РЕШЕНИЕ

по делу № 055/05/18-652/2019

27 августа 2019 года город Омск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее - Омское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

председатель Комиссии – (…),

члены Комиссии: (…),

рассмотрев дело № 055/05/18-652/2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения публичным акционерным обществом «Вымпел-Коммуникации», ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636, местонахождение (юридический адрес): 127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д. 10, стр.14 (далее – ПАО «ВымпелКом», Общество) рекламы по сетям электросвязи, содержащей признаки нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в присутствии: заявителя (…), представителя заявителя – (…) (без доверенности),

в отсутствие представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, извещенного надлежащим образом (почтовый идентификатор отправления 64497336953212),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России поступило заявление (…) по факту поступления на ее абонентский номер <...> (…) смс-сообщений:

- *«5 000 000 рублей для 7(…) от Билайн! Чтобы не упустить эту возможность, отправьте ДА или любое SMS на 5678 (беспл.) сегодня 08.04.2019! 15 р/день Инфо: win.beeline.ru или 060520 (беспл.)»* (08.04.2019 в 15:47 часов);

- *«Внимание 7(…) сегодня 09.04.2019 за пополнение вашего счета вы получили 250 баллов от Билайн! Подтвердите участие в розыгрыше 5 млн. рублей, отправив ДА или любое SMS на 5678 (беспл.) 15 р/день Инфо: win.beeline.ru или 060520 (беспл.)»* (10.04.2019 в 10:02 часов);

- *«Поздравляем 7(…) за пополнение вашего счета на 250,00 сегодня вы получили 250 баллов от Билайн! У Вас есть шанс получить 5 000 000 рублей от Билайн! Подтвердите участие в розыгрыше, отправив ДА или любое SMS на 5678 (беспл.) 15 р/день Инфо: win.beeline.ru или 060520 (беспл.)»* (02.05.2019 в 10:02 часов).

- *«Внимание 7(…) сегодня 28.05.2019 за пополнение вашего счета вы получили 250 баллов от Билайн! У Вас есть шанс получить 5 000 000 рублей от Билайн! Подтвердите участие в розыгрыше, отправив ДА или любое SMS на 5678 (беспл.) 15 р/день Инфо: win.beeline.ru или 060520 (беспл.)»* (29.05.2019 в 10:02 часов) от отправителя «5678».

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.

По утверждению заявителя, рекламная информация была направлена без ее предварительного согласия на получение рекламы, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «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.

При этом именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.

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

Согласно представленной Омскому УФАС России информации вышеуказанные рекламные смс-сообщения с текстом отправителя «5678» были направлены ПАО «ВымпелКом».

Определением от 05.08.2019 Омским УФАС России в отношении ПАО «ВымпелКом» было возбуждено дело № 055/05/18-652/2019 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В ответ на определение о возбуждении дела ПАО «ВымпелКом» пояснило: *«…»*.

На заседании Комиссии Омского УФАС России (…) поддержала доводы заявления, при этом отметила, что до подачи заявления в Омское УФАС России она неоднократно обращалась в адрес ПАО «ВымпелКом» с просьбой прекратить рассылку рекламы.

Рассмотрев материалы дела, заслушав пояснения, Комиссия Омского УФАС России пришла к следующим выводам.

1. 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 представленному договору оказания услуг связи (…) является абонентом оператора связи «Билайн» (ПАО «ВымпелКом»).

Факты направления рекламных смс-сообщений зафиксированы заявителем и подтверждаются представленной ПАО «ВымпелКом» детализацией.

Вместе с тем Комиссия Омского УФАС России отмечает, что в договоре напротив графы «на получение рекламной информации» <u>отсутствует отметка</u>, сделанная (…) как абонентом, выражающая ее согласие на получение рекламы.

2. В соответствии с пунктом 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.

Требования по запрету распространения рекламы без согласия абонента содержит и часть 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

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 рекламораспространителя. 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 рекламораспространителя.

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.

Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу, что при таких обстоятельствах дела согласие (…) как абонента ПАО «ВымпелКом» получено не было.

3. Относительно довода 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.

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.

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.

Указанные обстоятельства 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.

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 рекламораспространитель.

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

На основании изложенного, учитывая подтверждение факта распространения на абонентский номер +7 (…) рекламных смс-сообщений, а также отсутствие безоговорочного согласия абонента на получение этих сообщений 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 +7 (…).

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, Комисси

РЕШИЛА:

1. Признать действия публичного акционерного общества «Вымпел-Коммуникации» (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636), выразившиеся в направлении рекламной информации посредством смс-сообщений на абонентский номер <...> (…) заявителя (…) без ее 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 03 сентября 2019 года.

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