нежелательной рекламы, распространяемой по сетям электросвязи.

Следовательно, доказательств получения надлежащим образом оформленного согласия абонента на получение рекламы ПАО «МГТС», не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии/не согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ПАО «МГТС», надлежащим образом оформленного согласия на получение рекламы гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

Таким образом, при распространении рассматриваемой рекламы на электронный адрес `mitindmit@yandex.ru` от отправителя `invoice@mgts.ru` установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

В соответствии с документами и сведениями, представленными АО «Регистратор Р01», регистратором (владельцем) доменного имени `mgts.ru`

является ПАО «МГТС». Обществом данный факт не оспаривался. Более того, ПАО «МГТС» представлены документы, подтверждающие его право на использование данного доменного имени.

Положения статьи 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» устанавливают, что сайтом в сети «Интернет» является совокупность программ для электронных вычислительных машин и иной информации, содержащейся в информационной системе, доступ к которой обеспечивается через сеть «Интернет» по доменным именам и (или) по сетевым адресам, позволяющим идентифицировать сайты в сети «Интернет». Доменным именем является обозначение символами, предназначенное для адресации сайтов в сети «Интернет» в целях обеспечения доступа к информации, размещенной в сети «Интернет». Владелец сайта в сети «Интернет» — это лицо, самостоятельно и по своему усмотрению определяющее порядок использования сайта в сети «Интернет», в том числе порядок размещения информации на таком сайте.

Исходя из вышеизложенного, установлено, что лицом, определяющим содержание и адресатов рассылки является ПАО «МГТС».

Таким образом, в данном случае имеются все основания считать ПАО «МГТС» рекламодателем в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Следовательно, ответственным за распространение рассматриваемой рекламы с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ПАО «МГТС».

Место совершения административного правонарушения — г. Москва.

Время совершения административного правонарушения — дата поступления на электронный адрес mitindmit@yandex.ru рекламы от отправителя invoice@mgts.ru, вложенная в счет на оплату услуг связи ПАО «МГТС» — 06.03.2016.

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 с частью 2 статьи 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.

Согласно Дополнительному соглашению № 1 к Трудовому договору <...> принят на должность <...>.

В соответствии с п. 2.15 раздела 2 должностной инструкции заместителя начальника отдела ПАО «МГТС» в должностные обязанности <...> входит организация размещения рекламы на счетах-квитанциях и электронных счетах.

Таким образом должностным лицом, ответственным за распространение ПАО

«МГТС» рекламы с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе является заместителем начальника маркетинговых коммуникаций ПАО «МГТС» <...>.

Виновные действия должностного лица — <...> состоят в ненадлежащем исполнении своих служебных обязанностей, а именно в непринятии всех зависящих от него мер по соблюдению требований законодательства при распространении рекламы на электронный адрес mitindmit@yandex.ru посредством e-mail-сообщения, поступившего 06.03.2016 в 17:18 с электронного адреса invoice@mgts.ru, с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Доказательств, свидетельствующих о принятии ПАО «МГТС» каких-либо мер по соблюдению законодательства Российской Федерации в сфере рекламы в данной части, не представлено.

Вина должностного лица — <...> в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, доказана.

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.

При составлении протокола об административном правонарушении <...> просил при назначении наказания учесть тот факт, что ПАО «МГТС» добровольно, в установленные сроки устранило вменяемое правонарушение.

Должностное лицо административного органа поясняет, что в рассматриваемом случае отсутствуют основания полагать, что исполнение предписания, выданного ПАО «МГТС», осуществлялось именно за счет инициативных действий должностного лица — <...>.

Таким образом, должностным лицом административного органа, не установлено обстоятельств, смягчающих административную ответственность, а также отягчающих административную ответственность должностного лица — <...>.

Обстоятельств, свидетельствующих о возможности применения статьи 2.9 КоАП РФ, должностным лицом административного органа не установлено.

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 4 000,00 рублей.

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

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать <...> виновным в совершении правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.
2. Назначить <...>, административное наказание в виде административного

штрафа в размере — **4 000,00 (четыре тысяч рублей 00 копеек) рублей.**

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 статьей 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 части 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 (квитанция прилагается):

Получатель:	ИНН/КПП: 7706096339 / 770101001 УФК по г. Москве (для Московского УФАС России, л/с 04731324890)
Банк получателя:	Отделение 1 Москва р/с 40101810800000010041 БИК 044583001 ОКТМО 45375000 КБК 161 1 16 26000 016000140
Назначение платежа:	Административный штраф, зачисляемый в федеральный бюджет по делу № 4-14.3-3/77-17

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 суде общей юрисдикции 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.

Приложение: квитанция на 1 листе.

Заместитель руководителя

<...>