

ПРОТОКОЛ № 012/04/14.3-276/2022

об административном правонарушении

«12» апреля 2022 года
Йошкар-Ола

г.

Протокол составлен ведущим специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов <...> соответствии со статьей 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении должностного лица – начальника отдела управления инновационными продуктами ПАО «Вымпел-Коммуникации» <...> (<...>) по факту распространения рекламы посредством смс-сообщения 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» с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Ответственность за данное административное правонарушение предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

Место, время совершения и событие административного правонарушения:

Место совершения административного правонарушения: г. Йошкар-Ола.

Время совершения административного правонарушения: 06.10.2021, 21:06 – время поступления рекламного смс-сообщения без предварительного согласия абонента.

Событие административного правонарушения:

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

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 персонифицированной, 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.

Из письменных пояснений ПАО «Вымпел-Коммуникации» (далее – ПАО «ВымпелКом») следует, 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» (ИНН: 7728168971, ОГРН:1027700067328).

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 рекламораспространителя.

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 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.

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 рекламораспространителей, 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.

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 недвусмысленное волеизъявление 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.

Кроме того, подписание Договора об оказании услуг связи «Билайн», заключенного между ПАО «Вымпел-Коммуникации» и абонента с номером +79063366481 (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.

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.

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 рекламодатель.

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».

Ответственность за данное нарушение предусмотрена статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ).

Согласно части 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей.

В соответствии с частью 1 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

В соответствии со статьей 2.4 КоАП РФ административной ответственности подлежит должностное лицо в случае совершения им административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением

своих служебных обязанностей.

Совершившие административные правонарушения в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций руководители коммерческих и некоммерческих организаций несут ответственность как должностные лица.

Марийским УФАС России установлено, что ответственным за распространение рекламы: «Телеграфируем о кредитной карте от АО «Альфа-Банк»! <https://alfa.link/oO44JA>. Ген. лицензия ЦБ РФ №1326 от 16.01.15. Не оферта» является начальник отдела управления инновационными продуктами ПАО «Вымпел-Коммуникации» <...>.

Вместе с тем, <...> не принял всех зависящих от него мер при наличии необходимой степени заботливости и осмотрительности, которые требовались от него по соблюдению требований действующего законодательства, не исполнил надлежащим образом организационно-распорядительные и административно-хозяйственные функции по соблюдению требований законодательства о рекламе, т.е. не предпринял необходимых и достаточных мер для соблюдения законодательства о рекламе.

В соответствии с пунктом 1 статьи 25.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами, в том числе правом обжаловать постановление по делу в течение 10 дней согласно статьям 30.1, 30.3 КоАП РФ.

Протокол составлен по правилам статьи 28.2 КоАП РФ в отсутствие начальника отдела управления инновационными продуктами ПАО «Вымпел-Коммуникации» <...>, при надлежащем извещении должностного лица о дате, времени и месте составления протокола об административном правонарушении (по адресу места регистрации < ... > направлено уведомление о составлении протокола исх. №03-07/174 от 31.03.2022, также направлена телеграмма №1014 от 31.03.2022).

Дата, место и время рассмотрения дела об административном правонарушении: «26» апреля 2022 года в 10 час. 00 мин. по адресу: ул. Волкова, д. 164, г. Йошкар-Ола, Республика Марий Эл, 424000.

Обращаем внимание, что пропуск в здание Марийского УФАС России ограничен, при входе необходимо иметь при себе медицинскую маску.

Также сообщаем, возможность участия в рассмотрении дела будет организована посредством удаленного доступа по ссылке: <https://fas1.tconf.rt.ru/c/7323399643>.

Подключение к конференции возможно в том числе со смартфона или планшета под управлением операционной системы Android или iOS.

Информацию об участии в рассмотрении дела посредством удаленного доступа необходимо сообщить в Марийское УФАС России по телефону 8 (8362) 41-76-21.

С протоколом ознакомлен(а),
права и обязанности разъяснены.

Даю согласие на

обработку персональных данных.

(ФИО, подпись лица, привлекаемого к

административной
ответственности)

<...>

(Ф.И.О. составившего протокол)

«12» апреля 2022 года

(подпись)

**Объяснения лица, в отношении которого возбуждено дело об
административном правонарушении:**

В соответствии со ст. 28.2 КоАП РФ копию протокола получил:

(ФИО лица, получившего протокол)

« ____ » _____ 2022 г.

(подпись)