

ПАО «ВЫМПЕЛКОМ» 8 Марта ул., д. 10, стр. 14, г. Москва, 111402 ... ООО «СМС-Центр» Набережная Пресненская, д. 12, оф. А35, г. Москва, 123112 ... ООО «Альфа» Шлиссельбургский пр-т, пом. 41, г. Санкт-Петербург, 192177 ...

РЕШЕНИЕ по делу № 077/05/18-7791/2022 г. Москва Резолютивная часть оглашена «30» августа 2022 года. Изготовлено в полном объеме « » сентября 2022 года. Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России, Комиссия) в составе: председателя Комиссии: ..., членов Комиссии: ... рассмотрев дело № 077/05/18-7791/2021, возбужденное в отношении ПАО «ВЫМПЕЛКОМ», ООО «СМС-Центр» и ООО «Альфа» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении на телефонный номер ... посредством СМС-сообщений рекламы следующего 1. «Цены тают как снег 12 мес-9000р 60 карт БРОНЬ! 84950232141 FusionFit», поступившей 22.03.2022 в 12:29 от отправителя FusionFit; 2. «Успей купить 12 мес = 12 000 Все включено 84950324232 FusionFit Барклай», поступившей 08.04.2022 в 12:23 от отправителя FusionFit, в отсутствие представителей ПАО «ВЫМПЕЛКОМ», ООО «СМС-Центр», ООО «Альфа», УСТАНОВИЛ: Дело № 077/05/18-7791/2022 возбуждено в отношении ПАО «ВЫМПЕЛКОМ», ООО «СМС-Центр», ООО «Альфа» на основании заявления физического лица по факту распространения на телефонный номер . посре..дством СМС-сообщений рекламы следующего содержания: 1. «Цены тают как снег 12 мес-9000р 60 карт БРОНЬ! 84950232141 FusionFit», поступившей 22.03.2022 в 12:29 от отправителя FusionFit; 2. «Успей купить 12 мес = 12 000 Все включено 84950324232 FusionFit Барклай», поступившей 08.04.2022 в 12:23 от отправителя FusionFit, . Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам. Поступление указанной рекламы на телефонный номер ... подтверждается скриншотами экрана мобильного телефона, а также детализированной выпиской, представленными заявителем. Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе рекламой является 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. В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» 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. Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам. В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер. Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать

тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации. При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей. В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя. Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена. При этом в случае направления посредством СМС-сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение (упоминание имени и отчества абонента), представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой. Учитывая развивающиеся технологии и возможности обработки значительного объема информации, в том числе об определенном абоненте, следует оценивать не только возможность неопределенного круга лиц воспользоваться отдельным предложением продавца, но и систематичность, массовость направления однотипных сообщений и их конечную цель. Кроме того немаловажным является то обстоятельство, что положения статьи 18 Закона о рекламе должны распространяться на всю нежелательную информацию, которая направляется абоненту и тем или иным образом направлена на привлечение или поддержание его интереса к определенному товару. Не может служить исключением информация от продавца, у которого абонент приобретал товар, услугу и который в силу специфики своего статуса имеет широкий доступ к информации об абоненте и использует это в коммерческих целях. Иное толкование привело бы к тому, что продавцу абонента предоставлен особый статус среди иных потенциальных распространителей рекламы в силу наличия у него информации об абоненте и противоречило бы самой сути ограничения, установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе. Согласно пункту 2 статьи 3 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 Закона о рекламе под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот. Исходя из текста СМС-сообщения, в котором содержится предложение воспользоваться услугами FusionFit по ценам, указанным в тексте сообщений, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования. В материалы дела не представлены доказательства, свидетельствующие о распространении рассматриваемой информации исключительно в адрес одного лица — заявителя. Сам по себе текст СМС-сообщения не содержит сведений, позволяющих говорить о персональной направленности спорного СМС-

сообщения. Резюмируя изложенное, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, поддержанию интереса к нему. На основании вышеизложенного установлено, что информация, распространенная посредством смс-сообщения на номер телефона ..., отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку представленная в тексте сообщения информация носит обобщенный характер и способна формировать интерес у широкого круга лиц; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования. 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием. Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать 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 ВАС 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. При этом из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламы по сетям электросвязи. Факт того, что заявитель является владельцем телефонного номера ... подтверждается материалами и сведениями, предоставленными оператором связи, и не оспаривается лицами, участвующими в деле. Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера ... , согласие на получение спорной рекламы он не давал. В частности, ПАО «ВымпелКом» и ООО «СМС-центр» представлено в адрес Московского УФАС России согласие заявителя на получение рекламных рассылок, выраженное в заключении договора № ГД-2103-1284 от 24.03.2021 на оказание физкультурно-оздоровительных услуг (далее - Договор), подписанного заявителем. Вместе с тем, Комиссия оценивает заявленные возражения как несостоятельные и считает необходимым отметить следующее. В соответствии с пунктом 6.1. Договора член клуба дает свое добровольное согласие на обработку персональных данных и согласие на получение рекламных SMS-сообщений от Клуба на указанный номер телефона. Клуб гарантирует, что персональные данные

члена клуба, указанные в настоящем договоре, будет использовать Клубом исключительно для целей исполнения настоящего договора. Информирование члена клуба об окончании действия договора и о будущих предложениях Клуба заключить новый договор, наличие задолженности за оказанные услуги, информирование члена Клуба о мероприятиях, организуемых в клубе, о новых услугах, предоставляемых в клубе, предоставления любой иной информации, прямо или косвенно относящейся к предоставлению услуг Клубом. Использование (обработка) персональных данных члена клуба включает в себя сбор, систематизацию, накопление, хранение. Уточнение (обновление, изменение) персональных данных члена клуба, а также передачу этих данных третьим лицам, привлекаемым Клубом для оказания услуг члену клуба. Информация, указанная в настоящем пункте, может предоставляться члену клуба любым наиболее удобным способом, а именно, но не исключительно: посредством устных телефонных переговоров или письменных SMS-сообщений, сообщений на адрес электронной почты члена клуба, письменное сообщение, направляемое почтовой связью или курьерской службой, телеграммой и т. п. Обработка персональных данных разрешается членом, как с использованием средств автоматизации, так и без использования таких средств, на бумажных носителях информации и в электронном виде (с использованием ЭВМ). Подписанием настоящего договора член клуба дает свое согласие Клубу на обработку своих персональных данных на условиях, указанных в настоящем договоре. Отказаться от получения SMS-сообщений член Клуба может позвонив по номеру ... или направить электронное письмо по адресу ... Также в соответствующих графах указан номер телефона и стоит личная подпись заявителя. 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. По мнению Комиссии Московского УФАС России, включение обязательного условия о даче согласия при заключении договора на оказание каких-либо услуг, в данном случае — участие в клубной программе, противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения. Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации. При этом оценивая подобное содержание заявления, Комиссия приходит к выводу, что Общество сформировало данный документ таким образом, что у клиента в момент заключения договора отсутствует возможность не соглашаться с получением рекламы на свой мобильный номер телефона. В данном случае у лица, заключившего договор, возникает необходимость для отказа от получения рекламных сообщений совершить ряд дополнительных действий. В то время, когда для их получения достаточно лишь вступить в программу. Подобное положение, по мнению Комиссии, прямо противоречит самой цели установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе правила предварительного получения согласия абонента, и нарушает его право на возможность не соглашаться на распространение на его телефон (электронную почту и т.п.) рекламы. Согласно статье 309 ГК РФ обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями или иными обычно предъявляемыми требованиями. Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов,

поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения. Недопустимость получения безальтернативного согласия на рекламу путем включения такого условия в договор банковских или иных услуг подтверждается также судебной практикой (например, решения Арбитражного суда по делам №№ А40-37364/20, А40-138528/21, Постановления Девятого арбитражного апелляционного суда по делам № А40-187154/20, № А40-256820/20, № А40-261844/20, А40-46103/21, Постановления арбитражного суда Московского округа по делам № А40-146238/20, № А40-97793/20, А40-201406/20, А40-237631/20). Таким образом, при распространении спорной рекламы установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы без предварительного согласия абонента. Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. Таким образом, распространение на телефонный номер ... посредством СМС-сообщений рекламы следующего содержания: 1. «Цены тают как снег 12 мес-9000р 60 карт БРОНЬ! 84950232141 FusionFit», поступившей 22.03.2022 в 12:29 от отправителя FusionFit; 2. «Успей купить 12 мес = 12 000 Все включено 84950324232 FusionFit Барклай», поступившей 08.04.2022 в 12:23 от отправителя FusionFit, с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе, является ненадлежащей. В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель. В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств. Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей. Исходя из материалов дела рассматриваемое рекламное СМС-сообщение распространялись на основании следующих последовательно заключенных договоров: 1. Договор об оказании услуг связи «Билайн» № 572561248 от 22.09.2015, а также Дополнительное соглашение № 2 от 01.10.2017, заключенные между ПАО «ВымпелКом» и ООО «СМС-центр»; 2. Договор № 482020 от 01.12.2017, заключенный между ООО «СМС-центр» и ООО «Альфа»; В ответ на определение о возбуждении дела № 077/05/18-7719/2022 ПАО «ВымпелКом» и ООО «СМС-центр» были представлены возражения, согласно которым они не являются и не могут являться рекламодателями. Между тем, Комиссией установлено, что ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС-центр» и ООО «Альфа» являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным. В настоящем случае ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС-центр» и ООО «Альфа» не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе. Кроме того, исходя из положений договора и соглашения, следует, что субъекты приняли на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе, при распространении рекламных сообщений, а также по осуществлению отправки сообщений только тем пользователям, которые выразили свое согласие на их получение. В этой связи действия лиц, участвующих

в деле, противоречат ранее приведенным положениям договора и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке СМС-сообщений информационного и рекламного характера неопределенному кругу лиц.

Обратного ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС-центр» и ООО «Альфа» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

Желание лиц, участвующих в деле, получать обусловленную договором плату за оказание услуг по передаче СМС-сообщения, в том числе рекламного характера, и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче представляет собой исключительное злоупотребление правом, которое в силу части 2 статьи 10 ГК РФ не подлежит защите. Кроме того, согласно части 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, предпринимательская деятельность направленная на систематическое извлечение прибыли осуществляется субъектом на свой риск. Право общества на осуществление предпринимательской деятельности не должно нарушать права и интересы лица, не изъявившего желание получать рекламные сообщения. В этой связи, заключив вышеупомянутые договоры ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС-центр» и ООО «Альфа» приняли на себя все обязательства по указанным договорам (в том числе по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение) со всеми вытекающими правовыми последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе. На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению СМС-сообщения до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС-центр» и ООО «Альфа» рекламораспространителями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе. Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС-центр» и ООО «Альфа» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер ... посредством СМС-сообщений рекламы следующего содержания: 1. «Цены тают как снег 12 мес-9000р 60 карт БРОНЬ! 84950232141 FusionFit», поступившей 22.03.2022 в 12:29 от отправителя FusionFit; 2. «Успей купить 12 мес = 12 000 Все включено 84950324232 FusionFit Барклай», поступившей 08.04.2022 в 12:23 от отправителя FusionFit. Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24 ноября 2020 года № 1922 (далее — Правила), 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. Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе. Также в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась. Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц. На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС-центр» и ООО «Альфа» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе. Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России РЕШИЛА: 1. Признать ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС-центр» и ООО «Альфа» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при выразившееся в распространении на телефонный номер ... посредством СМСсообщений рекламы следующего содержания: 1. «Цены тают как снег 12 мес-9000р 60 карт БРОНЬ! 84950232141 FusionFit», поступившей 22.03.2022 в 12:29 от отправителя FusionFit; 2. «Успей купить 12 мес = 12 000 Все включено 84950324232 FusionFit Барклай», поступившей 08.04.2022 в 12:23 от отправителя FusionFit,. 2. Выдать ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС-центр» и ООО «Альфа» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. 3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. Председатель Комиссии ... Члены Комиссии ...