

ПАО «Вымпелком»

8-го Марта ул., д. 10, стр. 14,
г. Москва, 127083**РЕШЕНИЕ**
по делу № 77-Х-160/17

«22» августа 2017 года

г. Москва

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 № 77-Х-160/17, возбужденное по факту распространения посредством СМС-сообщений на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания:

«Вы участвуете в акции «Месяц в подарок» и скоро сможете воспользоваться бонусом 300 руб. Мы обязательно напомним об этом и расскажем, как активировать бонус. Уточнить условия можно по бесплатному номеру 0569. Ваш Билайн», поступившей 15.02.2017 в 08:42, отправитель «Beeline»;

«Сегодня Ваш день 79163350782! Билайн дает уникальный ШАНС выиграть в викторине 1.000.000 Рублей! Отправьте ДА на 2217 прямо сейчас! Первый день участия бесплатно, далее 19 руб/день! Подробнее 0846 (звонок бесплатный) и <http://beeline.ru/victorina>», поступившей 29.01.2017 в 18:28, отправитель «2217», с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе),

выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в отсутствие представителей ПАО «Вымпелком» (надлежащим образом уведомлено),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 77-Х-160/17 возбуждено в отношении ПАО «Вымпелком», на основании обращения физического лица по факту распространения СМС-сообщений на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания:

«Вы участвуете в акции «Месяц в подарок» и скоро сможете воспользоваться бонусом 300 руб. Мы обязательно напомним об этом и расскажем, как активировать бонус. Уточнить условия можно по бесплатному номеру 0569. Ваш Билайн», поступившей 15.02.2017 в 08:42, отправитель «Beeline»;

«Сегодня Ваш день 79163350782! Билайн дает уникальный ШАНС выиграть в викторине 1.000.000 Рублей! Отправьте ДА на 2217 прямо сейчас! Первый день участия бесплатно, далее 19 руб/день! Подробнее 0846 (звонок бесплатный) и <http://beeline.ru/victorina>», поступившей 29.01.2017 в 18:28, отправитель «2217».

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.

ПАО «Вымпелком» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 28.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700166636, ИНН 7713076301, КПП 771301001.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается фотографиями экрана мобильного телефона, содержащими текст рассматриваемых сообщений, а также детализированной выпиской, представленной ПАО «ВымпелКом».

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 рекламы по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный телефонный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного СМС-сообщения.

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.

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.

Данная текстовая информация направлена на привлечение внимания к услугам, предоставляемым ПАО «ВымпелКом», имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

Согласно письменным пояснениям ПАО «Вымпелком», СМС-сообщения являются внутренней рассылкой Билайн. Сообщение, поступившее 15.02.2017 в 08:42 от отправителя «Beeline» является СМС-нотификацией акции «Месяц в подарок» и носит информационный характер. Сообщение, поступившее 29.01.2017 в 18:28 от отправителя «2217» является СМС-нотификацией услуги «Смартфон для эрудита» и носит информационный характер.

Между тем, ПАО «Вымпелком» в письменных пояснениях подтверждает, что данные СМС-сообщения были направлены путем рассылки различным абонентам.

Установлено, что информация, распространенная посредством отправки СМС-сообщений на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством СМС-сообщений; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационных сообщений не представляется возможным установить, для кого именно созданы данные сообщения и на восприятие кого они направлены; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

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

При этом сам факт автоматического формирования такой информации и направления ее абоненту свидетельствует о цели оператора связи привлечения внимания неопределенного круга лиц к собственным услугам, в том числе путем предоставления определенных бонусов, скидок и т. п., формируемых на основании подключенных отдельно абоненту услуг, расходов по номеру телефона за определенный период и т. д.

Представляется безусловным существенное изменение со временем условий распространения рекламы с использованием автоматизированных систем и иного программного обеспечения, а также учитывая наличие у рекламораспространителя большого объема персональных данных лиц (абонентов). Подобная «клиентоориентированность» и способность видоизменять рекламу под конкретного получателя (абонента) представляется логичным развитием способов распространения рекламы и не может свидетельствовать о нерекламном характере таких сообщений.

Кроме того, поскольку посредством сетей электросвязи может направляться не только реклама, но и иные виды информации, следует учитывать, что не должна относиться к рекламе информация, распространяемая посредством смс-сообщений, направляемых операторами сотовой связи своим абонентам, содержащая сведения о порядке исполнения или изменения условий исполнения обязательств по предоставлению «базовых» услуг в рамках условий и предмета заключенного договора.

Примерами подобных сообщений может служить информация об изменении стоимости услуг, предоставляемых в рамках выбранного абонентом тарифного плана; об обеспечении данных услуг бесплатными сервисами («Вам звонили», «Узнать баланс», «Я в сети» и т. п.); 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 дополнительных услуг за дополнительную плату.

Вместе с тем распространяемая посредством смс-сообщений информация о дополнительных услугах, предлагаемых оператором 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.

Так, должна относиться к рекламе, в том числе, следующая информация: предложение приобрести за дополнительную плату услугу, связанную с предоставлением «базовых» услуг (например, «Автоответчик», «Голосовая почта», «Черный список», «Автоплатеж»); предложение перейти на другой тарифный план; предложение обратиться на мобильный сервис (портал), в том числе подключение или использование которого не требует внесения разовой или абонентской платы, если посредством данного сервиса (портала) абоненту за дополнительную плату может быть предоставлен мобильный контент или дополнительные услуги.

Указанная выше позиция отражена также в письме Федеральной антимонопольной службы от 13.06.2013 № АК/22976/13 «Об отнесении к рекламе смс-сообщений оператора связи».

Более того, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что ограничения по распространению рекламы на телефонные номера, адреса электронной почты направлены на соблюдение прав граждан по обеспечению запрета направления в их адрес нежелательной рекламы.

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 оператора связи, но и систематичность, массовость направления однотипных сообщений и их конечную цель.

Таким образом, оценивая в совокупности имеющийся в материалах дела объем информации, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что рассматриваемые сообщения, в частности о возможности получить бонусы, позвонив по указанному в сообщении телефону и принять участие в викторине, отправив сообщение на номер телефона, указанный в сообщении,

имеет регулярный характер, направляется не одному абоненту, а неопределенному кругу лиц, содержит в себе сведения, направленные на побуждение абонента пользоваться услугами оператора связи.

Кроме того не маловажным 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 оператора связи, с которым у абонента заключен соответствующий договор, и который в силу специфики своего статуса имеет широкий доступ к информации об абоненте и использует это в коммерческих целях.

Резюмируя изложенное, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, поддержанию интереса к нему.

Иное толкование привело бы к тому, что оператору абонента предоставлен особый статус среди иных потенциальных распространителей рекламы в силу наличия у него договорных отношений с абонентом 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.

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель 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 телефон или адрес электронной почты 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 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.

Согласно представленным материалам, абонент не давал своего согласия на получение рекламы.

ПАО «Вымпелком» утверждает, что согласие абонента на получение рекламы было получено при заключении договора об оказании услуг связи между ПАО «Вымпелком» и заявителем.

Договор об оказании услуг связи Билайн, заключаемый между ПАО «Вымпелком» и абонентом (далее — Договор) состоит из:

бланка, содержащего учетные данные абонента, сведения о выделенном абоненту номере, заказных абонентах 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 статьей 426 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), являются одинаковыми для всех потребителей (далее — Условия).

В соответствии с пунктом 8.13 Условий, абонент вправе при заключении Договора или в процессе его исполнения выразить свое согласие или отказ на получение рекламной информации, распространяемой по сетям электросвязи 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 года «О связи», Правилами и другими нормативными документами в их развитии.

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.

Согласно пункту 1.2 Условий, договор об оказании услуг связи Билайн является соглашением между абонентом и оператором, заключенным в порядке, определенном настоящими условиями. Бланк договора, Условия, условия принятых в рамках Договора публичных оферт, порядок изменения Договора, тарифный план, правила пользования телематическими услугами и услугами передачи данных являются единым договором об оказании услуг.

В соответствии с пунктом 1 статьи 435 ГК РФ, офертой признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определенно и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение.

Согласно пункту 2 статьи 437 ГК РФ, содержащее все существенные условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется, признается офертой (публичная оферта).

В соответствии с пунктом 1 статьи 438 ГК РФ, акцептом признается ответ лица, которому адресована оферта, о ее принятии. Акцепт должен быть полным и безоговорочным.

Таким образом, по мнению Комиссии Московского УФАС России, включение обязательного условия о даче согласия на получение рекламы при заключении договора на оказание услуг связи, противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

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.

Таким образом, 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.

Иных доказательств выраженного абонентом явного согласия на получение рассматриваемой рекламы не представлено.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение спорной рекламы на номер телефона <...> от отправителей «Beeline» и «2217» с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

Исходя из вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ПАО «Вымпелком», что не оспаривается Обществом.

Резюмируя изложенное, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Вымпелком» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, 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

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.

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» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно распространения рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Частью 4 статьи 38 Закона о рекламе, частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ) предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе.

Исходя из части 1 статьи 4.5 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

Согласно документам и сведениям, представленным ПАО «Вымпелком», рассматриваемая реклама распространялась 29.01.2017 и 15.02.2017.

Таким образом, срок давности привлечения к административной ответственности на дату оглашения резолютивной части решения не истек.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в пунктами 37-42 Правил, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «Вымпелком» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания:

«Вы участвуете в акции «Месяц в подарок» и скоро сможете воспользоваться бонусом 300 руб. Мы обязательно напомним об этом и расскажем, как активировать бонус. Уточнить условия можно по бесплатному номеру 0569. Ваш Билайн», поступившей 15.02.2017 в 08:42, отправитель «Beeline»;

«Сегодня Ваш день 79163350782! Билайн дает уникальный ШАНС выиграть в викторине 1.000.000 Рублей! Отправьте ДА на 2217 прямо сейчас! Первый день участия бесплатно, далее 19 руб/день! Подробнее 0846 (звонок бесплатный) и <http://beeline.ru/victorina>», поступившей 29.01.2017 в 18:28, отправитель «2217», без согласия абонента на получения рекламы.

2. Выдать ПАО «Вымпелком» 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.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

<...>