

ПАО «ВымпелКом»

127083, г. Москва,

ул. Восьмого Марта, д. 10, стр. 14

<...>

РЕШЕНИЕ

по делу № 068/05/18-106/2021 о нарушении законодательства

Российской Федерации о рекламе

Резолютивная часть решения объявлена 23 марта 2021 года.

Решение изготовлено в полном объеме 6 апреля 2021 года.

г. Тамбов

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тамбовской области по рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии – руководитель Гречишникова Е.А.,

члены: заместитель начальника отдела регулирования деятельности естественных монополий и рекламного контроля Моисеева Е.Л., ведущий специалист-эксперт отдела регулирования деятельности естественных монополий и рекламного контроля Мясникова А.Н.,

рассмотрев дело № 068/05/18-106/2021 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на ее получение,

У С Т А Н О В И Л А:

При рассмотрении обращения гражданина <...> (вх. от 21.12.2020 № 7925) о поступлении на его номер телефона рекламного смс-сообщения, установлено, что заявитель не давал на это своего согласия.

18.12.2020 в 18:42 с номера телефона с буквенным обозначением «FASHIONMEN» на мобильный телефон заявителя (номер <...>) поступило смс-сообщение следующего содержания: «Оставь деньги на развлечения! Стильные вещи для тебя со скидкой 10 % по промокоду FASHION. Большой выбор для настоящих мужчин в ТРЦ «Акварель», 2 эт. <http://beel.innk/or>».

Установлено, что на номер телефона заявителя (номер <...>) вышеуказанное рекламное смс-сообщение поступило через SMS-центр оператора сотовой связи ПАО «Вымпелком».

24.02.2021 в отношении ПАО «ВымпелКом» (ОГРН 1027700166636, адрес: 127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д. 10, стр. 14) возбуждено дело № 068/05/18-106/2021 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

ПАО «ВымпелКом» письмом от 24.02.2021 (вх. от 15.03.2021 №1651) сообщило, что абонентский номер <...> используется гражданином <...>. Отправка смс-сообщения была осуществлена Обществом от имени «FASHIONMEN» на основании договора публичной оферты о заключении договора оказания услуг от 18.03.2020 с ИП <...> Указанный договор оферты оказания услуг был принят абонентом ИП <...> и в личном кабинете была подключена услуга по договору оказания услуг № 725064634 от 27.06.2019.

Согласно указанному договору оферты и дополнительному соглашению, Билайн обязуется оказывать, а Клиент (Абонент) оплачивать услуги по рассылке смс и push сообщений на абонентские номера потенциальных и/или действующих клиентов/партнеров клиента, являющихся пользователями услуг связи Билайн.

Проанализировав материалы дела, Комиссия Тамбовского УФАС России пришла к следующим выводам.

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 N 126-ФЗ "О связи", 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 излучения, 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 абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного смс-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, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи 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.

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

В тексте отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Информация не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалах дела не представлено доказательств направления спорного смс- сообщения исключительно в адрес одного физического лица.

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.

Исходя из текста сообщения, в котором содержится информация о магазине для настоящих мужчин в ТРЦ «Акварель», а также предлагаемых акциях, Комиссия Тамбовского УФАС России приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-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 объекту 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.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 N 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 представленным материалам, абонент не давал свое согласие на получение рассматриваемой рекламы.

Исходя из материалов дела следует, что отправка смс-сообщения была осуществлена ПАО «Вымпелком» от абонента с буквенным обозначением «FASHIONMEN» по договору оферты оказания услуг с ИП <...>. В личном кабинете ИП <...> была подключена услуга по договору оказания услуг № 725064634 от 27.06.2019.

Согласно указанному договору оферты и дополнительному соглашению, Билайн обязуется оказать, а Клиент (Абонент) оплачивать услуги по рассылке смс и push сообщений на абонентские номера потенциальных и/или действующих клиентов/партнеров клиента, являющихся пользователями услуг связи Билайн.

Согласно данным, предоставленным ПАО «Вымпелком», абонентский номер <...> используется гражданином <...> на основании договора об оказании услуг связи «Билайн» № 203723224 от 15.09.2009.

ПАО «ВымпелКом» письмом от 24.02.2021 (вх. от 15.03.2021 №1651) сообщило, что *«на дату заключения договора с абонентом <...> от 15.09.2009 г. были утверждены и действовали Условия оказания услуг связи «Билайн». Данные Условия являются неотъемлемой частью договора об оказании услуг связи «Билайн». Согласно п. 2.1. Условий, договор заключается путем подписания бланка договора абонентом и оператором или уполномоченным им лицом. Бланк договора об оказании услуг связи «Билайн» является типовой формой.*

В соответствии с ч. 1 п. 3.2 Условий ПАО «ВымпелКом» вправе вносить изменения в условия договора направлением абоненту соответствующих предложений (в том числе путем смс-сообщений или размещения соответствующей информации на сайте Общества в сети Интернет, или путем публикаций в средствах массовой информации, или другими способами).

При этом, если в течение 15 дней с даты получения абонентом указанного сообщения или размещения соответствующей информации/публикации ПАО «ВымпелКом» не получит письменный полный либо частичный отказ абонента от принятых таких изменений и/или абонент не использует свои права, предусмотренные п. 2.3 Условий, то это означает согласие абонента с указанными изменениями.

В Российской Газете №216 (5040) от 17.11.2009 была размещена публикация обновленной версии договора об оказании услуг связи «Билайн». Условия оказания услуг связи «Билайн» в данной редакции включали п. 9, в соответствии с которым абонент, соглашаясь с условиями договора в настоящей редакции, выражает свое согласие на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи в случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе.

При этом указанный выше пункт Условий предусматривал для абонентов возможность отказаться от получения рекламной информации в процессе пользования услугами связи.

Таким образом, <...>, подписав договор об оказании услуг связи «Билайн» от 15.09.2009, подтвердил, что ознакомлен и согласен с условиями оказания услуг связи «Билайн». Отказ <...>, от принятых изменений в условиях оказания услуг связи «Билайн», опубликованных в Российской Газете №216 (5040) от 17.11.2009, в адрес Общества не поступал. Отказ от получения рекламной рассылки, предусмотренный п. 9 обновленной версии договора об оказании услуг связи «Билайн» на дату осуществления спорного звонка в адрес Общества также не поступал.

Соответственно, ПАО «ВымпелКом», как оператор и как рекламораспространитель, получило согласие абонента <...>, на получение рекламы при использовании услуг связи. Следовательно, на момент осуществления рекламной рассылки ПАО «ВымпелКом» объективно располагало согласием абонента (<...>, абонентский номер <...>) на получение рекламной информации».

С учетом изложенного, позиция ПАО «ВымпелКом» сводится к следующему. После публикации условий оказания услуг связи «Билайн», в Российской Газете №216 (5040) от 17.11.2009 <...> вправе был обратиться с отказом от получения рекламной рассылки, предусмотренной п. 9 обновленной версии договора об оказании услуг связи. Однако отказ от рассылки в адрес Общества не поступал, следовательно, Абонент был согласен на получение рекламных уведомлений.

Проанализировав указанную позицию, Комиссия Тамбовского УФАС России приходит к следующему выводу.

В данном случае у лица, заключившего договор с оператором связи, для отказа от получения рекламных сообщений возникает необходимость совершить ряд дополнительных действий. В то время, когда для их получения достаточно лишь заключить договор. Подобное положение, прямо противоречит самой цели, установленной частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, относительно предварительного получения согласия абонента, и нарушает его право на возможность не соглашаться с распространением на его телефон рекламной информации.

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.

Таким образом, предложенная обществом процедура обязательного письменного отказа абонента от получения рекламных рассылок, при том, что при заключении договора абонент согласия на получение рекламы не выражал, а также публикация новых условий оказания услуг связи в газете, без непосредственного уведомления абонента об изменившихся условиях, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации, о чем в том числе, свидетельствует обращение гражданина в Тамбовское УФАС России за защитой своих прав.

Таким образом, распространение вышеуказанной рекламы посредством использования телефонной связи осуществлено в нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. Следовательно, рассматриваемая реклама является ненадлежащей.

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

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

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

Установлено, что ПАО «Билайн», являясь оператором связи заявителя, осуществило распространение рассматриваемой рекламы на его телефонный номер <...>), Общество данный факт не отрицает.

Сведений о прекращении распространения рекламных сообщений в адрес заявителя не представлено.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе, пунктами 42-48 «Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утв. постановлением Правительства Российской Федерации от 24 ноября 2020 г. № 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Оставь деньги на развлечения! Стильные вещи для тебя со скидкой 10 % по промокоду FASHION. Большой выбор для настоящих мужчин в ТРЦ «Акварель», 2 эт. <http://beel.ink/or>», поступившую 18.12.2020 в 18:42 с номера телефона с буквенным обозначением «FASHIONMEN» на мобильный телефон заявителя (номер <...>), поскольку при её распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

- **2. Выдать ПАО «Вымпелком» предписание об устранении нарушения требований рекламного законодательства и представить доказательства устранения в 2-х недельный срок со дня получения предписания.**

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тамбовского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 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 в течение трех месяцев.

Председатель

Е.А. Гречишникова

Комиссии

Члены Комиссии:

Моисеева

Е.А.

А.Н. Мясникова

Исп.: Мясникова Алена Николаевна, (4752) 72-93-54