

РЕШЕНИЕ

18.11.2019г.

г. Горно-Алтайск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

12 ноября 2019 года, рассмотрев дело № 004/05/18-263/2019 от 15.10.2019г., возбужденное в отношении ПАО «ВымпелКом» (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636, г. Москва, ул. 8-го Марта, д. 10, стр. 14),

по факту распространения СМС-сообщения: **«22-25.08.19 МЕГА – скидки в Sephora! До – 40% на любимые бренды в магазине в ТЦ Европейский (пл. Киевского вокзала, д.2). Подробнее: Sephora.ru»** по сетям сотовой связи с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в отсутствие заявителя – <...> (уведомлена надлежащим образом);

в отсутствие представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе – ПАО «ВымпелКом», (12.11.2019г. представлено ходатайство о рассмотрении дела № 004/05/18-263/2019 в отсутствие его представителя);

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай поступило заявление физического лица <...> (вх. №3625 от 23.08.2019г.), являющейся абонентом оператора сотовой связи «ВымпелКом», о распространении рекламного СМС-сообщения посредством сотовой связи с признаками нарушения статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» на мобильный телефон, а именно: **«22-25.08.19 МЕГА – скидки в Sephora! До – 40% на любимые бренды в магазине в ТЦ Европейский (пл. Киевского вокзала, д.2). Подробнее: Sephora.ru»**, поступившего в 09:32 23.08.2019г. от отправителя Sephora, через sms-центр +79037011111.

По мнению заявителя, данное сообщение является рекламой. Заявитель считает, что вышеуказанными действиями распространитель смс-рекламы нарушил Закон «О рекламе», так как согласия на получение

рекламы посредством сотовой связи она не давала.

В качестве подтверждения факта получения смс-рекламы заявителем представлен скриншот со своего мобильного телефона, подтверждающий факт получения абонентом вышеуказанного смс-сообщения.

ПАО «ВымпелКом» 12.09.2019г. представило информацию (вх. №3968), согласно которой договор об оказании услуг связи «Билайн», заключаемый между ПАО «ВымпелКом» и абонентом состоит из: бланка, содержащего учетные данные абонента, сведения о выделенном абоненту номере, заказанных абонентом услугах, выбранном абонентом тарифном плане и тому подобных сведений, идентифицирующих абонента и индивидуализирующих условия, на которых будут оказываться услуги связи; текста публичных условий договора, которые являются одинаковыми для всех потребителей.

03.01.2012г. между <...> и ПАО «Вымпелком» заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» № 694836845 (далее – Договор). Бланк Договора не может быть представлен в связи с его утерей. При этом, ПАО «ВымпелКом» представлен незаполненный бланк публичного договора об оказании услуг связи «Билайн», стандартный для всех абонентов и применяемый во взаимоотношениях между оператором связи «Билайн» и абонентами-физическими лицами.

Согласно п. 8.13 условий оказания услуг связи «Билайн» (далее – Условия), 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 в случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе и рассылках по сети подвижной связи, осуществляемой по инициативе оператора.

Исходя из буквального толкования содержания п. 8.13 Условий оказания услуг связи «Билайн», абонент при подписании договора об оказании услуг связи «Билайн» выражает свое согласие на получение рекламной информации и может отказаться от ее получения, только совершив действия, указанные в данном пункте (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).

Учитывая, что в силу п. 2.1 Условий пользование услугами оператора связи ПАО «ВымпелКом» означает безусловное согласие абонента с Условиями, само по себе заключение абонентом договора об оказании услуг связи означает его согласие на получение рекламы, рекламодателем которой является ПАО «ВымпелКом», независимо от содержания такой рекламы и того, кто именно является рекламодателем - сам оператор или третьи лица.

Таким образом, подписав бланк договора об оказании услуг связи № 694836845 от 03.01.2012г., по мнению общества, <...> подтвердила, что ознакомлена и согласна с Условиями оказания услуг связи «Билайн», в том числе и с условием о получении рекламной информации. <...> при подписании договора не выразила своего несогласия на получение рекламы, то есть возможностью отказаться от получения рекламы не воспользовалась. В период исполнения договора <...> не было совершено действий, направленных на отказ от получения рекламной информации. Письменный отказ от рекламной рассылки либо телефонный звонок об этом оператору связи не поступал.

Рассматриваемое смс-сообщение поступило 23.08.2019г. в 09:32 часов на абонентский номер с буквенного значения Serphora, закрепленного за ООО «Иль Де Боте» (далее - Общество), на основании договора об оказании услуг связи «Билайн» № 138985322 от 01.08.2007г., а также дополнительного соглашения от 21.08.2019г., в соответствии с которым оператор связи обязуется оказывать, а абонент (ООО «Иль Де Боте») обязуется оплачивать услуги по рассылке коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера потенциальных и/или действующих клиентов и/или партнеров абонента, являющихся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи «Билайн».

03.10.2019 ООО «Иль Де Боте» представило информацию (вх. № 4380), согласно которой в соответствии с Дополнительным соглашением являются рекламодателем рекламного материала (п. 5.2), список номеров для рассылки рекламного материала ПАО «Вымпелком» формирует самостоятельно (п. 2.1), Общество отвечает только за содержание текстовых сообщений (п. 5.2). Таким образом, предварительное согласие абонента на основании договора об оказании услуг связи «Билайн» № 138985322 от 01.08.2007г., дополнительного соглашения от 21.08.2019г. должно быть получено ПАО «ВымпелКом».

В связи с тем, что указанная реклама содержит признаки нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», в соответствии с частями 1, 2 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», определением Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай от 15.10.2019г. возбуждено дело № 004/05/18-263/2019 в отношении ПАО «ВымпелКом» и назначено к рассмотрению на 12.11.2019г.

Вышеуказанное определение с требованием к ПАО «ВымпелКом» предоставить письменные пояснения по факту возбуждения УФАС по РА дела о нарушении рекламного законодательства и к <...> предоставить надлежащим образом заверенную копию договора об оказании услуг связи «Билайн» № 694836845 от 03.01.2012г. было направлено заказными письмами в адрес ПАО «ВымпелКом» (почтовое уведомление №80082440169611) и <...> (почтовое уведомление №80082440169628) и посредством электронной почты.

12.11.2019г. поступило ходатайство от ПАО «ВымпелКом» (вх. №4979) о рассмотрении дела №004/05/18-263/2019 от 21.05.2019г. в отсутствие его представителя.

На момент заседания Комиссии УФАС по РА заявитель и ответчик были надлежащим образом уведомлены о дате и времени рассмотрения дела.

В связи с вышеизложенным, Комиссия УФАС по РА, руководствуясь пунктом 30 вышеуказанных Правил, приняла решение о рассмотрении дела в отсутствие заявителя и ответчика.

В ходе рассмотрения дела Комиссия установила следующее:

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38 - ФЗ «О рекламе», реклама – это 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.

Объектом рекламирования может быть 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.

Товар, согласно пункту 3 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Как следует из статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» для целей данного Федерального закона используются следующие основные понятия:

- 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.

Соответственно, термин «реклама», примененный в части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ, предполагает значение, отличающееся от общего определения, данного в статье 3 этого же Закона, а именно в нем отсутствует такой признак рекламы, как ее адресованность неопределенному кругу лиц. Информация, передаваемая посредством

использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, всегда предполагает индивидуализированного (посредством абонентского номера или уникального кода идентификации) абонента, который ее получает.

В письме ФАС России от 20 июня 2018 г. № АД/45557/18 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.

Следовательно, полученное заявителем СМС-сообщение: **«22-25.08.19 МЕГА – скидки в Sephora! До – 40% на любимые бренды в магазине в ТЦ Европейский (пл. Киевского вокзала, д.2). Подробнее: Sephora.ru»**, является рекламой, так как оно неперсонифицировано (направлено абоненту), направлено на привлечение внимания, формирование интереса у потребителя (абонента) к фитнес услугам и продвижение этих услуг на рынке.

Признак рекламы – адресация неопределенному кругу лиц, в данном случае не является безусловным основанием для непризнания СМС-сообщения рекламой, так как реклама, распространяемая посредством сотовой связи, подразумевает ее обращение конкретному абоненту.

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.

В данном случае под абонентом или адресатом понимается 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 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 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.**

Заявитель в заявлении (вх. № 3625 от 23.08.2019г.) указывает, что он не давал отправителю СМС-рекламы разрешения на получение рекламы, что свидетельствует о наличии признаков нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пп. 22.1 п. 22 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Федеральный закон «О связи» не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя, в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (то есть, например, с использованием «коротких» или «буквенных» номеров) и сообщения, направляемые автоматически. Сообщения, рассылаемые с номеров, входящих в российскую систему и план нумерации или предусмотренные договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи и не являющиеся автоматическими, не подпадают под указанное понятие рассылки.

Согласно части 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» 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. 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.

В соответствии с разъяснениями ФАС России 05.12.2014 №АК/49919/14 оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, выполняет не только функции доставки сообщения, но также обеспечивает направление сообщения в сеть электросвязи, соответственно имеет правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения, в том числе наличие у сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на получение такой рассылки.

Таким образом, в случае осуществления рассылки рекламных сообщений с номеров, не соответствующих российской системе и плану нумерации, сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (например, с «коротких» и «буквенных» номеров), а также направляемых автоматически, оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может признаваться рекламораспространителем.

Согласно п. 1.1 дополнительного соглашения от 21.08.2019г. к договору об оказании услуг связи «Билайн» № 138985322 от 01.08.2007г., заключенному между ПАО «Вымпелком» и ООО «Иль Де Боте» ПАО «Вымпелком» («Билайн») обязуется оказывать, а абонент обязуется оплачивать услуги по рассылке коротких текстовых сообщений («услуги») на абонентские телефонные номера потенциальных и/или действующих клиентов и/или партнеров абонента (ООО «Иль Де Боте»), являющихся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи Билайн («пользователи»). Согласно п. 2.1 указанного соглашения, услуги включают в себя: рассылку коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера пользователей, с применением правил таргетирования списка пользователей, предоставление агрегированного отчета о проведенной рассылке согласно бланку заказа на услуги.

В соответствии с п. 5.2 стороны согласились, что абонент (ООО «Иль Де Боте») является рекламодателем. В случае признания «Билайн» государственными органами, в том числе органами, осуществляющими надзор за соблюдением законодательства в сфере рекламы, рекламодателем и наложения ими штрафов, за нарушение законодательства в части требований к содержанию рекламы, в том числе к содержанию коротких текстовых сообщений, абонент (ООО «Иль Де Боте») обязуется возместить все возможные имущественные потери «Билайн».

Таким образом, в соответствии с положениями п. 5.2 Дополнительного

соглашения, ООО «Иль Де Боте» является рекламодателем и несет ответственность за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе в части содержания рекламы.

Исходя из анализа Договора и пп. 1.1, 2.1 Дополнительного соглашения, распространение рекламы путем рассылки коротких текстовых сообщений и формирования списка получателей сообщений осуществляется ПАО «ВымпелКом» (потенциальным и/или действующим клиентам и/или партнерам ООО «Иль Де Боте», являющимся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи «Билайн»), следовательно, согласие абонента на распространение в его адрес рекламы должно быть получено ПАО «ВымпелКом».

В соответствии с п. 1 ст. 44 Закона о связи на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услугами связи на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи.

Между абонентом и ПАО «ВымпелКом» 03.01.2012г. заключен договор об оказании услуг связи.

В соответствии с п. 1 ст. 45 Закона о связи, ст. 426 ГК РФ договор об оказании услуг связи, заключаемый с гражданами, является публичным договором. Абонент принимает условия договора об оказании услуг связи добровольно, с его собственного согласия, на основании принципа свободы договора - основополагающего принципа гражданского законодательства, закрепленного в п. 2 ст. 1 и ст. 421 ГК РФ.

На договор об оказании услуг связи распространяются положения ГК РФ о договоре присоединения.

Согласно п. 1 ст. 428 ГК РФ договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах и иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом. При этом согласно п. 2 ст. 428 ГК РФ присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора.

При подписании договора Абонент выражает согласие с Условиями оказания услуг связи «Билайн».

Согласно п. 1.1 Условий, Условия являются составной частью договора об оказании услуг связи «Билайн» и регулируют отношения между оператором и абонентом при оказании оператором услуг связи.

Согласно пп. 1 п. 2.1 разд. 2 Условий, договор заключается путем принятия абонентом условий договора в полном объеме, в письменной форме путем подписания бланка договора абонентом и оператором или уполномоченным им лицом в двух экземплярах.

Согласно п. 8.13 Условий, 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 рассылке по сети подвижной связи, осуществляемой по инициативе оператора.

Согласно бланку Договора, представленному ПАО «ВымпелКом», абонент при заключении договора вправе: дать согласие либо отказаться от получения рекламной информации и рассылки от оператора; дать согласие либо отказаться от получения рекламной информации и рассылки от третьих лиц.

ПАО «ВымпелКом» ссылаясь на то, что согласие было получено от абонента 03.01.2012г. при заключении договора об оказании услуг связи № 694836845, не представило копию данного договора, а значит, не доказало получение согласия абонента на распространение в его адрес рекламы.

Частью 7 статьи 38 Закона «О рекламе» ответственность за нарушение части 1 статьи 18 настоящего Федерального закона возложена на рекламораспространителя.

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе рекламораспространитель – это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что идентификатор «Sephora» не соответствует российской системе и плану нумерации, в связи с этим, ПАО «ВымпелКом» (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636, г. Москва, ул. 8-го Марта, д. 10, стр. 14), являясь оператором связи абонента, которому предназначена рассматриваемая смс-реклама, признается рекламораспространителем.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства о рекламе, признается ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

Комиссия УФАС по РА считает, что рассматриваемая смс-реклама является ненадлежащей.

При решении вопроса о возможности выдачи предписания, Комиссия

исходит из того, что документы, подтверждающие исключение номера +79035073100 из списка для отправки рекламных смс-сообщений ПАО «ВымпелКом» не представлены.

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,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу: **«22-25.08.19 МЕГА – скидки в Sephora! До – 40% на любимые бренды в магазине в ТЦ Европейский (пл. Киевского вокзала, д.2). Подробнее: Sephora.ru»** поступившего в 09:32 часов 23.08.2019г. от отправителя Sephora, через sms-центр +79037011111, на мобильный номер без предварительного согласия абонента <...> на получение рекламы, что противоречит ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»;

2. Выдать ПАО «ВымпелКом» предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства, а именно – прекратить распространение смс-рекламы: **«22-25.08.19 МЕГА – скидки в Sephora! До – 40% на любимые бренды в магазине в ТЦ Европейский (пл. Киевского вокзала, д.2). Подробнее: Sephora.ru»** по сетям электросвязи без наличия предварительного согласия абонента (+79035073100) на получение рекламы.

3. Передать материалы дела уполномоченному лицу УФАС по РА для возбуждения административного производства, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ в отношении ПАО «ВымпелКом», виновного в нарушении рекламного законодательства.

Решение антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд, в течение трех месяцев, в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.