

РЕШЕНИЕ

«06» марта 2018 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 № 3-18-52/77-18, возбужденное по факту распространения ПАО «Вымпелком» (место нахождения: 127083, г. Москва, ул. 8-го Марта, д. 10, стр. 14; ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301) на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания:

«Ваш номер <...>? Сегодня 30.09.2017 Вы выбраны для получения приглашения на суперигру! Отправьте ДА на 5555, отвечайте на вопросы викторины и ВЫИГРЫВАЙТЕ сегодня 15 000 рублей и 3МЛН рублей в финале! Стоимость участия 12 руб./день, Инфо: win.beeline.ru в 0555 (беспл.)», поступившего 30.09.2017 в 16:41 от отправителя 5555, без предварительного согласия абонента на получение рекламы, 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» (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-52/77-18 возбуждено в отношении ПАО «Вымпелком» (место нахождения: 127083, г. Москва, ул. 8-го Марта, д. 10, стр. 14; ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301) на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания:

«Ваш номер <...>? Сегодня 30.09.2017 Вы выбраны для получения приглашения на суперигру! Отправьте ДА на 5555, отвечайте на вопросы викторины и ВЫИГРЫВАЙТЕ сегодня 15 000 рублей и 3МЛН рублей в финале! Стоимость участия 12 руб./день, Инфо: win.beeline.ru b 0555 (беспл.)», поступившего 30.09.2017 в 16:41 от отправителя 5555, без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

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» (место нахождения: 127083, г. Москва, ул. 8-го Марта, д. 10, стр. 14) 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.

Согласно материалам дела № 3-18-52/77-18 на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения 30.09.2017 в 16:41 от отправителя 5555 поступила спорная реклама.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографиями экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской, представленной 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 излучения, 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 распространение рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенной информации.

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.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалы дела не представлено доказательств направления смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

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 информация направлена на привлечение внимания к услугам, предоставляемым ПАО «Вымпелком», имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению, в том числе путем участия в

викторине.

Исходя из представленных в материалы дела сведений, подобная рассматриваемой информация направлялась клиентам оператора связи с помощью автоматизированной системы и не являлась информацией, раскрытие или распространение либо доведение до потребителя которой является обязательным в соответствии с федеральным законом. Спорная информация была направлена на привлечение внимания потребителей к определенным товарам (услугам) посредством направления предложения воспользоваться определенной услугой оператора связи.

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 граница и возможным 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».

Таким образом, информация, распространенная посредством смс-сообщения на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонного сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; 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.

В настоящем случае заявитель прямо указал на то, что подавал письменное заявление ПАО «Вымпелком» от отзыве согласия на обработку персональных данных и прекращении получения рекламной рассылки, что подтверждается приложенными к заявлению документами. Указанное обращение было надлежащим образом получено ПАО «Вымпелком», о чем свидетельствует ответ ПАО «Вымпелком» от 24.08.2016 № <...>.

Согласно письменным пояснениям ПАО «Вымпелком», заявитель является абонентом ПАО «Вымпелком» вследствие заключения договора об оказании услуг связи «Билайн» № <...> от <...>, по которому заявителю был выделен номер <...>. Также ПАО «Вымпелком» пояснено, что бланк-договор содержит графу, в которой можно выразить свое несогласие на получение рекламной информации от оператора связи и его партнеров путем проставления галочки в соответствующем окошке.

Заявителем представлена копия заполненного и подписанного договора об оказании услуг связи «Билайн» № <...> от <...>, в котором указанная информация отсутствует.

Надлежащим образом оформленное и не отозванное предварительное согласие абонента на получение рекламы ПАО «Вымпелком» не представлено.

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

Таким образом, распространение посредством смс-сообщения 30.09.2017 в 16:41 рекламы товаров и услуг на номер телефона <...>, поступившего от отправителя 5555 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, несут рекламодатель и 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.

В соответствии с письменными пояснениями ПАО «Вымпелком», номер 5555, с которого поступило спорное смс-сообщение, принадлежит номерной емкости ПАО «Вымпелком» и служит для внутренней рассылки смс-сообщений «Билайн».

Таким образом, Комиссией Московского УФАС в действиях ПАО «Вымпелком» как рекламодателя спорной рекламы установлено нарушение части статьи 18 Закона о рекламе.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «Вымпелком» не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Вымпелком» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении посредством смс-сообщения

30.09.2017 в 16:41 рекламы товаров и услуг на номер телефона <...>, поступившего от отправителя 5555, без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ПАО «Вымпелком» не представлено.

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.

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» 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 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «Вымпелком» (место нахождения: 127083, г. Москва, ул. 8-го Марта, д. 10, стр. 14; ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301) нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения рекламы:

«Ваш номер <...>? Сегодня 30.09.2017 Вы выбраны для получения приглашения на суперигру! Отправьте ДА на 5555, отвечайте на вопросы викторины и ВЫИГРЫВАЙТЕ сегодня 15 000 рублей и 3МЛН рублей в финале! Стоимость участия 12 руб./день, Инфо: win.beeline.ru b 0555 (беспл.)», поступившей 30.09.2017 в 16.41 от отправителя 5555, без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

2. Выдать ПАО «Вымпелком» (место нахождения: 127083, г. Москва, ул. 8-го Марта, д. 10, стр. 14; ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301) предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения 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

<...>

<...>