Комиссия Карельского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

<…>– заместитель руководителя Карельского УФАС России, председатель Комиссии;

<…>– начальник отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов, недобросовестной конкуренции и рекламы, член Комиссии;

<…>– ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов, недобросовестной конкуренции и рекламы, член Комиссии,

рассмотрев дело №03-02/45-2018, возбужденное в отношении публичного акционерного общества «Вымпел - Коммуникации» (ОГРН: 1027700166636; ИНН: 7713076301; юридический адрес: г. Москва, ул. Восьмого Марта, д. 10, стр. 14; далее – ПАО «ВымпелКом», оператор связи) по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе», Закон) по факту распространения 16.10.2018 в 10 часов 03 минуты посредством SMS-сообщения на абонентский номер телефона (<…>) <…> рекламы без предварительного согласия,

в присутствии законного представителя ПАО «ВымпелКом» по доверенности от 09.04.2018 № З-18-209 <…>, в отсутствие надлежащим образом уведомленного о дате времени и месте рассмотрения дела заявителя,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Карельского УФАС России поступило заявление физического лица от 16.10.2018 (вх. № 4836) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством SMS-сообщения на мобильный номер абонента <…>) без его предварительного согласия.

Из приложенных к заявлению документов следует, что SMS-сообщение рекламного характера поступило от абонента 5678; SMS-центр: +79037011111; дата и время: 16.10.2018, 10:03; текст: «Поздравляем <…>! За пополнение счета на 1000.00 вы получили 1000 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.)».

Заявитель просил принять меры по отношению к рекламодателям и рекламораспространителям вышеназванной рекламы, так как своего

согласия на получение указанной рекламы им дано не было.

Определением от 17.12.2018 «О возбуждении рассмотрения дела №03-02/45-2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» (далее – определение) рассмотрение дела было назначено на 15 часов 00 минут 14.01.2019.

В связи с тем, что в адрес Карельского УФАС России не поступили сведения об уведомлении заявителя о дате, времени и месте рассмотрения дела, в целях соблюдения прав и интересов указанного лица, Комиссия определила рассмотрение дела № 03-02/45-2018 отложить.

Определением от 14.01.2019 «Об отложении рассмотрения дела №03-02/45-2018 и продлении срока рассмотрения» дело отложено и назначено на 11 часов 00 минут 07.03.2019.

Рассмотрение дела состоялось в назначенное время.

Представитель ПАО «Вымпелком» не согласился с вменяемыми нарушениями, поддержал позицию, изложенную в письменных пояснениях, представленных во исполнение Определения с письмом от 28.12.2018 (вх. от 28.12.2018 №6243), согласно которым рекламная SMS рассылка, осуществляемая по инициативе оператора, в целях продвижения абонентам услуг связи, их информирования об акциях производится ПАО «ВымпелКом» всем тем абонентам, которые не выразили свой отказ от получения подобных SMS - сообщений при заключении с оператором связи договора об оказании услуг связи Билайн или в процессе его исполнения.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

В силу статьи 1 ФЗ «О рекламе» целями настоящего Закона являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В соответствии со статьей 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; объект рекламирования - товар, средство его индивидуализации, 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 - продукт деятельности (в том числе

работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно разъяснениям ФАС России от 05.04.2007 № АЦ/4624 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.

Из пункта 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» следует, что 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым ФЗ «О рекламе».

Информация, распространенная на выделенный <…>телефонный номер <...> , полностью подпадает под определение, данное в статье 3 ФЗ «О рекламе», так как распространяется посредством подвижной радиотелефонной связи, адресована неопределенному кругу лиц, то есть не персонифицирована и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае является акция «Побеждай и Выигрывай», проводимая оператором связи с целью продвижения услуг связи.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона 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.

Ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламораспространитель (часть 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе»).

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламораспространителей.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал, что согласно части 1 статьи 18 ФЗ «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 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. Ввиду того, что Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, 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.

Приложенными к заявлению документами подтверждается, что рассматриваемое SMS-сообщение рекламного характера поступило 16.10.2018 в 10 часов 03 минуты, направлено через сервисную платформу ПАО «Вымпел - Коммуникации».

Отвечая на запрос Карельского УФАС России ПАО «ВымпелКом» в письме от 09.11.2018 б/н указало, что текст, рассматриваемый в спорном SMS-сообщении, информирует абонента о проводимой ПАО «ВымпелКом» акции. Направляя, указанное SMS-сообщение в адрес абонента ПАО «ВымпелКом» проинформировало его о возможности участия в этой акции, а также условиях ее проведения.

Абонентский номер <…>, на который поступило спорное SMS -сообщение, выделен в сети ПАО «ВымпелКом» гражданину <…> в рамках договора на оказание услуг связи «Билайн» от 24.03.2005 №16581982 (в материалы дела данный договор оператором связи не представлен).

Из пояснений ПАО «ВымпелКом» следует, что договор об оказании услуг связи «Билайн», заключаемый между Обществом и абонентом, состоит из:

- бланка, содержащего учетные данные абонента, сведения о выделенном

абоненту номере, заказных абонентом услугах, выбранном тарифном плане и тому подобных сведений, идентифицирующих абонента и индивидуализирующих условия, на которых будут оказываться услуги связи;

- текста публичных условий договора, которые, в соответствие со статьей 426 Гражданского Кодекса Российской Федерации, являются одинаковыми для всех потребителей – физических лиц;

Вместе с тем, из представленных материалов ПАО «ВымпелКом» следует, что ПАО «ВымпелКом» и <…>заключили договор о предоставлении услуг сотовой радиотелефонной связи Би+ от 24.03.2005 № 16581982.

В дополнение ПАО «ВымпелКом» указал, что условия договора, применяемые во взаимоотношениях между оператором связи и абонентами – физическими лицами, размещены на официальном сайте Общества www.beeline.ru.

ПАО «ВымпелКом» ссылаясь на Условия оказания услуг связи «Билайн» полагает, что, подписав договор об оказании услуг связи, абонент подтвердил, что ознакомлен и согласен с Условиями оказания услуг связи «Билайн», а также с условиями действующих тарифов обслуживания.

С указанным нельзя согласиться в силу следующего.

Так, в пункте 8.13 Условий оказания услуг связи «Билайн» говорится лишь о том, что абонент вправе выразить свое согласие на возможность получения рекламы или его отказ. То есть предполагается как минимум два действия: подписание договора и выражение согласия в виде дополнительного действия.

В данном случае в указанном пункте закреплено только право абонента выразить свою волю, но идентифицировать результат такого волеизъявления в данном случае как согласие на получение SMS-рекламы нельзя.

Кроме того, подобная формулировка противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения, подобное навязывание услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента не получение рекламной информации.

По мимо прочего из ответа ПАО «ВымпелКом» следует, что указанное смс-сообщение, отправленное от ПАО «ВымпелКом», не является рекламным, носит информационный характер, ПАО «ВымпелКом» проинформировало абонента о возможности участия в акции, а также условиях ее проведения. При этом текст SMS-сообщения содержит обращение именно к конкретному абоненту <…>), и не направлено на неопределенный кругу лиц.

Следует отметить, что с вышеуказанными доводами ПАО «ВымпелКом» нельзя согласиться по следующим основаниям.

Понятие «реклама» определено пунктом 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» исходя из которой как указано выше – 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.

В письме ФАС России от 13.06.2013 № АК/22976/13 «Об отнесении к рекламе СМС-сообщений оператора связи» указано, что «…не должна относиться к рекламе информация, распространяемая посредством SMS-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, в частности:

- об изменении стоимости данных услуг, предоставляемых в рамках выбранного абонентом тарифного плана;

- об обеспечении данных услуг бесплатными сервисами (например, «Вам звонили», «Узнать баланс», «Я в сети»);

- о нахождении абонента в роуминге (в том числе о пересечении абонентом границы и возможном изменении в порядке списания денежных средств);

- об изменении порядка оплаты данных услуг, в том числе о возможности изменения порядка оплаты данных услуг по выбору абонента, не связанного с подключением дополнительной услуги за дополнительную плату.

Вместе с тем распространяемая посредством SMS-сообщений информация о дополнительных услугах, предлагаемых операторами сотовой связи абонентам, с которыми у них заключен договор на оказание услуг, **может рассматриваться в качестве рекламы, если такая услуга выступает в качестве объекта рекламирования...»**.

Согласно Правилам, размещенным на сайте http://win.beeline.ru/ (ссылка на указанный сайт приведена в рассматриваемом SMS-сообщений), акция «Побеждай и Выигрывай» (далее по тексту - «акция») проводится в зоне обслуживания сети связи ПАО «ВымпелКом», с использованием короткого номера доступа 5555 или 5678 (далее по тексту - «номер акции»), срок проведения акции: с 01.09.2018 (00:00:00 время Московское) по 31.03.2019 (23:59:59 время Московское).

Кроме того, в Правилах акции указано, что данная акции не является лотереей, стимулирующей лотереей либо иной основанной на риске азартной игрой, носит рекламный характер и проводится с целью привлечения внимания абонентов к дополнительным услугам оператора связи, участники акции - дееспособное физическое лицо, достигшее

возраста 18 (восемнадцати) лет, являющееся абонентом оператора связи и выполнившее необходимые условия для участия в акции.

В письме ФАС России от 27.06.2016 № АД/43482/16 указано, что «…в случае направления посредством SMS-сообщений 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 в сообщении (упоминание имени и отчества абонента), представляет интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой…».

Следовательно, информация: «**Поздравляем <…>**! За пополнение счета на 1000.00 **вы получили** 1000 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.)» является рекламной, поскольку целевым назначением ее распространения является привлечение внимание получателей (потребителей рекламы) к проводимой акции «Побеждай и Выигрывай» и участию абонентов в ее проведении.

В силу специфики способа распространения рекламы по сетям электросвязи следует исходить из возможности направления однообразных предложений с несколькими отличающимися условиями разным абонентам.

Учитывая, что ПАО «ВымпелКом», совершая действия по передаче SMS-сообщения, определял его получателей, можно констатировать, что ПАО «ВымпелКом» является рекламораспространителем (лицо, осуществляющее распространение рекламы с использованием любых средств).

Таким образом, действия ПАО «ВымпелКом» по распространению 16.10.2018 в 10:03 на телефонный номер <…>без его предварительного согласия рекламы совершены с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 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 следующего содержания:

«Поздравляем <…>! За пополнение счета на 1000.00 вы получили 1000 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.)», распространенную 16.10.2018 в 10:03, посредством SMS-сообщения без предварительного согласия заявителя, как нарушающую требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Признать ПАО «ВымпелКом» (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636) нарушившим требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
3. Предписание о прекращении нарушения не выдавать, в связи с его устранением.
4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Карельского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении ПАО «ВымпелКом».

Решение антимонопольного органа может быть оспорено в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.