

## РЕШЕНИЕ

29 ноября 2013г.

г. Кемерово

Комиссия Кемеровского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Заместителя председателя Комиссии:	Клостер Е.А. -	заместителя руководителя управления; начальника отдела рекламы и недобросовестной конкуренции;
Членов комиссии:	Каминской Е.Б. -	ведущего специалиста- эксперта отдела рекламы и недобросовестной конкуренции;
	Акатьевой И.С. -	ведущего специалиста- эксперта отдела судебной и правовой работы,
	Анкудиновой А.А. -	

рассмотрев дело № 116/Р-2013, возбужденное в отношении Открытого акционерного общества «ВымпелКом» (далее - ОАО «ВымпелКом»), юридический адрес: 127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д. 10, стр. 14, ИНН 7713076301, по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту - ФЗ «О рекламе») в присутствии представителя ОАО «ВымпелКом» - <...> по доверенности № 39/13 от 27.09.2013г.

### УСТАНОВИЛА:

29.10.2013г. в адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступила информация (исх. б/н от 28.10.2013г.) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщений на мобильные номера <...>, <...>.

01.11.2013г. определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Кемеровским УФАС России в отношении ОАО «ВымпелКом» было возбуждено дело № 116/Р-2013 и назначено к рассмотрению на 29.11.2013г. на 14 часов 40 минут. Данное определение было направлено в адрес ОАО «ВымпелКом» заказным письмом с уведомлением о вручении.

29.11.2013г. состоялось рассмотрение дела № 116/Р-2013 в присутствии представителя ОАО «ВымпелКом» <...> по доверенности, которая пояснила, что с нарушением не согласна, исходя из следующего:

Телефонный номер <...> был выделен абоненту ОАО «ВымпелКом» - <...>, телефонный номер <...> – абоненту <...> в рамках заключенного абонентского договора об оказании услуг связи «Билайн» путем подписания заявления на предоставление услуг сотовой связи «Билайн». Абонент, подписывая данное заявление, заключает с оператором связи ОАО «ВымпелКом» публичный договор на предоставление услуг сотовой радиотелефонной связи, который размещен в сети интернет на официальном сайте ОАО «ВымпелКом». Текст договора был утвержден распоряжением № 062/01Р от 15.03.2001г. В соответствии с пунктом 67 указанного договора оператор связи вправе вносить изменения в договор. Соответствующие предложения направляются абоненту в письменном виде. Если в течение 30 дней с даты отправки соответствующего письма ОАО «ВымпелКом» не получит письменный отказ абонента принять предложенные изменения, то указанные изменения к договору считаются принятыми с даты оплаты абонентом счета или иного платежа по договору.

В пункте 9 абонентского договора об оказании услуг связи «Билайн», являющегося публичным договором, указано о том, что согласившись с условиями договора абонент выражает свое согласие на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи. Абоненты не направляли оператору ОАО «ВымпелКом» отказ о получении рекламной информации.

Также ОАО «ВымпелКом» считает, что на указанные телефонные номера были направлены смс – сообщения информационного характера о проводимой ОАО «ВымпелКом» для своих абонентов викторине «Смартфон для эрудита».

Дополнительно <...> пояснила, что в настоящее время рассылка вышеуказанной информации на телефоны <...>, <...> не производится, в подтверждение была представлена распечатка с программы, подтверждающая прекращение рассылки.

Рассмотрев материалы дела, заслушав пояснения <...>, Комиссия Кемеровского УФАС России установила:

На телефонные номера <...>, <...> направлялась реклама посредством смс - сообщений следующего содержания:

- 18.10.2013г. 08 часов 32 минуты **«Номер <...> выбран БИЛАЙН в число возможных ПОБЕДИТЕЛЕЙ»** от абонента 2014;

- 20.10.2013г. в 20 часов 12 минут **«ВАЖНО: У вас есть ШАНС ВЫИГРАТЬ 10 МЛН РУБЛЕЙ от БИЛАЙН! Отправьте ДА на 2014»** от абонента 2014;

- 28.10.2013г. в 14 часов 15 минут **«Номер <...> выбран БИЛАЙН в число возможных ПОБЕДИТЕЛЕЙ»** от абонента 2014.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, 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 распространённой 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.

Из информации, представленной в адрес Кемеровского УФАС России, следует, что согласия на получение вышеуказанной рекламы на номера <...>, <...> абоненты не давали.

Кемеровское УФАС России не может согласиться с доводами представителя ОАО «ВымпелКом» <...> исходя из следующего:

Пунктом 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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.

Пунктом 2 статьи 3 ФЗ «О рекламе» установлено, что объект рекламирования - 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.

Информация о том, что номер выбран в число возможных победителей и о возможности выиграть 10 миллионов рублей, направляемая на неопределенный круг лиц – абонентам сети подвижной связи «Билайн» (ОАО «ВымпелКом») и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования – викторине «Смартфон для эрудита», участие в которой является платным.

Из письменных пояснений представителя ОАО «ВымпелКом» <...>, представленных в адрес антимонопольного органа, следует, что период проведения викторины «Смартфон для эрудита» с 20.03.2013г. по 31.12.2013г. Для участия в викторине абонент должен приобрести контент на условиях подписи, в результате чего предоставляется участие в викторине составляет 19 рублей в сутки с НДС. Приобретение единиц контента посредством отправки смс – сообщений на номер <...> предоставляет возможность принять участие в викторине. За отправку смс – сообщений на номер <...> взимается плата 50 рублей с НДС за смс – сообщение.

Информация о проводимой викторине, направляемая абонентам сети подвижной связи «Билайн» не является информацией о предоставляемых оператором услугах и обладает всеми признаками рекламы.

Пункт 9 публичного договора об оказании услуг связи «Билайн» сформулирован следующим образом: «Соглашаясь с условиями договора в настоящей редакции, абонент выражает свое согласие на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе. ... В случае несогласия абонента с получением рекламной информации условия настоящего пункта не распространяют свое действие на взаимоотношения сторон при условии, что абонент: подпишет соответствующее заявление при заключении договора или направит его в адрес оператора в период действия договора, в том числе при принятии изменений условий договора; откажется, позвонив на

соответствующий телефонный номер <...> Подробности на сайте оператора».

Исходя из положений [статьи 438](#) Гражданского кодекса Российской Федерации, при изменении договора путем конклюдентных действий в отношении поступившего предложения оператора предполагается активное поведение абонента, его молчание не может рассматриваться как принятие такого предложения.

Ссылка представителя ОАО «ВымпелКом» <...> на то, что указанные абоненты не направляли в адрес ОАО «ВымпелКом» отказ от получения рекламы не может расцениваться как согласие на получение рекламы, поскольку частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» определено, что 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.

Из содержания договора оказания услуг связи «Билайн» не следует однозначной формулировки для понимания потребителя (абонента) о возможности выбора. Указанный договор не содержит понятия, как «даю согласие на получение рекламы» или «отказываюсь от получения рекламы».

Законом РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» установлена презумпция отсутствия у потребителя специальных познаний о свойствах и характеристиках услуги. Поэтому профессиональной стороной в этих отношениях является общество. Осуществляя деятельность по распространению рекламы, общество обязано знать и выполнять требования ФЗ «О рекламе» в соответствии с которым установлено требование получения предварительного согласия абонента, при этом именно рекламораспространитель обязан доказать, что согласие абонента было получено (часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе»).

На основании изложенного, оператор связи обязан довести до абонента информацию о том, что в соответствии с ФЗ «О рекламе» за абонентом-потребителем право выбора: дать согласие на получение рекламы или отказаться от получения рекламы.

Отсутствие отказа со стороны абонента от предоставления рекламной информации не может быть рассмотрено как его предварительное согласие.

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несёт рекламораспространитель.

В данном случае рекламораспространителем является ОАО «ВымпелКом».

Руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Кемеровского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ОАО «ВымпелКом» (ИНН 7713076301, юридический адрес: 127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д. 10, стр. 14) нарушившим требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщений без согласия абонента.

2. Предписание не выдавать в связи с добровольным устранением нарушения.

Решение изготовлено в полном объеме 12 декабря 2013 года.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня вынесения.

Е.А. Клостер

Заместитель председателя Комиссии:

Е.Б. Каминская

Члены Комиссии:

И.С. Акатьева

А.А. Анкудинова