

РЕШЕНИЕ

«02» июля 2019г.

г. Кемерово

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Заместитель
председателя
Комиссии: <...> заместителя руководителя управления;
> -

Членов
Комиссии: <...> начальника отдела рекламы, недобросовестной
> - конкуренции и финансовых рынков;
специалиста-эксперта отдела рекламы и
<...>
> - недобросовестной конкуренции и финансовых рынков,

рассмотрев дело № 042/05/18-498/2019, возбужденное в отношении Публичного акционерного общества «Вымпел - Коммуникации» (далее - ПАО «ВымпелКом», 127083, г. Москва, улица 8 марта, дом 10, строение 14, ОГРН: 1027700166636, дата присвоения ОГРН: 28.08.2002, ИНН: 7713076301, КПП: 771301001) по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту - ФЗ «О рекламе»), в присутствии представителя ПАО «ВымпелКом» <...> (доверенность от <...>, № <...>, далее - <...>),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило обращение физического лица (вх. 12.03.2019 № 1212э) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении нежелательного смс - сообщения (рекламы) 05.03.2019 в 18 часов 04 минуты на абонентский номер <...>.

Из ответа представителя ПАО «ВымпелКом» (исх. от 28.03.2019 № ВР-04/б/н) следует, что вышеуказанное смс - сообщение было направлено с смс - центра <...> в рамках договора об оказании услуг связи «Билайн» № <...> от <...>, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и Обществом с ограниченной ответственностью «Ямагучи Кемерово» (далее - ООО «Ямагучи Кемерово»).

Кроме того, 04.03.2019 к договору об оказании услуг связи «Билайн» № <...> от <...> сторонами было заключено дополнительное соглашение № 1, в соответствии с которым оператор связи обязуется оказывать, а абонент (ООО «Ямагучи Кемерово») 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 (п. 1.1 дополнительного соглашения). При этом оператор связи обеспечивает техническую возможность оказания данных услуг в соответствии с объемами, потребностями и качеством, требуемым абонентом (п. 4.3. дополнительного соглашения), а абонент (ООО «Ямагучи Кемерово») самостоятельно определяет содержание коротких текстовых сообщений (п. 5.2. дополнительного соглашения).

13.11.2002 между ПАО «ВымпелКом» и заявителем был заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» № <...>, во исполнение заключенного договора абоненту выделен абонентский номер <...>.

На день заключения указанного договора были утверждены и действовали Условия оказания услуг связи «Билайн», которые были размещены на официальном сайте оператора связи.

Согласно пункту 2.1. Условий оказания услуг связи «Билайн» в полном объеме, в письменной форме одним из следующих способов:

-путем подписания бланка договора абонентом и оператором или уполномоченным им лицом в двух экземплярах;

-путем совершения действия однозначно подтверждающего волеизъявление абонента на принятие условий оферты и заключение договора в виде проставления абонентом собственноручной подписи на экране графического устройства оператора;

-иным способом, предусмотренным действующим законодательством или договором для письменной формы договоров.

Подписав бланк договора об оказании услуг связи № <...> от <...> заявитель подтвердил, что ознакомлен и согласен с условиями оказания услуг связи «Билайн», в том числе и с условием о получении рекламной информации.

Абонент (заявитель) <...> при подписании договора не выразил своего несогласия на получение рекламы. В период исполнения договора абонентом не было совершено действий, направленных на отказ от получения рекламы, то есть возможностью отказаться от получения рекламы не воспользовался.

Бланк договора об оказании услуг связи «Билайн» с абонентом <...>, утрачен, в связи, с чем ПАО «ВымпелКом» не имеет возможности представить его заверенную копию.

08.04.2019 определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Кемеровским УФАС России было возбуждено дело № 042/05/18-498/2019 в отношении ПАО «ВымпелКом» и назначено к рассмотрению на 15.05.2019 в 10 часов 00 минут. Данное определение было направлено в адрес ПАО «ВымпелКом» заказным письмом с уведомлением о вручении.

28.03.2019 поступили письменные пояснения от ПАО «ВымпелКом» (исх. от 07.05.2019 № 2826) из которых следует, что ПАО «ВымпелКом», действующее на основании действующих лицензий на оказание услуг связи, осуществляет оказание услуг связи гражданам и юридическим лицам в соответствии с требованиями

Федерального закона № 126 - ФЗ от 07.07.2003 «О связи», на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг телефонной связи.

В силу положения статьи 426 Гражданского Кодекса Российской Федерации, Федерального закона № 126 - ФЗ от 07.07.2003 «О связи», договор об оказании услуг связи, предоставляемых ПАО «ВымпелКом» физическим лицам, носит публичный характер.

Договор об оказании услуг связи «Билайн», заключенный 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, в соответствии со статьей 426 Гражданского Кодекса Российской Федерации, являются одинаковыми для всех потребителей.

В силу пункта 8.13. Условий оказания услуг связи «Билайн» 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 рассылке по сети подвижной связи, осуществляемой по инициативе оператора.

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) третьим лицам.

На день заключения договора об оказании услуг связи «Билайн» № <...> с заявителем были утверждены и действовали условия оказания услуг связи «Билайн», которые были размещены на официальном сайте оператора связи.

Подписав бланк договора об оказании услуг связи «Билайн» № <...>, заявитель подтвердил, что ознакомлен и согласен с Условиями оказания услуг «Билайн», в том числе и с условием о получении рекламной информации.

Следовательно, ПАО «ВымпелКом» как оператор связи и как рекламораспространитель получило согласие абонента (заявителя) на получение рекламы при использовании услуг связи, а также на обработку его персональных данных и данных об оказанных услугах для целей продвижения товаров (работ, услуг), в том числе товаров (работ, услуг) третьих лиц.

15.05.2019 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-498/2019 в присутствии представителя ПАО «ВымпелКом» <...> (доверенность от <...>, № <...>), которая пояснила, что ПАО «ВымпелКом» с нарушением несогласно, а также поддержала письменные пояснения, представленные ранее.

Рассмотрев материалы дела, заслушав представителя по доверенности,

Комиссия пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения данного дела для получения дополнительных доказательств.

Определением от 15.05.2019 рассмотрение дела № 042/05/18-498/2019 было отложено на 02.07.2019 в 11 часов 00 минут. Данное определение было направлено в адрес ПАО «ВымпелКом» заказным письмом с уведомлением о вручении.

02.07.2019 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-498/2019 в присутствии представителя ПАО «ВымпелКом» <...> (доверенность от <...>, № <...>), которая поддержала письменные пояснения, представленные ранее.

Рассмотрев материалы дела, заслушав письменные пояснения представителя ПАО «ВымпелКом», Комиссия Кемеровского УФАС России установила.

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило обращение физического лица (вх. 12.03.2019 № 1212э) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении нежелательного смс - сообщения (рекламы) 05.03.2019 в 18 часов 04 минуты на абонентский номер <...> следующего содержания: «Подарите красоту и здоровье любимым! Массажеры для всего тела, косметологические приборы, МАССАЖНЫЕ КРЕСЛА! Скидки до 30% Ждем Вас Променад 3, ур. Е; Ситидом 1 эт. yamaguchi-kenovo.ru +78005053210» от абонента «YAMAGUCHI».

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 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.

Как следует из материалов дела смс - сообщение, которое поступило на абонентский номер заявителя (<...>) 05.03.2019 в 18 часов 04 минуты было от абонента «YAMAGUCHI», следующего содержания: «Подарите красоту и здоровье любимым! Массажеры для всего тела, косметологические приборы, МАССАЖНЫЕ КРЕСЛА! Скидки до 30% Ждем Вас Променад 3, ур. Е; Ситидом 1 эт. yamaguchi-kenovo.ru +78005053210».

Вышеуказанное смс-сообщение, направленное ПАО «ВымпелКом» физическому лицу, посредством смс-сообщения, является рекламной, поскольку направлено на привлечение внимания к товарам (предложением) хозяйствующего субъекта (ООО «Ямагучи Кемерово»).

Из письменных пояснений ПАО «ВымпелКом» следует, что подписав бланк договора об оказании услуг связи «Билайн» № <...>, заявитель подтвердил, что ознакомлен и согласен с Условиями оказания услуг «Билайн», в том числе и с условием о получении рекламной информации.

Вместе с тем, бланк договора об оказании услуг связи «Билайн» № <...>с абонентом <...>, утрачен, в связи, с чем ПАО «ВымпелКом» не имеет возможности представить его заверенную копию.

Заявитель также не представил договор об оказании услуг связи «Билайн» № <...>, в связи с тем, что найти оригинал данного документа не представляется возможным.

Как указал Пленум ВАС РФ в пункта 15 Постановления от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «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 от абонента может быть получено в любой форме и в порядке, которые, однако, должны предусматривать какой-либо способ фиксации факта получения такого согласия. При этом бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламодателе, в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

Таким образом, рекламодателям необходимо помнить, что согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение конкретной рекламы от конкретного рекламодателя и должно быть зафиксировано каким-либо образом для подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, 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. 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 соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель.

Поскольку ПАО «ВымпелКом» не представило доказательств наличия безусловного согласия абонента на получение указанной рекламы, распространенная посредством смс - сообщения, направлена на привлечение внимания к услугам (предложениям) иного хозяйствующего субъекта (ООО «Ямагучи Кемерово», является ненадлежащей рекламой, нарушающей требования, установленные частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Также ПАО «ВымпелКом» не представлено доказательств, что заявитель при подписании договора услуг связи «Билайн» № 74183756, не выразил своего несогласия на получение рекламы.

Таким образом, в нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» ПАО «ВымпелКом» распространило рекламу (05.03.2019 в 18 часов 04 минуты) на абонентский номер <...> от абонента «YAMAGUCHI», без согласия заявителя.

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 36-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по

признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,
Комиссия Кемеровского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать Публичное акционерное общество «Вымпел - Коммуникации» (127083, г. Москва, улица 8 марта, дом 10, строение 14, ОГРН: 1027700166636, дата присвоения ОГРН: 28.08.2002, ИНН: 7713076301, КПП: 771301001) нарушившим требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщения (05.03.2019 в 18 часов 04 минуты) без согласия абонента <...>.

2. Не выдавать предписание в связи с окончанием размещения рекламы.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Кемеровского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме «08» июля 2019 года.

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

Заместитель председателя Комиссии <...>

Члены Комиссии <...>

<...>