

РЕШЕНИЕ

03 мая 2017 года
город Иваново

Комиссия Ивановского УФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе (далее - Комиссия): <...>,

рассмотрев дело №03-31/2017-05, возбужденное по признакам нарушения Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»,

в отсутствие заявителя: <...>;

в отсутствие представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе: Публичного акционерного общества «Вымпел-Коммуникации» (сокращенное наименование ПАО «Вымпелком», ИНН 7713076301, юридический адрес: 127083 г. Москва, ул. Восьмого марта, д. 10, стр. 14),

УСТАНОВИЛА:

В Ивановское УФАС России поступило заявление <...>, в котором содержится информация о наличии признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Так, из заявления следует, что 10.01.2017 в 10:31 на телефонный номер <...> от абонента «5555» пришло рекламное смс-сообщение следующего содержания: «Внимание номер <...> ! Вы были выбраны для получения приглашения! Уже сегодня 15 000 рублей и 3 000 000 рублей в ФИНАЛЕ! Отправьте ДА на 5555, отвечайте на вопросы викторины и выигрывайте! Стоимость участия: 12 руб/день. Инфо win.beeline.ru и 0555 (беспл.)». Однако своего согласия на получение подобной рекламной рассылки абонент не давал.

Следовательно, в указанной рекламе содержатся признаки нарушения ч.1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон 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.

Факт распространения рекламы подтверждается: заявлением, скриншотом

смс (сообщения), сведениями об оказанных абоненту услугах.

Ивановское УФАС России наделено полномочиями по рассмотрению указанного заявления. По данному факту 13 марта 2017 года возбуждено дело №03-31/2017-05 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Определениями от 11 апреля 2017 года рассмотрение дела было отложено для истребования дополнительных доказательств на 03 мая 2017 года, срок рассмотрения продлен.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

Понятия «сеть связи», «средства связи», «абонент» приведены в ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи».

Так, сеть связи – это технологическая система, включающая в себя средства и линии связи и предназначенная для электросвязи или почтовой связи.

Средства связи – технические и программные средства, используемые для формирования, приема, обработки, хранения, передачи, доставки сообщений электросвязи или почтовых отправлений, а также иные технические и программные средства, используемые при оказании услуг связи или обеспечении функционирования сетей связи.

Абонент – это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие «адресат» содержится в ст.2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которой адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

В соответствии с п. 4 ст. 3 Закона о рекламе ненадлежащей является реклама не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно ст. 3 Закона о рекламе реклама – это информация, распространяемая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирования и поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке.

Федеральной антимонопольной службой России в письме №АЦ/4624 от 05.04.2007 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. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

В содержании рассматриваемой информации отсутствуют сведения, указывающие на лицо, до которого информация доведена (распространена) и на восприятие которого непосредственно направлена. Указание в рекламе номера абонента не может быть признано персонификацией адресата сообщения.

Кроме того, согласно письменным пояснениям ПАО «Вымпелком» (вх. №743ДМП от 06.03.2017) рассматриваемое смс-сообщение является внутренней рассылкой Билайн и смс-нотификацией акции «Пополняй и выигрывай», которая проводилась в зоне обслуживания сети связи ПАО «Вымпелком», целевая аудитория для информирования о данной акции была сформирована из базы абонентов. Правила участия в данной акции в соответствии со ст.435 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) являются офертой, адресованной физическим лицам, заключившим договор об оказании услуг связи с ПАО «Вымпелком».

Вместе с тем, в письме ФАС России от 13 июня 2013 г. N АК/22976/13 «Об отнесении к рекламе смс-сообщений оператора связи» разъяснено, что не должна относиться к рекламе информация, распространяемая посредством смс-сообщений, направляемых операторами сотовой связи своим абонентам, содержащая сведения о порядке исполнения или изменении условий исполнения обязательств по предоставлению базовых услуг в рамках условий и предмета заключенного договора. При этом к рекламе следует отнести: предложения о подключении дополнительной услуги или мобильного контента за дополнительную плату, а также предложение обратиться на мобильный сервис (портал), если посредством данного сервиса (портала) абоненту за дополнительную плату может быть предоставлен мобильный контент или дополнительные услуги.

В письменных пояснениях ПАО «Вымпелком» (вх. №743ДМП от 06.03.2017) также подтвердило, что участие в акции «Пополняй и выигрывай» не изменяет порядок исполнения условий по предоставлению базовых услуг в рамках условий и предмета заключенного с абонентом договора, не влияет на порядок исполнения условий.

Таким образом, рассматриваемая информация подпадает под определение рекламы и содержит все её признаки:

- адресована неопределенному кругу лиц;

- направлена на привлечение внимания к викторине (акции «Пополняй и выигрывай») и платной услуге по участию в ней;

- призвана формировать и поддерживать интерес к объектам рекламирования, способствует их продвижению на рынке.

Вместе с тем, ПАО «Вымпелком», не оспаривая факт распространения рекламы абоненту, в письменных пояснениях (вх. №743ДМП от 06.03.2017) указывает на наличие согласия заявителя на смс-рассылку информации рекламного характера.

На рассмотрение дела стороны, уведомленные надлежащим образом, не явились.

Согласно письменным пояснениям ПАО «Вымпелком» абонентский номер +79052780797 выделен <...> по договору оказания услуг связи «Билайн» №89935065/1 от 11.04.2004. Кроме того, текст публичных условий договора, которые являются одинаковыми для всех потребителей, размещен на официальном сайте Общества www.beeline.ru.

В материалы дела представлена копия указанного договора с абонентом, в котором нет отдельной строки о даче согласия на распространение смс-рекламы, однако по тексту указано следующее: «текст правил пользования услугами сети сотовой радиотелефонной связи Билайн мною прочитан, с изложенными в них условиями, а также действующими тарифами обслуживания я выражаю согласие».

Таким образом, Общество полагает, что абоненту в данном случае надлежало направить оператору связи соответствующий отказ от смс-рекламы. Свои доводы ПАО «Вымпелком» основывает на пункте 8.13 текста публичных условий договора об оказании услуг связи «Билайн» (далее – Условия Билайн) в действующей редакции, согласно которому:

«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 рассылках по сети подвижной связи, осуществляемой по инициативе Оператора.

Согласие на получение рекламной информации может быть выражено Абонентом в процессе получения Услуг, в порядке, установленном Оператором.

Под рекламной информацией в рамках настоящего пункта понимается информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования (когда

объектом рекламирования является третье лицо), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. К рекламной информации не относится информация об Операторе и Услугах, доведение которой до Абонента Оператором обязательно в соответствии с Федеральным законом № 126-ФЗ от 7 июля 2003 г. «О связи», Правилами и другими нормативными документами в их развитие.

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) третьих лиц.

В случае несогласия Абонента с получением рекламной информации и рассылок условия настоящего пункта не распространяют свое действие на взаимоотношения Сторон при условии, что Абонент:

- 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 <...> Подробности — на Сайте Оператора.»

Комиссия сочла доводы представителя ПАО «Вымпелком» несостоятельными в виду следующего.

При обращении в Ивановское УФАС России заявитель сообщил об отсутствии его согласия на получение рекламных сообщений.

На дату заключения договора между Обществом и заявителем (11.04.2004) отношения по предоставлению услуг связи не могли регулироваться представленной редакцией Условий Билайн, т.к. в них не могла идти речь о даче согласия абонента на смс-рекламу. Соответствующие требования, препятствующие распространению спама, были регламентированы только с принятием Закона о рекламе в 2006 году.

В материалы дела не представлены доказательства уведомления абонента об изменениях в Условиях Билайн. Вместе с тем, судебная практика свидетельствует о колоссальном количестве выданных операторам связи предписаний контролирующих органов о необходимости соблюдения положений Закона о защите прав потребителей, и статьи 438 ГК РФ, с учетом которой при изменении договора путем конклюдентных действий в отношении поступившего предложения оператора предполагается активное поведение абонента, а его молчание не может рассматриваться как принятие такого предложения (например, постановление ФАС Волго-вятского округа от 08.02.2011 по делу №А28-14037/2009).

Кроме того, в силу ч. 1 ст.431 ГК РФ при толковании условий договора должно

приниматься во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений.

Вопрос о восприятии и толковании указанного пункта Условий Билайн был внесен в повестку дня заседания Экспертного совета по применению законодательства о рекламе при Ивановском УФАС России 17.04.2017. При этом члены Совета по результатам обсуждения решили, что данная формулировка пункта 8.13 Условий Билайн не может толковаться как выражение согласия абонента на получение рекламы, и предполагает оформление такого согласия в виде дополнительного волеизъявления гражданина, позволяющего его идентифицировать.

Исходя из изложенного, Комиссия полагает, что в 8.13 Условий Билайн закреплено только право абонента выразить свою волю, но идентифицировать результат такого волеизъявления в данном случае как согласие на получение смс-рекламы нельзя.

При этом ссылка ПАО «Вымпелком» на возможность абонента отозвать своё согласие признается Комиссией несостоятельной в связи с тем, что указанный пункт Условий Билайн применим только в том случае, когда абонент изначально (при подписании договора или иным способом) выразил свое согласие на получение рекламы, а не в случае, когда такое согласие презюмируется в связи с односторонним изменением Обществом текста правил.

Косвенно данный вывод подтверждается также условиями акции «Пополняй и выигрывай», рекламируемой в рассматриваемом смс. Так, в письменных пояснениях ПАО «Вымпелком» (вх. №743ДМП от 06.03.2017) указало, что целевая аудитория для информирования о данной акции была сформирована из базы абонентов Общества и включала только тех абонентов, которые не выразили свой отказ на получение рекламных смс-сообщений.

Законодательством Российской Федерации не определен порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, что предполагает допустимым любую форму предварительного согласия абонента.

Однако согласно ч.1 ст. 18 Закона о рекламе реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

В п.15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», разъяснено следующее: «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 абонента 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».

Таким образом, 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. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получения рекламы лежит на лице ее распространившем.

Условия Билайн, в соответствии с которыми заявитель заключал договор на предоставление услуг связи, не предусматривали дачу согласия на получение абонентом рекламы, а также не содержали никаких упоминаний о возможности распространения рекламы.

Одностороннее изменение правил оказания услуг связи ПАО «Вымпелком» не может считаться достоверным подтверждением волеизъявления абонента на получение рекламы. Такие действия не свидетельствуют о добросовестном соблюдении оператором связи требований статьи 18 Закона о рекламе и не освобождают Общество от обязанности получения надлежащего согласия абонента перед распространением на его телефонный номер смс-рекламы.

В рассматриваемом случае ПАО «Вымпелком» создает условия, при которых своими действиями лишает абонента возможности пользоваться законодательно установленной защитой от получения рекламной корреспонденции в отсутствие прямого на то волеизъявления, одновременно вынуждая его дополнительно отзывать согласие, которое он фактически не выражал.

Согласно п.32 ст.2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи», под услугой связи понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

Очевидно, что действия оператора связи по распространению рекламных сообщений на номера обслуживаемых им абонентов, не являются услугами связи. Следовательно, одностороннее включение в правила оказания услуг подвижной связи положений, отличающихся от природы самого договора, без получения прямого согласия абонентов на такие изменения, является выгодным для ПАО «Вымпелком», так как позволяет Обществу распространять рекламу дополнительных платных услуг.

Таким образом, Комиссия считает, что в данном случае ПАО «Вымпелком» пытается заменить право абонента на обязанность, что не может быть истолковано как получение согласия на смс-рекламу.

Указанные действия ПАО «Вымпелком», направленные на обеспечение получения формального согласия абонента, не соответствующее по форме действующему законодательству, рассматриваются Комиссией как злоупотребление Обществом своим положением оператора связи.

Исходя из изложенного, Комиссия пришла к выводу о том, что в материалы дела не представлено необходимых доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы посредством смс-рассылки ПАО «Вымпелком».

Таким образом, рассматриваемая реклама нарушает требования ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

За нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе согласно ч.7 ст. 38 данного закона ответственность несет рекламораспространитель.

ПАО «Вымпелком» в ходе рассмотрения дела факт нарушения Закона о рекламе не признало. Таким образом, в Ивановское УФАС России не представлено доказательств невозможности продолжения распространения оператором связи рекламы с нарушением требований ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Руководствуясь статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе, в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации 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 законодательства Российской Федерации о рекламе.

Предписание антимонопольного органа, исходя из положений Закона о рекламе, является способом защиты общественных отношений, а также законных прав потребителей и иных заинтересованных лиц, направлено на устранение выявленных при рассмотрении дела нарушений и не является мерой ответственности стороны.

Исходя из изложенного, руководствуясь частью 2 пункта 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,

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу следующего содержания: «Внимание номер <...> ! Вы были выбраны для получения приглашения! Уже сегодня 15 000 рублей и 3 000 000 рублей в ФИНАЛЕ! Отправьте ДА на 5555, отвечайте на вопросы викторины и выигрывайте! Стоимость участия: 12 руб/день. Инфо win.beeline.ru и 0555 (беспл.)», поступившую 10.01.2017 в 10:31 на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения без получения предварительного согласия абонента, ненадлежащей, поскольку при ее распространении были нарушены требования ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ПАО «Вымпелком» предписание о прекращении нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ивановского УФАС России для решения вопроса в соответствии со ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 04 мая 2017 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Подписи членов Комиссии

ПРЕДПИСАНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

04 мая 2017 года

г. Иваново

Комиссия Ивановского УФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе (далее - Комиссия): <...>

на основании своего решения от 04 мая 2017 года по делу №03-31/2017-05 о признании ненадлежащей рекламы, в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным

органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. Публичному акционерному обществу «Вымпел-Коммуникации» (сокращенное наименование ПАО «Вымпелком», ИНН 7713076301, юридический адрес: 127083 г. Москва, ул. Восьмого марта, д.10, стр.14) устранить выявленное нарушение ч.1 ст. 18 Закона о рекламе, для чего в срок **до 23 мая 2017 года** прекратить распространение на телефонный номер <...> ненадлежащей рекламы следующего содержания: «Внимание номер <...> ! Вы были выбраны для получения приглашения! Уже сегодня 15 000 рублей и 3 000 000 рублей в ФИНАЛЕ! Отправьте ДА на 5555, отвечайте на вопросы викторины и выигрывайте! Стоимость участия: 12 руб/день. Инфо win.beeline.ru и 0555 (беспл.)», а также иной исходящей от ПАО «Вымпелком» смс-рекламы, без получения предварительного согласия абонента.

2. ПАО «Вымпелком» представить в Ивановское УФАС России письменные доказательства исполнения п. 1 настоящего предписания в срок до **06 июня 2017 года**.

Невыполнение в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе влечет привлечение к административной ответственности в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Подписи членов Комиссии