

РЕШЕНИЕ

по делу № 021/05/18-202/2021

20 апреля 2021 г.
Чебоксары

г.

Комиссия Чувашского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения Федерального закона от 13.06.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Комиссия) в составе: _____ председатель Комиссии: «...»

члены Комиссии:

«...»

рассмотрев дело № 021/05/18-202/2021, возбужденное в отношении ПАО «Вымпел-Коммуникации» (ИНН/КПП 7713076301 /771301001, г. Москва, ул. 8 Марта, д.10, стр.14) по заявлению гражданина «...» с обращением о неправомерном смс – сообщении рекламного характера, содержащего признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), в отсутствие Заявителя, надлежащим образом извещенного о дате и времени рассмотрения дела, В отсутствие заинтересованного лица - АО «Альфа – Банк» (ИНН/ОГРН 7728168971/1027700067328, 107078, г. Москва, ул. Каланчевская, д. 27, mail@alfabank.ru) (ходатайство о рассмотрении дела без участия вх. от 31.03.2021 № 3098/21), В присутствии лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения Закона о рекламе – представителя ПАО «ВымпелКом» «...» (доверенность от 10.12.2020 № ЦР-20-607),

УСТАНОВИЛА:

Чувашским УФАС России, в порядке части 2 статьи 36 Закона о рекламе возбуждено дело по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе в отношении ПАО «ВымпелКом».

Основанием для возбуждения дела послужило поступление 24.12.2020 (вх. № 13464-ИП/20) заявления гражданина «...» (далее – Заявитель) по вопросу неправомерного смс – сообщения рекламного характера.

Установлено, что 22.12.2020 в 10 час. 32 мин. с номера, имеющего буквенное обозначение AlfaBank, на номер сотового телефона Заявителя («...») поступило следующее смс – сообщение: «Вам предварительно одобрена кредитная карта Билайн 100 дней без % от Альфа – Банка. Год бесплатно. Оформить: <https://beel.ink/alfa22d>».

Согласно заявлению, согласие на рекламу Заявитель не давал.

Таким образом, в рамках рассмотрения дела были осуществлены запросы в ПАО «ВымпелКом» и АО «Альфа – Банк».

Из ответов (вх. от 25.02.2021 № 1787/21, от 26.03.2021 № 2928/21)АО «Альфа – Банк» (далее также Банк) установлено следующее.

Номер, имеющий буквенное обозначение AlfaBank, с которого было направлено смс – сообщение, банку не принадлежит и, соответственно им не используется.

Банк не инициировал и не осуществлял направление рассматриваемого смс – сообщения на указанный абонентский номер.

В информационных системах банка отсутствуют сведения о владельце абонентского номера («...»).

Вместе с тем, установлено следующее.

Между Банком и ПАО «ВымпелКом» заключен договор оказания услуг связи «Билайн» от 11.09.2020 № 767734052.

Согласно дополнительному соглашению к указанному договору от 11.09.2020 № 1, ПАО «ВымпелКом» обязуется оказывать Банку услуги по рассылке СМС – сообщений на телефонные номера потенциальных и/или действующих клиентов и /или партнеров Банка.

Банк определяет содержание сообщений, но не осуществляет их рассылку, в том числе, не осуществлял на абонентский номер Заявителя («...»).

По факту направления рассматриваемого смс – сообщения,

ПАО «ВымпелКом», являющееся сотовым оператором связи Заявителя («...») пояснило следующее.

Распространение смс – сообщения 22.12.2020 в 10 час. 32 мин. на абонентский номер связи («...») с буквенным наименованием AlfaBank, осуществлено ПАО «ВымпелКом» на основании договора оказания услуг связи «Билайн» от 11.09.2020 № 767734052, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и АО «Альфа – Банк».

Согласно условиям названного договора (пункт 1.1), в том числе, установлено, что ПАО «ВымпелКом» обязуется оказывать АО «Альфа – Банк» рекламные, информационные, консультационные и иные услуги, а АО «Альфа – Банк» обязуется оплачивать указанные услуги.

В соответствии с условиями дополнительного соглашения к вышеназванному договору (пункт 1.1) ПАО «ВымпелКом» обязуется оказывать, а АО «Альфа – Банк» обязуется оплачивать услуги по рассылке смс и PUSH сообщений на телефонные номера связи потенциальных и/или действующих клиентов и/или партнеров АО «Альфа – Банк», являющихся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи Билайн.

АО «Альфа – Банк» самостоятельно определяет содержание коротких текстовых сообщений с соблюдением требований действующего законодательства.

По условиям договора и дополнительного соглашения к нему, следует, что рассылку коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера ПАО «ВымпелКом» осуществляется только тем лицам, которые заключили с обществом договор на оказание услуг связи, в котором содержится согласие абонента на получение от Билайн информации и рекламы по сетям электросвязи.

Вместе с тем, договор об оказании услуг связи от 28.08.2020 № 766415690, заключенный между ПАО «ВымпелКом» и Заявителем, утрачен, и общество не имеет возможности представить его заверенную копию.

При этом, ПАО «ВымпелКом» представило скрин-шот страницы из автоматизированной программы общества, согласно которому подтверждается о выделении 28.08.2020 в пользование Заявителю номера телефона (+79677910555), с возможностью указать согласие, либо не согласие на получение рекламной информации.

ПАО «ВымпелКом», указывает, что рекламодателем и

рекламопроизводителем рассматриваемого смс – сообщения, является АО «Альфа – Банк», рекламораспространителем – ПАО «ВымпелКом».

Однако, ответственность за проверку наличия согласия абонента на получение смс – сообщений рекламного характера, в данной ситуации, возлагается на ПАО «ВымпелКом».

Из пояснений ПАО «ВымпелКом» следует, что на дату заключения договора между обществом и Заявителем были утверждены и действовали условия оказания услуг связи «Билайн». Данные условия являются неотъемлемой частью договора об оказании услуг связи «Билайн».

Согласно пункту 2.1 названных условий, договор заключается путем подписания бланка договора абонентом и оператором, где содержится графа, в которой запрашивается согласие абонента на получение рекламной информации.

Пунктом 8.13 данных условий оказания услуг связи «Билайн» предусматривается возможность выразить отказ от получения рекламной рассылки в процессе получения услуг связи.

При этом, Заявитель каких – либо действий, позволяющих ПАО «ВымпелКом» установить его волеизъявление на отказ от получения рекламы не совершал.

Отказ от получения рекламной информации в форме, предусмотренной пунктом 8.13 вышеназванных условий, в общество не поступал.

Вместе с тем, принимая во внимание обращение Заявителя в антимонопольный орган с жалобой на действия ПАО «ВымпелКом» на неправомерное направление смс – сообщения, 12.03.2021 общество подключило Заявителю запрет на получение сообщений рекламного характера, т. к. расценило обращение Заявителя как отказ от получения таких сообщений.

В подтверждение изложенного, в материалы дела предоставлен скрин-шот из программы ПАО «ВымпелКом», с установленным запретом на номер (+79677910555).

В рамках рассмотрения дела, с целью принятия всех мер для полного и объективного рассмотрения заявления по существу, Комиссией был осуществлен запрос Заявителю о представлении

копии договора, заключенного с ПАО «ВымпелКом» об оказании услуг связи от 28.08.2020 № 766415690.

Заявитель, ответом от 22.03.2021 (вх. № 2675-ИП/21) проинформировал об отсутствии возможности предоставления запрашиваемого документа.

Оценив обстоятельства, имеющие значение для дела, исследовав в совокупности и взаимосвязи, представленные в материалы дела доказательства, Комиссия пришла к следующим выводам.

Как следует из материалов дела, на номер мобильного телефона Заявителя 22.12.2020 в 10 час. 32 мин. с номера, имеющего буквенное обозначение AlfaBank, на номер сотового телефона Заявителя («...») поступило следующее смс – сообщение: «Вам предварительно одобрена кредитная карта Билайн 100 дней без % от Альфа – Банка. Год бесплатно. Оформить: <https://beel.ink/alfa22d>».

Под рекламой, определенной частью 1 статьи 3 Закона о рекламе, понимается 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.

Объектом рекламирования, по смыслу Закона о рекламе (пункт 2 статьи 3), может выступать 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.

Информация, поступившая на номер сотового телефона Заявителя, определяется как реклама, поскольку обладает всеми квалифицирующими признаками рекламы, применительно к пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, и, таким образом, на нее распространяются все ограничения Закона о рекламе.

Требования к рекламе, распространяющейся по сетям электросвязи, установлены статьей 18 Закона о рекламе.

Согласно части 1 статьи 18 Закона о рекламе определено, что распространение рекламы посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи допускаются только при условии предварительного согласия абонента или

адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространённой 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.

Таким образом, рекламодатель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы. При этом

обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе. Из жалобы следует, что согласия на получение смс – сообщения Заявитель не давал.

Требования о соблюдении положений части 1 статьи 18 Закона о рекламе в равной степени распространяются на всех лиц, отвечающих понятию рекламодатель.

При этом, признание конкретного лица рекламодателем осуществляется в каждом конкретном случае, исходя из всех обстоятельств размещения рекламы, с учетом непосредственных действий, осуществляющих таким лицом при распространении рекламы. Материалами

дела установлено, что распространение смс - рекламы, в рассматриваемом случае, осуществлено посредством непосредственных действий ПАО «Вымпел-Коммуникации», в рамках договора об оказании услуг связи «Билайн» от 11.09.2020 № 767734052, заключенного между ПАО «Вымпел-Коммуникации» и АО «Альфа – Банк».

Согласно полученным документам и пояснениям, установлено, что у АО «Альфа – Банк» отсутствовала правовая обязанность получать согласие абонентов ПАО «Вымпел-Ком» на рекламу банковского продукта общества, поскольку предметом указанного договора и дополнительного соглашения к нему, установлено, что ПАО «ВымпелКом» обязуется оказывать, а АО «Альфа – Банк» обязуется оплачивать услуги по рассылке смс и PUSH сообщений на телефонные номера связи потенциальных и/или действующих клиентов и/или партнеров АО «Альфа – Банк», являющихся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи Билайн.

В рассматриваемом случае, рассылка смс – сообщений на телефонные номера ПАО «ВымпелКом» должна была осуществляться только тем лицам, которые заключили с обществом договор на оказание услуг связи и в котором содержится согласие абонента на получение информации и рекламы по сетям электросвязи, и, следовательно, обязанность предоставить согласие абонентов на получение рассматриваемого смс - сообщения относится исключительно к сфере ответственности ПАО «ВымпелКом».

В этой связи, ПАО «ВымпелКом» указало, что на дату заключения договора между обществом и Заявителем были утверждены и действовали условия оказания услуг связи «Билайн». Данные условия являются неотъемлемой частью договора об оказании услуг связи «Билайн».

Согласно пункту 2.1 названных условий, договор заключается путем подписания бланка договора абонентом и оператором, где содержится графа, в которой запрашивается согласие абонента на получение рекламной информации.

Пунктом 8.13 данных условий оказания услуг связи «Билайн» предусматривается возможность выразить отказ от получения рекламной рассылки в процессе получения услуг связи.

При этом, Заявитель каких – либо действий, позволяющих ПАО «ВымпелКом» установить его волеизъявление на отказ от получения рекламы не совершал.

Вместе с тем, договор об оказании услуг связи от 28.08.2020 № 766415690, заключенный между ПАО «ВымпелКом» и Заявителем, утрачен, и общество не имеет возможности представить его заверенную копию.

При этом, ПАО «ВымпелКом» представило скрин-шот страницы из автоматизированной программы общества, согласно которому подтверждается о выделении 28.08.2020 в пользование Заявителю номера телефона («...»), с возможностью указать согласие, либо не согласие на получение рекламной информации.

Иных доказательств, позволяющих сделать вывод о том, что ПАО «ВымпелКом» имело согласие абонента на получение рекламы, не представлено.

Представленный скрин – шот страницы из автоматизированной программы общества в качестве подтверждения надлежащего

получения согласия, не может быть приняты Комиссией во внимание по следующим основаниям.

Буквальное толкование положений Закона о рекламе позволяет сделать вывод о том, что согласие абонента на получение рекламы должно быть выражено явно, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Согласие должно быть оформлено таким образом, чтобы можно было однозначно установить и достоверно подтвердить волеизъявление абонента на получение рекламной информации.

Указанное согласуется с правовой позицией, изложенной в пункте 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 2012 г. N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", согласно которой, 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 рекламораспространителя.

В силу части 1 статьи 44.1 Закона о связи 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. Рассылка признаётся осуществлённой без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с данной нормой закона согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования.

По мнению ФАС России (письмо от 11.11.2019 № ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе») следует, что

согласие, полученное посредством заполнения каких-либо форм на сайтах в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет", не позволяющих однозначно установить, кто именно дал согласие на получение рекламы, является ненадлежащим и влечет нарушение указанного требования статьи 18 Федерального закона "О рекламе", поскольку не позволяет подтвердить волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

В свою очередь, согласие абонента на получение рекламы, содержащееся в договоре, заключенном в письменной форме, подписанном абонентом, в том числе в договоре на оказание услуг связи, позволяет однозначно идентифицировать абонента и может рассматриваться как надлежащее (определение Верховного Суда Российской Федерации от 12.02.2018 N 309-КГ17-22298 по делу N А60-63378/2016).

Федеральный закон "О рекламе" возлагает обязанность доказывания факта наличия согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи на рекламодателя.

В данном случае, ПАО «Вымпел-Ком» не смогло предоставить копию договора на бумажном носителе в связи с его утратой.

При этом, предоставило скрин - шот страницы автоматизированной системы общества, подтверждающий заключение договора на оказание услуг связи от 28.08.2020 № 766415690, заключенный между ПАО «ВымпелКом» и Заявителем, с содержанием условия на согласие либо не согласие на получение рекламной информации, как того требуют условия оказания услуг связи «Билайн», но без подтверждающей отметки Заявителем.

Из представленных в дело скрин-шотов, Комиссия не установила волеизъявления Заявителя на получение рекламы от ПАО «Вымпел-Ком», поскольку информация, указанная в них, не идентифицируется с Заявителем, как это предписано законом.

В этой связи, представленные документы не могут рассматриваться как надлежащее получение согласия.

Иных доказательств согласия на получение рекламных сообщений, общество не представило.

Таким образом, с учетом имеющихся материалов и информации, ПАО «Вымпел-Ком» направило смс-сообщение

рекламного характера в нарушение требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе возложена на распространителя рекламы.

Согласно статье 3 Закона о рекламе, рекламодатель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламодателем, допустившим направление смс - сообщения с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, является ПАО «Вымпел-Ком».

В соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный контроль за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе, вправе выдавать предписания рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламодателям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В связи с установлением на момент рассмотрения дела прекращения распространения Заявителю смс - сообщений, Комиссия пришла к выводу об отсутствии необходимости выдачи ПАО «Вымпел-Ком» предписания о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42 - 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе утвержденных Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 N 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «ВымпелКом» нарушившим требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в связи с распространением 22.12.2020 в 10 час. 32 мин. с номера, имеющего буквенное обозначение AlfaBank, на номер сотового телефона Заявителя («...») поступило следующее смс - сообщение: «Вам предварительно одобрена кредитная карта

Билайн 100 дней без % от Альфа – Банка. Год бесплатно. Оформить: <https://beel.ink/alfa22d>».

2. Не выдавать ПАО «ВымпелКом» предписание о прекращении нарушения Закона о рекламе .
3.

Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ПАО «ВымпелКом» .

Решение изготовлено в полном объеме 19 апреля 2021 г.

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

Председатель Комиссии

«...»

Члены Комиссии

«...»