

РЕШЕНИЕ

по делу № 055/05/18-368/2019

21 мая 2019 года
Омск

город

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее - Омское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, рассмотрев дело № 055/05/18-368/2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения публичным акционерным обществом «Вымпел-Коммуникации» (далее – ПАО «ВымпелКом», Общество), (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636, местонахождение (юридический адрес): 127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д. 10, стр.14) рекламы по сетям подвижной радиотелефонной связи, содержащей признаки нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие заявителя <...>, извещенного надлежащим образом,

в присутствии представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ПАО «ВымпелКом» <...>,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России поступили заявления гражданина <...> по факту направления на его абонентский номер <...> от отправителя BeelineClub смс-сообщений рекламного характера:

1. «Не забудьте подключить услугу «Автоплата» на сайте autooplata.beeline.ru до конца дня! Вы получите «Беспредельный интернет» без ограничения трафика и скорости бесплатно на 60 дней. Ваш Билайн» (24.02.2019 в 12:54 часов).
2. «Дарим безлимит на соц. сети и музыку! Пополните счёт одним платежом от 200 руб. в течение 3 дней – и пользуйтесь популярными социальными сетями и музыкальными сервисами бесплатно и без расхода трафика 7 дней. Подробнее: beeline.ru» (28.02.2019 в 16:12 часов).
3. «Дарим безлимит на соц. сети и музыку! Пополните счёт одним платежом от 200 руб. до завтра – и пользуйтесь популярными социальными сетями и музыкальными сервисами бесплатно и без расхода трафика 7 дней. Подробнее: beeline.ru» (02.03.2019 в 16:03 часов).
4. «Дарим безлимит на соц. сети и музыку! Пополните счёт одним платежом от 200 руб. в течение 3 дней – и пользуйтесь популярными социальными сетями и музыкальными сервисами бесплатно и без расхода трафика 7 дней. Подробнее: beeline.ru» (18.03.2019 в 14:12 часов).

5. «Дарим безлимит на соц. сети и музыку! Пополните счёт одним платежом от 200 руб. до завтра – и пользуйтесь популярными социальными сетями и музыкальными сервисами бесплатно и без расхода трафика 7 дней. Подробнее: beeline.ru» (19.03.2019 в 21:15 часов).

По утверждению заявителя, вышеуказанная рекламная информация была направлена без его предварительного согласия на получение рекламы.

Согласно информации, представленной оператором подвижной связи ПАО «ВымпелКом», вышеуказанные рекламные смс-сообщения с текстом отправителя «BeelineClub» на абонентский номер заявителя <...> были направлены ПАО «ВымпелКом».

Определением от 06.05.2019 Омским УФАС России в отношении ПАО «ВымпелКом» было возбуждено дело № 055/05/18-368/2019 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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 силу пункта 2 статьи 3 Федерального 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 Федерального закона «О рекламе» товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Информация, распространенная посредством вышеуказанных смс-сообщений на абонентский номер <...>, отвечает всем признакам рекламы: адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к услугам, предоставляемым ПАО «ВымпелКом».

В отзыве от 17.05.2019 на определение о возбуждении дела ПАО «ВымпелКом» пояснило:

«...Договор об оказании услуг связи Билайн, заключаемый между ПАО «ВымпелКом» и абонентом, состоит из:

- бланка, содержащего учетные данные абонента, сведения о выделенном абоненту номере, заказных абонентах услугах, выбранном абонентом тарифном плане и тому подобных сведений, идентифицирующих абонента и индивидуализирующих условия, на которых будут оказываться услуги связи.

- текста публичных условий договора, которые в соответствии со статьей 426 ГК РФ являются одинаковыми для всех потребителей...

Между ПАО «ВымпелКом» и <...> был заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» от 14.02.2013 № 1834019. Копия бланка Договора, подписанного <...> была

предоставлена в адрес Омского УФАС России и имеется в материалах дела.

В соответствии с пунктом 8.13 Договора, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и <...>, Абонент вправе при заключении Договора или в процессе его исполнения выразить свое согласие или отказ на получение рекламной информации, распространяемой по сетям электросвязи в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе и рассылках по сети подвижной связи, осуществляемой по инициативе Оператора.

Согласие на получение рекламной информации может быть выражено Абонентом в процессе получения Услуг, в порядке, установленном Оператором. В случае несогласия Абонента с получением рекламной информации и рассылкой условия настоящего пункта не распространяют свое действие на взаимоотношения Сторон при условии, что Абонент:

- подпишет соответствующее заявление об отказе и направит его в адрес Оператора в период действия Договора, в том числе при принятии изменения условий Договора;

- откажется, позвонив на соответствующий телефонный номер <...>

В договоре (бланке договора), подписанном абонентом, содержится условие: «Текст Договора абонентом получен. Условия Договора абонентом прочитаны, с изложенным в настоящем Договоре согласен. С условиями тарифного плана ознакомлен».

<...> подписан указанный выше договор, таким образом считаем, что <...> выразил согласие со всеми условиями заключенного Договора, в том числе и на получение рекламных сообщений от ПАО «ВымпелКом». В период действия договора, с 14.02.2013 на абонентский номер <...>, выделенный <...>, ПАО «ВымпелКом» направлялись SMS-сообщения, содержащие информацию рекламного характера, в свою очередь, от абонента не поступали обращения (как письменные, так и посредством обращения в колл-центр) об отказе от получения рекламы, что свидетельствует о том, что при заключении договора и в процессе его исполнения абонент выразил свое согласие на получение рекламы.

До настоящего времени <...> не был предоставлен в порядке, предусмотренном п. 8.13 Договора, отказ от получения SMS-сообщений, содержащих информацию рекламного характера.

На основании изложенного, полагаем, что на момент направления SMS-сообщений с номера отправителя «BeelineClub» на абонентский номер <...>, ПАО «ВымпелКом» располагало согласием абонента на получение рекламы, в связи с чем в действиях ПАО «ВымпелКом» отсутствуют признаки нарушения требований ФЗ «О рекламе».

Комиссия Омского УФАС России не может согласиться с доводами ПАО «ВымпелКом», исходя из следующего.

В статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Федеральный закон «О связи») даны основные понятия, используемые в настоящем законе: 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.

Согласно пункту 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети

подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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 признается осуществленной 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 силу части 1 статьи 18 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. 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 Федеральный закон «О рекламе» не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Исходя из правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда 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.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

При этом в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-П), 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 ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента

в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте пункта 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Вместе с тем, оценивая текст Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 1834019 от 14.02.2013 (бланк Договора), заключенного между ПАО «ВымпелКом» и абонентом <...>, следует отметить, что заключая упомянутый Договор, абонент <...> подтвердил, что ознакомлен и согласен с условиями Договора и тарифного плана путем проставления личной подписи в имеющейся графе для подписи. При этом бланк указанного Договора в принципе не оставляет абоненту права выбора на получение либо отказ от получения рекламной информации ввиду отсутствия в нем соответствующей графы (чек-бокса) для заполнения.

Таким образом, принимая условия оказания услуг связи, абонент фактически лишен возможности отказаться от распространения в его адрес рекламной информации в момент заключения Договора.

Доводы Общества о наличии у абонента возможности отказаться от получения рекламы путем направления соответствующего заявления (письменного либо посредством телефонного звонка) оператору связи являются несостоятельными, поскольку такая возможность должна была быть предоставлена абоненту изначально, на этапе заключения Договора об оказании услуг связи.

По мнению Омского УФАС России, утверждение ПАО «ВымпелКом» о том, что выражая согласие со всеми условиями заключаемого Договора, абонент соглашается, в том числе и на получение рекламных сообщений от Общества, является неверным, поскольку включение обязательного условия о даче согласия на получение рекламы при заключении Договора на оказание услуг связи противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Таким образом, рассмотрев представленные ПАО «ВымпелКом» доказательства получения согласия абонента <...> на распространение в его адрес рекламной информации, Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу, что указанные доказательства не позволяют с достоверностью определить предоставление данным абонентом безоговорочного согласия на получение им именно рекламной информации, а действия Общества по навязыванию абоненту таких услуг путем понуждения его к принятию соответствующих условий Договора является ничем иным, как злоупотреблением правом.

На основании изложенного, учитывая подтверждение факта распространения на телефонный номер абонента рекламных смс-сообщений, а также отсутствие в материалах дела доказательств, подтверждающих безоговорочное согласие абонента на их получение, Комиссией Омского УФАС России сделан обоснованный вывод о нарушении ПАО «ВымпелКом» требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы на абонентский номер <...>.

По определению (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») ненадлежащая реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за

нарушение требований, установленных статьей 18 Федерального закона «О рекламе», несет рекламодатель.

По определению (пункт 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») ПАО «ВымпелКом» является рекламодателем, т.е. лицом, осуществляющим распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства 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 Федерального закона «О рекламе».

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы, в целях обеспечения реализации права потребителя на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства о рекламе.

На основании изложенного Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу о необходимости выдачи ПАО «ВымпелКом» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 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 действия публичного акционерного общества «Вымпел-Коммуникации» (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636), выразившиеся в направлении рекламной информации посредством смс-сообщений от отправителя «BeelineClub» на абонентский номер <...> гражданина <...> без его предварительного согласия на получение рекламы, нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Выдать ПАО «ВымпелКом» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Омского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 24 мая 2019 года.

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

ПРЕДПИСАНИЕ

о прекращении нарушения законодательства

Российской Федерации о рекламе

по делу № 055/05/18-368/2019

21 мая 2019 года
Омск

город

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее - Омское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, на основании своего решения от 21.05.2019 по делу № 055/05/18-368/2019 о признании действий публичного акционерного общества «Вымпел-Коммуникации» (далее - ПАО «ВымпелКом»), ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636, местонахождение (юридический адрес): 127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д. 10, стр.14, выразившихся в направлении рекламной информации посредством смс-сообщений от отправителя «BeelineClub» на абонентский номер <...> гражданина <...> без его предварительного согласия на получение рекламы, нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, пунктом 3.59 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ПАО «ВымпелКом» (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636) в срок до 18 июня 2019 года прекратить нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» в части рассылки рекламы посредством смс-сообщений от отправителя «BeelineClub» на абонентский номер <...> гражданина <...> без его предварительного

согласия на получение рекламы.

2. ПАО «ВымпелКом» представить в Омское УФАС России доказательства исполнения настоящего предписания в срок до 20 июня 2019 года.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Омское УФАС России вправе в соответствии с частью 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на должностных лиц штраф в размере от двенадцати тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

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