

РЕШЕНИЕ

06 сентября 2017 года

город Иваново

Комиссия Ивановского УФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе (далее - Комиссия): <...>,

рассмотрев дело №03-31/2017-29, возбужденное по признакам нарушения Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе»,

в отсутствие заявителя: <...>;

в отсутствие представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе: Публичного акционерного общества «Вымпел-Коммуникации» (сокращенное наименование ПАО «Вымпелком», ИНН 7713076301, юридический адрес: 127083 г. Москва, ул. Восьмого марта, д.10, стр.14),

УСТАНОВИЛА:

В Ивановское УФАС России поступило заявление жителя г. Иваново, в котором содержится информация о наличии признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Так, из заявления следует, что 07.07.2017 в 10:11 на телефонный номер +<...> от абонента «Beeline» пришло рекламное смс-сообщение следующего содержания: «Почему вы не пользуетесь интернетом на своем телефоне? Попробуйте, это очень удобно: молниеносное общение с близкими и коллегами, как бы далеко они не находились, музыка, фильмы, игры, выгодные покупки! Не забудьте подключить опцию «Хайвей»: 2 ГБ/мес за 6 руб/день – будет намного выгоднее. Для подключения позвоните 067407172. Ваш Билайн». Однако своего согласия на получение подобной рекламной рассылки абонент не давал.

Следовательно, в указанной рекламе содержатся признаки нарушения ч.1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), согласно которой 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.

Факт распространения рекламы подтверждается: заявлением, скриншотом смс (сообщения), сведениями об оказанных абоненту услугах.

Ивановское УФАС России наделено полномочиями по рассмотрению

указанного заявления. По данному факту 16 августа 2017 года возбуждено дело №03-31/2017-29 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

Понятия «сеть связи», «средства связи», «абонент» приведены в ст.2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи».

Так, сеть связи – это технологическая система, включающая в себя средства и линии связи и предназначенная для электросвязи или почтовой связи.

Средства связи – технические и программные средства, используемые для формирования, приема, обработки, хранения, передачи, доставки сообщений электросвязи или почтовых отправлений, а также иные технические и программные средства, используемые при оказании услуг связи или обеспечении функционирования сетей связи.

Абонент – это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие «адресат» содержится в ст.2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которой адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

В соответствии с п. 4 ст. 3 Закона о рекламе ненадлежащей является реклама не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно ст. 3 Закона о рекламе реклама – это информация, распространяемая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирования и поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке.

Федеральной антимонопольной службой России в письме №АЦ/4624 от 05.04.2007 разъяснено, что под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Таким образом, под рекламой понимается определенная

неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

В содержании рассматриваемой информации отсутствуют сведения, указывающие на лицо, до которого информация доведена (распространена) и на восприятие которого непосредственно направлена.

Кроме того, согласно письменным пояснениям ПАО «Вымпелком» (вх. №3006ДСП от 06.09.2017) рассматриваемое смс-сообщение является внутренней рассылкой Билайн с предложением воспользоваться опцией «Хайвей 2ГБ» из семейства опций «Хайвей».

Вместе с тем, в письме ФАС России от 13 июня 2013 г. НАК/22976/13 «Об отнесении к рекламе смс-сообщений оператора связи» разъяснено, что не должна относиться к рекламе информация, распространяемая посредством смс-сообщений, направляемых операторами сотовой связи своим абонентам, содержащая сведения о порядке исполнения или изменении условий исполнения обязательств по предоставлению базовых услуг в рамках условий и предмета заключенного договора. При этом к рекламе следует отнести: предложения о подключении дополнительной услуги или мобильного контента за дополнительную плату, а также предложение обратиться на мобильный сервис (портал), если посредством данного сервиса (портала) абоненту за дополнительную плату может быть предоставлен мобильный контент или дополнительные услуги.

Таким образом, рассматриваемая информация подпадает под определение рекламы и содержит все её признаки:

- адресована неопределенному кругу лиц;
- направлена на привлечение внимания к услуге ПАО «Вымпелком» по подключению опции «Хайвей»;
- призвана формировать и поддерживать интерес к объекту рекламирования, способствует его продвижению на рынке.

Вместе с тем, ПАО «Вымпелком», не оспаривая факт распространения рассматриваемого смс абоненту 07.07.2017 в 10:12, в письменных пояснениях (вх. №2598ДСП от 01.08.2017, вх. №3006ДСП от 06.09.2017) указывает на наличие согласия заявителя на смс-рассылку информации рекламного характера.

Согласно письменным пояснениям ПАО «Вымпелком» указанный абонентский номер выделен <...> по договору оказания услуг связи «Билайн» <...>, текст публичных условий договора, которые являются одинаковыми для всех потребителей, размещен на официальном сайте Общества www.beeline.ru.

В Ивановское УФАС России также представлен действовавший на момент заключения указанного договора образец бланка договора с абонентом, в котором содержится отдельная графа для выражения согласия на получение рекламной рассылки от ПАО «Вымпелком».

Исходя из изложенного, Общество полагает, что абонент при заключении договора услуг связи не воспользовался своим правом на оформление отказа от смс-рассылки рекламы в соответствии с п.8.13 Условий оказания услуг связи Билайн (далее - Условия Билайн).

Однако Комиссия сочла изложенную позицию ПАО «Вымпелком» необоснованной и бездоказательной.

Действительно, в п.8.13 Условий Билайн закреплено право абонента выразить свою волю, но идентифицировать результат такого волеизъявления в данном случае как согласие на получение смс-рекламы нельзя.

В своих письменных пояснениях Общество (вх. №2598ДСП от 01.08.2017, вх. №3006ДСП от 06.09.2017) сообщило, что копию заключенного с <...> договора оказания услуг связи «Билайн» <...> невозможно представить в материалы дела по причине его утери.

При этом ссылка ПАО «Вымпелком» на возможность абонента отозвать своё согласие признается Комиссией несостоятельной в связи с тем, что указанный пункт Условий Билайн применим только в том случае, когда абонент изначально (при подписании договора или иным способом) выразил свое согласие на получение рекламы, а не в случае, когда такое согласие презюмируется в связи с односторонним изменением Обществом текста правил.

Законодательством Российской Федерации не определен порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, что предполагает допустимым любую форму предварительного согласия абонента.

Однако согласно ч.1 ст. 18 Закона о рекламе реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

В п.15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», разъяснено следующее: «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 абонента 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».

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.

При обращении в Ивановское УФАС России заявитель сообщил об отсутствии его согласия на получение рекламных сообщений от ПАО «Вымпелком». Документарно подтвержденных доказательств обратного Обществом в материалы дела не представлено. Исходя из изложенного, Комиссия пришла к выводу о том, что в материалы дела не представлено необходимых доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы посредством смс-рассылки ПАО «Вымпелком».

Таким образом, рассматриваемая реклама нарушает требования ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

За нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе согласно ч.7 ст. 38 данного закона ответственность несет рекламораспространитель.

На рассмотрение дела стороны, уведомленные надлежащим образом, не явились.

ПАО «Вымпелком» в ходе рассмотрения дела факт нарушения Закона о рекламе не признало. Таким образом, в Ивановское УФАС России не представлено доказательств невозможности продолжения распространения оператором связи рекламы с нарушением требований ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Руководствуясь статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе, в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы.

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.

Предписание антимонопольного органа, исходя из положений Закона о рекламе, является способом защиты общественных отношений, а также законных прав потребителей и иных заинтересованных лиц, направлено на устранение выявленных при рассмотрении дела нарушений и не является

мерой ответственности стороны.

Исходя из изложенного, руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального 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

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу следующего содержания: «Почему вы не пользуетесь интернетом на своем телефоне? Попробуйте, это очень удобно: молниеносное общение с близкими и коллегами, как бы далеко они не находились, музыка, фильмы, игры, выгодные покупки! Не забудьте подключить опцию «Хайвей»: 2 ГБ/мес за 6 руб/день – будет намного выгоднее. Для подключения позвоните 067407172. Ваш Билайн», поступившую 07.07.2017 в 10:12 на телефонный номер <...> от абонента «Beeline» без получения предварительного согласия абонента, ненадлежащей, поскольку при ее распространении были нарушены требования ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ПАО «Вымпелком» предписание о прекращении нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ивановского УФАС России для решения вопроса в соответствии со ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 13 сентября 2017 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Подписи членов Комиссии

ПРЕДПИСАНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

13 сентября 2017 года

г. Иваново

Комиссия Ивановского УФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе (далее - Комиссия): <...>,

на основании своего решения от 13 сентября 2017 года по делу №03-31/2017-29 о признании ненадлежащей рекламы, в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. Публичному акционерному обществу «Вымпел-Коммуникации» (сокращенное наименование ПАО «Вымпелком», ИНН 7713076301, юридический адрес: 127083 г. Москва, ул. Восьмого марта, д.10, стр.14) устранить выявленное нарушение ч.1 ст. 18 Закона о рекламе, для чего в срок **до 29 сентября 2017 года** прекратить распространение на телефонный номер <...> ненадлежащей рекламы следующего содержания: «Почему вы не пользуетесь интернетом на своем телефоне? Попробуйте, это очень удобно: молниеносное общение с близкими и коллегами, как бы далеко они не находились, музыка, фильмы, игры, выгодные покупки! Не забудьте подключить опцию «Хайвей»: 2 ГБ/мес за 6 руб/день – будет намного выгоднее. Для подключения позвоните 067407172. Ваш Билайн», а также иной исходящей от ПАО «Вымпелком» смс-рекламы, без получения предварительного согласия абонента.

2. ПАО «Вымпелком» представить в Ивановское УФАС России письменные доказательства исполнения п. 1 настоящего предписания в срок **до 12 октября 2017 года**.

Невыполнение в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе влечет привлечение к административной ответственности в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

Предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Подписи членов Комиссии