Р Е Ш Е Н И Е

29 апреля 2019 года город Иваново

Комиссия Ивановского УФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе (далее - Комиссия):

<…>

рассмотрев дело №037/05/18-34/2019 (03-31/2019-08), возбужденное по признакам нарушения Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе»,

в отсутствие заявителя: <…>;

в отсутствие представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе: Публичного акционерного общества «Вымпел-Коммуникации» (сокращенное наименование ПАО «Вымпелком», ИНН 7713076301, юридический адрес: 127083 г. Москва, ул. Восьмого марта, д.10, стр.14),

УСТАНОВИЛА:

В Ивановское УФАС России поступило заявление, в котором содержится информация о наличии признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Так, из заявления следует, что 10.03.2019 в 19:27 на телефонный номер <...> от абонента «BeelineClub» (через смс-центр ПАО «Вымпелком» +79037011111) поступило рекламное смс-сообщение следующего содержания: «Переходите на iPhone XR. Удивительные возможности. Отличная цена: в Билайн – за 59 990 руб. Он великолепен во всём: большой дисплей на всю переднюю панель, самый мощный аккумулятор среди iPhone, невероятная производительность, фото студийного качества. Торопитесь, пока товар есть в наличии. Купите в интернет-магазине http://beel.ink/tradexr/ или офисах Билайн. Ближайший: *392#». Однако своего согласия на получение подобной рекламной рассылки абонент не давал.

Следовательно, в указанной рекламе содержатся признаки нарушения ч.1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), согласно которой 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.

За нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе согласно ч.7 ст. 38 данного закона ответственность несет рекламораспространитель.

Факт распространения рекламы подтверждается: заявлением, скриншотом смс-сообщения, сведениями об оказанных абоненту услугах.

Ивановское УФАС России наделено полномочиями по рассмотрению указанного заявления. По данному факту 10 апреля 2019 года возбуждено дело №037/05/18-34/2019 (03-31/2019-08) по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

В соответствии со ст. 3 Закона о рекламе реклама – это информация, распространяемая

любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирования и поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке.

В письме ФАС России №АЦ/4624 от 05.04.2007 разъяснено, что под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Следовательно, под рекламой должна пониматься определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она распространяется по определенному адресному списку. Рассматриваемое смс-сообщение не носит персонифицированный характер.

Согласно разъяснениям ФАС России (письмо №АК/22976/13 от 13.06.2013) не должна относиться к рекламе информация, распространяемая посредством смс-сообщений, направляемых операторами сотовой связи своим абонентам, содержащая сведения о порядке исполнения или изменении условий исполнения обязательств по предоставлению «базовых» услуг в рамках условий и предмета заключенного договора, в частности:

- об изменении стоимости данных услуг, предоставляемых в рамках выбранного абонентом тарифного плана;

- об обеспечении данных услуг бесплатными сервисами (например, «Вам звонили», «Узнать баланс», «Я в сети»);

- о нахождении абонента в роуминге (в том числе о пересечении абонентом границы и возможном изменении в порядке списания денежных средств);

- об изменении порядка оплаты данных услуг, в том числе о возможности изменения порядка оплаты данных услуг по выбору абонента, не связанного с подключением дополнительной услуги за дополнительную плату.

Однако распространяемая посредством смс-сообщений информация о дополнительных услугах, предлагаемых операторами сотовой связи абонентам, с которыми у них заключен договор на оказание услуг связи, может рассматриваться в качестве рекламы, если такая услуга выступает в качестве объекта рекламирования.

В письменных пояснениях ПАО «Вымпелком» (вх. №1190 от 08.04.2019) подтвердило факт направления абоненту рассматриваемого смс и указало, что оно является внутренней рассылкой Общества, направленной на информирование о маркетинговом предложении, и не является рекламой услуги (опции).

При этом из текста смс следует, что объектом рекламирования в данном случае является товар, а именно iPhone XR.

Таким образом, приведенный текст смс является рекламой и должен распространяться с соблюдением требований ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

В письменных пояснениях ПАО «Вымпелком» (вх. №1190 от 08.04.2019) указало, что абонентский номер +79037680106 выделен абоненту по договору оказания услуг связи «Билайн» №703403398 от 01.11.2018.

Вместе с тем, оператор связи не представил в материалы дела копию заключенного с абонентом договора по причине утраты. Однако со ссылкой на бланк договора и действовавшие на момент его заключения условия оказания услуг связи «Билайн» настаивает

на наличии у Общества согласия заявителя на предоставление рекламной информации.

Установлено, что бланк договора содержит графу, указывающую на возможность выражения абонентом согласия на смс-рекламу либо отказа от соответствующей рассылки.

Кроме того, в представленном в материалы дела тексте публичных условий договора указан п. 8.13, предусматривающий возможность абонента выразить свой отказ на получение рекламной рассылки в процессе получения услуг связи. Учитывая, что абонент не направил в ПАО «Вымпелком» соответствующий письменный отказ, Общество считает, что имело право осуществлять в его адрес смс-рассылку рекламы.

В п.8.13 публичных условий договора об оказании услуг связи «Билайн» (далее – Условия Билайн), текст которых представлен в материалы дела, закреплено следующее:

«Абонент вправе при заключении Договора или в процессе его исполнения выразить свое согласие или отказ на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе и рассылок 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.

Под рекламной информацией в рамках настоящего пункта 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 (когда объектом рекламирования является третье лицо), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. К рекламной информации не относится информация об Операторе и Услугах, доведение которой до Абонента Оператором обязательно в соответствии с Федеральным законом № 126–ФЗ от 7 июля 2003 г. «О связи», Правилами и другими нормативными документами в их развитие.

Давая согласие на получение рекламной информации, Абонент дает согласие на обработку персональных данных и данных об оказанных Услугах для целей продвижения товаров (работ, услуг), в том числе товаров (работ, услуг) третьих лиц.

В случае несогласия Абонента с получением рекламной информации и рассылок 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 <...> Подробности — на Сайте Оператора.»

Комиссия сочла доводы ПАО «Вымпелком» несостоятельными в виду следующего.

В силу ч. 1 ст.431 ГК РФ при толковании условий договора должно приниматься во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений.

Вопрос о восприятии и толковании указанного пункта Условий Билайн был внесен в повестку дня заседания Экспертного совета по применению законодательства о рекламе при Ивановском УФАС России 17.04.2017. При этом члены Совета по результатам обсуждения решили, что данная формулировка пункта 8.13 Условий Билайн не может толковаться как выражение согласия абонента на получение рекламы, и предполагает оформление такого согласия в виде дополнительного волеизъявления гражданина, позволяющего его идентифицировать.

Исходя из изложенного, Комиссия полагает, что в 8.13 Условий Билайн закреплено только право

абонента выразить свою волю, но идентифицировать результат такого волеизъявления в данном случае как согласие на получение смс-рекламы нельзя.

При этом ссылка ПАО «Вымпелком» на возможность абонента отозвать своё согласие признается Комиссией несостоятельной в связи с тем, что указанный пункт Условий Билайн применим только в том случае, когда абонент изначально (при подписании договора или иным способом) выразил свое согласие на получение рекламы, а не в случае, когда такое согласие презюмируется.

Необходимо отметить, что законодательством Российской Федерации не определен порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, что предполагает допустимым любую форму предварительного согласия абонента.

В п.15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», разъяснено следующее: «согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. Вместе с тем, согласие абонента 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».

Следовательно, 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. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получения рекламы лежит на лице ее распространившем.

Таким образом, не представив в антимонопольный орган заключенный с абонентом договор на предоставление услуг связи по телефонному номеру +79037680106, содержащий его действенное согласие на получение рекламы, ПАО «Вымпелком» не подтвердило наличие согласия абонента на получение рекламы.

За нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе согласно ч.7 ст. 38 данного закона ответственность несет рекламораспространитель.

На рассмотрение дела стороны, уведомленные надлежащим образом, не явились.

ПАО «Вымпелком» в ходе рассмотрения дела факт нарушения Закона о рекламе не признало. Таким образом, в Ивановское УФАС России не представлено доказательств невозможности продолжения распространения оператором связи рекламы с нарушением требований ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Руководствуясь статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе, в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации 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 законодательства Российской Федерации о рекламе.

Предписание антимонопольного органа, исходя из положений Закона о рекламе, является способом защиты общественных отношений, а также законных прав потребителей и иных

заинтересованных лиц, направлено на устранение выявленных при рассмотрении дела нарушений и не является мерой ответственности стороны.

Исходя из изложенного, руководствуясь частью 2 пункта 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 рекламу следующего содержания: «Переходите на iPhone XR. Удивительные возможности. Отличная цена: в Билайн – за 59 990 руб. Он великолепен во всём: большой дисплей на всю переднюю панель, самый мощный аккумулятор среди iPhone, невероятная производительность, фото студийного качества. Торопитесь, пока товар есть в наличии. Купите в интернет-магазине http://beel.ink/tradexr/ или офисах Билайн. Ближайший: *392#», поступившую 10.03.2019 в 19:27 на телефонный номер <...> от абонента «BeelineClub» без получения предварительного согласия абонента, ненадлежащей, поскольку при ее распространении были нарушены требования ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ПАО «Вымпелком» предписание о прекращении нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ивановского УФАС России для решения вопроса в соответствии со ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 29 апреля 2019 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.