

РЕШЕНИЕ

по делу № 06-06/20-2017

19 апреля 2017 года

город Омск

Комиссия Омского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

председатель Комиссии – <...>, заместитель руководителя Омского УФАС России,

члены Комиссии: <...>,

рассмотрев дело № 06-06/20-2017 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения Публичным акционерным обществом «Вымпел-Коммуникации» (далее – ПАО «ВымпелКом») рекламы по сетям электросвязи, содержащей признаки нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в присутствии представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ПАО «ВымпелКом» – <...> (доверенность от 01.09.2016 № 274/16),

в отсутствие заявителя - <...> (ходатайство от 29.03.2017),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России поступило заявление <...> по факту направления 23.12.2016 в 08:03 часов (по омскому времени) на ее абонентский номер <...> смс-сообщения рекламного характера: «В банке «Пойдем!» - новая программа кредитования «Распродажа кредитов»! Только до 31 декабря 2016г.! приходите в офисы в Омске! Тел. 88002001230. АО КБ «Пойдем!» от абонента, имеющего обозначение **BrandInfo**.

По утверждению заявителя, данная реклама была отправлена с помощью смс-сообщения без ее предварительного согласия, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», в силу которой распространение рекламы посредством радиотелефонной связи допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

При этом именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.

На запрос Омского УФАС России ПАО «ВымпелКом» представлена информация (вх. № 174/ДСП от 23.03.2016), из которой следует, что: «...Указанное в запросе SMS-сообщение от 23.12.2016 г. поступившее на абонентский номер <...> в 08 часов 04 минуты с текстом отправителя «Brandinfo», было направлено с SMS- центра <...> в рамках в рамках договора оказания услуг № 220213ВК/ЭП (далее по тексту - Договор) заключенного между Публичным акционерным обществом «Вымпел - Коммуникации» и Обществом с ограниченной ответственностью «Эксперт Промоушен».

В соответствии с предметом Договора ПАО «ВымпелКом» как оператор связи приняло на себя обязанность по распространению мобильной рекламы путем направления Абонентам SMS- сообщений и/или иным способом в рамках рекламной кампании. Все существенные условия рекламной кампании проводимой по заказу ООО «Эксперт Промоушен», в том числе и содержание отправляемого SMS-сообщения, содержатся в утверждаемом сторонами Медиа-Плане. Под абонентом в Договоре понимается физическое лицо, заключившее с ПАО «ВымпелКом» договор об оказании услуг связи, на основании которого ему выделен абонентский номер и который содержит согласие Абонента на получение рекламы.

В рамках Договора ООО «Эксперт Промоушен» самостоятельно осуществляет формирование условий рекламной кампании, определяет желаемое имя отправителя, текст, предполагаемого к отправке SMS-сообщения указанное обстоятельство подтверждается пп. 5 п. 1.3. Договора, согласно которому ООО «Эксперт Промоушен» формирует Медиа-планы на каждую рекламную кампанию и направляет их ПАО «ВымпелКом» на согласование, кроме того в п. 3.1.3. содержится обязанность ООО «Эксперт Промоушен» по обеспечению соответствия исходных рекламных материалов законодательству РФ, в том числе ФЗ «О рекламе», за что ООО «Эксперт Промоушен» несет ответственность.

Относительно наличия согласия Абонента на получение рекламной информации посредством направления ему SMS-сообщения, поясняем, что ПАО «ВымпелКом», действующее на основании выданных лицензий на оказание услуг связи, осуществляет оказание услуг связи гражданам и юридическим лицам в соответствии с требованиями ФЗ № 126-ФЗ от 07.07.2003 г. «О связи», на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг телефонной

связи. Правила оказания услуг телефонной связи утверждаются Правительством Российской Федерации.

В силу положений статьи 426 ГК РФ, п. 14 Правил оказания услуг телефонной связи (утв. Постановлением Правительства РФ № 1342 от 09.12.2014 г.), Федерального закона «О связи», договор об оказании услуг связи, предоставляемых ПАО «ВымпелКом» физическим лицам, носит публичный характер.

Договор об оказании услуг связи Билайн, заключаемый 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 ст.426 ГК РФ, являются одинаковыми для всех потребителей.

В силу п. 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. Согласие, выраженное Абонентом на получение рекламной информации в рамках заключенных договоров до вступления в силу настоящей редакции Договора, сохраняет свою силу при введении данной редакции. Согласие на получение рекламной информации может быть выражено Абонентом в процессе получения Услуг, в порядке установленном Оператором. 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 условия настоящего пункта не распространяют свое действия 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.

Исходя из буквального толкования содержания п. 8.13. Условий оказания услуг связи Билайн абонент при подписании Договора об оказании услуг связи Билайн выражает свое согласие на получение рекламной информации и может отказаться от получения только совершив действия, указанные в данном пункте.

22.11.2012 г. между ПАО «ВымпелКом» и <...> был заключен договор № 451208131 об оказании услуг связи «Билайн», во исполнение заключенного договора абоненту выделен абонентский номер <...>. При подписании указанного договора гр. РФ <...> выразила согласие на присоединение к Условиям оказания услуг связи Билайн, в том числе и к условию о согласии на получение рекламной информации. Абонентом в момент заключения Договора и в период его исполнения не было совершено действий, направленных на отказ от получения рекламной информации, таким образом, у ПАО «ВымпелКом» имеются законные основания для направления рекламной информации указанному абоненту.

Резюмируя вышеизложенное: фактическое формирование SMS-сообщения, указанного в Запросе, осуществлялась ООО «Эксперт Промоушен», ПАО «ВымпелКом» осуществляло только их рассылку абонентам. При этом следует отметить, что **при отправке SMS-сообщения содержащего рекламную информацию Абоненту у ПАО «ВымпелКом» имелось согласие данного Абонента на получение рекламной информации**, таким образом, в действиях ПАО «ВымпелКом» отсутствуют действия, которые бы свидетельствовали о нарушении части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе».

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

Одновременно в качестве приложения к пояснениям (вх. № 174/ДСП от 23.03.2016) ПАО «ВымпелКом» была представлена копия Договора оказания услуг № 220213ВК/ЭП от 22.02.2013, заключенного с ООО «Эксперт Промоушен» (ОГРН 1127747068679, ИНН 7721772824).

Учитывая положения пункта 1.1. Договора оказания услуг № 220213ВК/ЭП от 22.02.2013, ПАО «ВымпелКом» является рекламодателем, т.е. лицом, осуществляющим распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Согласно части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» именно на рекламодателя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ 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.**

В ответ на Определение Омского УФАС России № 06-06/20-2017 о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации <...> была представлена копия договора об оказании услуг связи «Билайн», в котором **отсутствуют сведения о том, что <...> выразила свое согласие на получение рекламной информации от ПАО «ВымпелКом».**

Так, в частности, при заключении вышеуказанного договора абонент <...> выразила свое согласие относительно следующих Условий оказания услуг связи «Билайн»:

В соответствии с **подпунктом 4 пункта 3.2** Договора Оператор вправе «...проверять в любое время непосредственно или с помощью третьих лиц (включая бюро кредитных историй) при согласии Абонента любые сведения, содержащиеся в учетных данных Абонента, а также в затребованных Оператором документах. В случае несогласия Абонента с предоставлением информации Оператором третьим лицам и не предоставлением Абонентом дополнительных документов, Услуги Абоненту предоставляются в соответствии с базовыми условиями выбранного Тарифного плана...

3.3. В соответствии со ст. 6. Федерального закона № 152-ФЗ от 27 июля 2006 г. «О персональных данных» Оператор в период с момента заключения Договора и до сроков, установленных нормативными документами, в течение которых Оператор обязан хранить информацию об Абоненте и оказанных Услугах, в целях исполнения Договора и требований законодательства обрабатывает данные Абонента как с помощью своих программно аппаратных средств, так и без их использования. Под обработкой персональных данных понимаются действия (операции) с персональными данными, включая сбор, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), использование, распространение (в том числе передача), обезличивание, блокирование и уничтожение персональных данных. Оператор обеспечивает конфиденциальность и безопасность полученных персональных данных...

В случае предоставления персональных данных контактных лиц в целях взаимодействия в рамках Договора и/или пользователей Услуг, в целях исполнения требований нормативных документов (для Абонентов - юридических лиц). Абонент гарантирует наличие согласия контактного лица на получение информации и предложений Оператора по оказываемым Услугам, на передачу персональных данных контактного лица и пользователей Услуг Оператору. Абонент подтверждает предварительное информирование контактного лица и пользователей Услуг о передаче персональных данных Оператору.

3.4. Персональные данные Абонента могут обрабатываться третьими лицами, привлекаемыми Оператором на основании соответствующих договоров для исполнения обязательств по Договору. Существенным условием договоров, заключаемых Оператором с третьими лицами является обязанность обеспечения третьими лицами конфиденциальности персональных данных и безопасности их обработки. Перечень третьих лиц, привлекаемых Оператором к обработке персональных данных абонентов, размещается Оператором на Сайте Оператора. Оператор вправе определять и изменять перечень третьих лиц.

8.3. Все споры и разногласия по вопросам, связанным с оказанием услуг, разрешаются сторонами в соответствии с действующим законодательством и условиями настоящего Договора. Рассмотрение споров Абонентов юридических лиц к Оператору производится в Арбитражном суде города Москвы...

При этом каких-либо доказательств, свидетельствующих о наличии согласия абонента <...> на получение рекламы от ПАО «ВымпелКом» либо ООО «Эксперт Промоушен» в Омское УФАС России представлено не было.

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Федерального закона «О рекламе».

Одновременно Комиссия Омского УФАС России отмечает, что согласно сведениям, размещенным на официальном сайте ФНС России по состоянию на 27.03.2017 (11:05 время омское) под основным регистрационным номером <...> и идентификационным номером налогоплательщика <...> зарегистрировано Общество с ограниченной ответственностью «<...>».

Определением Омского УФАС России от 28.03.2017 № 06-2084 ПАО «ВымпелКом» было предложено дать пояснения по указанному факту, однако на заседании Комиссии Омского УФАС России 19.04.2017 каких-либо мотивированных пояснений по факту заключения Договора оказания услуг № 220213ВК/ЭП от 22.02.2013 с ООО «Эксперт Промоушен» (ОГРН <...>) ПАО «ВымпелКом» представлено не было.

Учитывая отсутствие согласия заявителя на получение рекламы, наличие договора об оказании услуг «Билайн» б/н, б/д, заключенного между <...> и ПАО «ВымпелКом», Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу о нарушении ПАО «ВымпелКом» требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы по сетям электросвязи в адрес <...> (абонента <...>).

На основании изложенного, 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 ПАО «ВымпелКом», выразившиеся в направлении 23.12.2016 в 08:03 часов (по омскому времени) в адрес <...> (абонентский номер <...>) смс-сообщения рекламного характера: «В банке «Пойдем!» - новая программа кредитования «Распродажа кредитов»! Только до 31 декабря 2016г.! приходите в офисы в Омске! Тел. 88002001230. АО КБ «Пойдем!» без ее предварительного согласия, 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 по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 19 апреля 2017 года.

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

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии: <...>

ПРЕДПИСАНИЕ

о прекращении нарушения законодательства

Российской Федерации о рекламе

по делу № 06-06/20-2017

19 апреля 2017 года

г. Омск

Комиссия Омского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

председатель Комиссии – <...>, заместитель руководителя Омского УФАС России,

члены Комиссии: <...>,

на основании своего решения от 19.04.2017 по делу № 06-06/20-2017 о признании действий ПАО «ВымпелКом», выразившихся в направлении в адрес <...> (абонентский номер <...>) смс-сообщения рекламного характера без ее предварительного согласия, нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, пунктом 3.59 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ПАО «ВымпелКом» (ИНН <...>) в срок **до 12 мая 2017 года** прекратить нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» в части рассылки рекламы посредством использования телефонной связи в адрес <...> (абонентский номер <...>) до получения ее предварительного согласия на получение рекламы по сетям электросвязи.

2. ПАО «ВымпелКом» представить в Омское УФАС России доказательства исполнения настоящего предписания в срок **до 16 мая 2017 года**.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Омское УФАС России вправе в соответствии с частью 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на должностных лиц штраф в размере от двенадцати тысяч

до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

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

Председатель Комиссии<...>

Члены Комиссии: <...>