

РЕШЕНИЕ

по делу № 055/05/18-369/2019

21 мая 2019 года
Омск

город

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 № 055/05/18-369/2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения публичным акционерным обществом «Вымпел-Коммуникации» (далее – ПАО «ВымпелКом», Общество), (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636, местонахождение (юридический адрес): 127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д. 10, стр.14) рекламы по сетям подвижной радиотелефонной связи, содержащей признаки нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие заявителя (...), извещенного надлежащим образом,

в присутствии представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ПАО «ВымпелКом» (...) (Доверенность № ВР-18-611 от 01.07.2018),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России поступили заявления гражданина (...) по факту направления на его абонентский номер <...> (...) от отправителя «5678» смс-сообщений рекламного характера:

1. «Поздравляем (...)! За пополнение счета на 100.00 вы получили 100 баллов от Билайн! У вас есть шанс получить 7 000 000 рублей от Билайн! Подтвердите участие в розыгрыше, отправив ДА или любое SMS на номер <...> (беспл.)! Участие платное 15р/день. Инфо win.beeline.ru или 060520 (беспл.)» (01.03.2019 в 13:38 часов).

2. «Номер (...) был выбран Билайн для розыгрыша 7 000 000 рублей! Только что вы получили 200 баллов! Увеличьте ваш ШАНС на победу, отправьте ДА! или любое SMS на номер <...> (беспл.)! Стоимость 15 руб./день. Инфо: win.beeline.ru или 060520 (беспл.)» (05.03.2019 в

19:55 часов).

3. «Внимание (...) сегодня 14.03.2019 за пополнение вашего счета вы получили 200 баллов от Билайн! Подтвердите участие в розыгрыше 7 млн. рублей, отправив ДА или любое SMS на номер <...> (беспл.)! Стоимость 15р/день. Инфо:win.beelint.ru или 060520 (беспл.)» (14.03.2019 в 17:39 часов).

По утверждению заявителя, вышеуказанная рекламная информация была направлена без его предварительного согласия на получение рекламы.

Согласно информации, представленной оператором подвижной связи ПАО «ВымпелКом», вышеуказанные рекламные смс-сообщения с текстом отправителя «5678» на абонентский номер заявителя +7 (...) были направлены ПАО «ВымпелКом».

Определением от 06.05.2019 Омским УФАС России в отношении ПАО «ВымпелКом» было возбуждено дело № 055/05/18-369/2019 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

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.

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

В отзыве от 17.05.2019 на определение о возбуждении дела ПАО «ВымпелКом» пояснило: (...)

Комиссия Омского УФАС России не может согласиться с доводами ПАО «ВымпелКом», исходя из следующего.

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 пункту 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.

В силу части 1 статьи 18 Федерального 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

При этом Федеральный закон «О рекламе» не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

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 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.

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.

При этом 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.

Вместе с тем, оценивая текст Договора об оказании услуг связи «Билайн» (бланк Договора), заключенного между ПАО «ВымпелКом» и абонентом (...), следует отметить, что заключая упомянутый Договор, абонент (...) подтвердил, что ознакомлен и согласен с условиями Договора и тарифного плана путем проставления личной подписи в имеющейся графе для подписи. При этом бланк указанного Договора в принципе не оставляет абоненту права выбора на получение либо отказ от получения рекламной информации ввиду отсутствия в нем соответствующей графы (чек-бокса) для заполнения.

Таким образом, принимая условия оказания услуг связи, абонент фактически лишен возможности отказаться от распространения в его адрес рекламной информации в момент заключения Договора.

Доводы 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.

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.

Таким образом, рассмотрев представленные ПАО «ВымпелКом» доказательства получения согласия абонента (...) на распространение в его адрес рекламной информации, Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу, что указанные доказательства 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.

На основании изложенного, учитывая подтверждение факта распространения на телефонный номер абонента рекламных смс-сообщений, а также отсутствие в материалах дела доказательств, подтверждающих безоговорочное согласие абонента на их получение, 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 (...).

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 рекламодатель.

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

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, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать действия публичного акционерного общества «Вымпел-Коммуникации» (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636), выразившиеся в направлении рекламной информации посредством смс-сообщений от отправителя «5678» на абонентский номер <...> (...) без его 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 24 мая 2019 года.

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