

РЕШЕНИЕ

по делу № 012/05/18-1127/2021

о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе

«05» марта 2022 года
Йошкар-Ола

г.

Резолютивная часть решения объявлена: «28» февраля 2022 года

Полный текст решения изготовлен: «05» марта 2022 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии – заместитель руководителя – начальник отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов <...>;

член Комиссии – ведущий специалист – эксперт отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов <...>;

член Комиссии – специалист – эксперт отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов <...>,

рассмотрев дело № 012/05/18-1127/2021, возбужденное по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), выразившегося в том, что 06.10.2021 в 21:06 на телефонный номер <...> (<...>) поступило смс-сообщение с рекламной информацией без согласия абонента, в присутствии представителя ПАО «Вымпел-Коммуникации» <...>, действующего на основании доверенности № ЦР-20-607 от 10.12.2020,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) поступило заявление (вх. №293-А от 07.10.2021).

В своем заявлении <...> указал, что на его абонентский номер (<...>) 06.10.2021 в 21:06 поступило смс-сообщение от отправителя «AlfaBank» без предварительного согласия абонента следующего содержания: «Телеграфируем о кредитной карте от АО «Альфа-Банк»! <https://alfa.link/oO44JA>. Ген.лицензия ЦБ РФ №1326 от 16.01.15. Не оферта».

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе, реклама - 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.

Под объектом рекламирования понимают 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 (статья 3 Закона о рекламе).

В рассматриваемой рекламе объектом рекламирования являются финансовые услуги.

Информация, направленная <...> в виде смс-сообщения, не обращена к конкретному потребителю, оно не было адресовано каким-либо определенным лицам, следовательно, является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены.

Таким образом, информация содержит следующие признаки рекламы: рассматриваемое смс-сообщение направлено посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Следовательно, указанная информация по своему содержанию и целевой направленности является рекламой.

Согласно части 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.

Так, указанная информация доводилась до абонента без предварительного согласия абонента на ее получение.

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, в случае, если будет доказана его вина.

При рассмотрении дела антимонопольным органом установлен следующий механизм распространения рассматриваемого рекламного смс-сообщения.

Марийским УФАС России направлен запрос (исх. №03-13/451 от 24.08.2021) ПАО «Вымпел-Коммуникации» (далее – ПАО «ВымпелКом») о представлении информации.

ПАО «ВымпелКом» указало, что абонентский номер <...> выделен <...> на основании договора об оказании услуг связи Билайн №165793468 от 06.10.2008.

Согласно приказу ПАО «ВымпелКом» №791/08 от 30.06.2008 г. были утверждены новые условия договора о предоставлении услуг связи «Билайн», которые применяются с 01.08.2008. Информирование абонентов о введении новой редакции договора об оказании услуг связи состоялось путем публикации его на корпоративном web-сайте и на официальном сайте www.beeline.ru (в разделе «Новости») 01.08.2008.

ПАО «ВымпелКом» в письменных пояснениях указало, что распространение смс-сообщения на абонентский номер <...> (<...>) от отправителя с буквенным наименованием «AlfaBank» осуществлено 06.10.2021 в 21:06 ПАО «ВымпелКом» на основании договора оказания услуг связи Билайн №767734052 от 11.09.2020 и дополнительного соглашения №1 к указанному договору, заключенных между ПАО «ВымпелКом» и АО «Альфа-Банк» (<...>).

Согласно условиям договора Билайн обязуется оказывать, а абонент обязуется оплачивать услуги по рассылке коротких текстовых сообщений на абонентские номера пользователей услуг подвижной радиотелефонной связи Билайн, являющихся потенциальными и/или действующими клиентами партнеров абонентов.

АО «Альфа Банк» самостоятельно определяет содержание коротких текстовых сообщений, обеспечивает соблюдение требований действующего законодательства Российской Федерации и редакционной политики Билайн при формировании текста коротких текстовых сообщений и гарантирует, что короткие текстовые сообщения не содержат информации, распространение которой запрещено действующим законодательством Российской Федерации.

По условиям договора рассылку коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера пользователей осуществляется с

применением правил таргетирования списка пользователей, то есть пользователь – физическое лицо, заключившее с Билайн договор об оказании услуг связи, на основании которого ему выделен абонентский номер и который содержит согласие абонента на получение рекламы.

Таким образом, ПАО «ВымпелКом» указывает, что рекламодателем, рекламопроизводителем в рассматриваемом случае является АО «Альфа Банк», рекламораспространителем – ПАО «ВымпелКом». Ответственность за проверку наличия согласия абонента на получение смс-рассылки возлагалась на рекламораспространителя.

Рассылка смс-сообщений ПАО «ВымпелКом» осуществляется только тем пользователям, в отношении которых получено согласие на получение от Общества информации и рекламы по сетям электросвязи, а также в соответствии с принятой в ПАО «ВымпелКом» политикой контактов, редакционной политикой и с учетом стоп-листов «Билайн».

Кроме того, ПАО «ВымпелКом» пояснило, что в соответствии с пунктом 3.2 договора об оказании услуг связи «Билайн» оператор вправе вносить изменения в условия договора направлением абоненту соответствующих предложений (в том числе, путем смс-сообщений или размещения соответствующей информации на сайте оператора в сети Интернет, или путем публикаций в других средствах массовой информации, или другими способами). При этом если в течение 15 дней с даты получения абонентом указанного сообщения или размещения соответствующей информации/публикации оператор не получит письменный полный либо частичный отказ абонента от принятия таких изменений, и абонент не использует свои права, предусмотренные п. 2.3 договора, то это означает согласие абонента с указанными изменениями.

ПАО «ВымпелКом» считает, что абонент <...> продолжая пользоваться услугами общества, выразил свое согласие с изменениями договора об оказании услуг связи «Билайн», в том числе и на получение рекламных сообщений.

В ответе на запрос АО «Альфа Банк» пояснило, что банк не осуществлял и не инициировал направление смс-сообщений рекламного характера 06.10.2021 21:06 на абонентский номер <...>. Сведения о владельце абонентского номера в информационных системах банка отсутствуют.

Антимонопольным органом не установлено и заявителем <...> не подтверждено, что он предоставлял согласие на получение рекламной информации.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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.

Таким образом, распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Буквальное толкование изложенных 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.

Требование законодателя относительно обязанности рекламодателя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов императивно и, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Соответственно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно предварительно получить от потребителя явно выраженное согласие, а только потом осуществлять соответствующую рассылку.

При этом из содержания части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

Вместе с тем, <...> не выражал согласие на получение рассматриваемой рекламной информации.

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента при получении такого согласия последнему как потребителю услуги должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок. При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие, а не опосредованной и обусловленной лишь ознакомлением с правилами оказания услуг, а также направления самостоятельно запросов на фиксированный номер оператора, информация о котором отсутствует в договоре, а доступ к личному кабинету на сайте ПАО «ВымпелКом» может быть затруднен отсутствием интернет связи. Иной подход, может привести к злоупотреблениям со стороны рекламодателей, стремящихся любым способом получить возможность распространения рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

Согласно части 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. Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

Согласно части 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

В соответствии с частью 3 статьи 10 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» при использовании для распространения информации средств, позволяющих определять получателей информации, в том числе телефонных звонков, лицо, распространяющее информацию, обязано обеспечить получателю информации возможность отказа от такой информации.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Буквальное толкование изложенных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя. Требование законодателя относительно обязанности рекламораспространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов императивно и, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Соответственно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо

должно предварительно получить от потребителя явно выраженное согласие, а только потом осуществлять соответствующую рассылку.

Из содержания части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие.

Однако в рамках рассмотрения дела Марийским УФАС России не установлено, что <...> предоставлено согласие АО «Альфа Банк» и ПАО «Вымпел-Коммуникации» в такой форме, что данное согласие можно было бы трактовать как прямое и недвусмысленным волеизъявлением для получения информации рекламного характера о деятельности АО «Альфа Банк» и услугах, реализуемых данным обществом.

В соответствии с Письмом ФАС России № АК/13563/16 от 03.03.2016, согласие должно носить явно выраженный характер и не может быть выполнено в форме согласия на получение какой-либо иной информации.

Буквальное толкование изложенных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя. Требование законодателя относительно обязанности рекламораспространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов императивно и, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Соответственно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно предварительно получить от потребителя явно выраженное согласие, а только потом осуществлять соответствующую рассылку.

Из содержания части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие.

ПАО «Вымпелком» в рамках рассмотрения дела не представлено доказательств того, что <...> было выражено согласие на получение рекламы.

Кроме того, подписание Договора об оказании услуг связи «Билайн», заключенного между ПАО «Вымпел-Коммуникации» и абонента с номером <...> (далее – Договор, Договора об оказании услуг связи), в условиях которого содержится п. 9 о наличии соответствующего согласия и о возможности в

случае несогласия абонента на получение рекламной информации отказаться от получения такой информации, позвонив на соответствующий номер оператора связи или написав заявление об отказе, не подтверждает наличие у абонента возможности выбора – согласиться на получение информации рекламного характера либо отказаться от нее путем проставления в соответствующем поле отметки «галочки, плюсики и так далее» непосредственно в момент заключения договора.

При этом в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-11), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной лишь ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг, которые являются неотъемлемой частью договора.

Таким образом, согласие в условиях договора, на которое ссылается в своих доводах ПАО «Вымпел-Коммуникации», противоречит принципу добровольности, поскольку предполагается, что абонент полностью принимает все условия договора; варианты условия о согласии/не согласии на получение непосредственно рекламной информации исходя из представленного содержания Договора, действовавшего на момент заключения его абонентом, не содержатся.

В представленном в материалы дела Бланке, который заполнил абонент для заключения Договора об оказании услуг связи указаны учетные данные абонента, сведения о выделенном номере (<...>), в том числе содержатся услуги, от которых абонент может отказаться непосредственно в момент заключения договора, проставив в соответствующих полях отметки. Среди таких услуг: предоставление доступа к услугам связи, оказываемым другим оператором связи, предоставление сведений абонента для оказания таких услуг; использование сведений абонента в система информационно-справочного обслуживания; проверка сведений, предоставляемых абонентом. Вместе с тем услуга, позволяющая оператору связи рассылать абоненту рекламную информацию, в бланке не указана.

На основании изложенного, рассматриваемая реклама распространялась без предварительного согласия абонента на ее получение.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушения части 1 статьи 18 указанного закона несет рекламораспространитель.

Таким образом, антимонопольным органом установлено, что рекламодателем вышеуказанной рекламы является ПАО «Вымпел-Коммуникации».

На основании вышеизложенного, Марийским УФАС России установлено, что при распространении 06.10.2021 в 21:06 смс-сообщения на телефонный номер <...> (<...>) нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламодателям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламодателям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства.

Однако в связи тем, что в настоящее время устранено распространение ненадлежащей рекламы, у Комиссии отсутствуют основания для выдачи предписания.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктом 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную 06.10.2021 в 21:06 посредством смс-сообщения без согласия абонента, следующего содержания: «Телеграфируем о кредитной карте от АО «Альфа-Банк»! <https://alfa.link/oO44JA>. Ген.лицензия ЦБ РФ №1326 от 16.01.15. Не оферта», поскольку она не соответствует требованиям части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Марийского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении в соответствии со статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса

Российской Федерации.

Председатель Комиссии

Члены Комиссии