

ПАО «Вымпелком»

127083, г. Москва,
ул. 8-го Марта, д. 10, стр.14

РЕШЕНИЕ
по делу № 3-18-53/77-18

«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) в составе:

председателя Комиссии – <...>,

членов Комиссии – <...>, <...>,

рассмотрев дело № 3-18-53/77-18 в отношении ПАО «Вымпелком» по признакам нарушения ПАО «Вымпелком» части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщений,

в присутствии представителя ПАО «Вымпелком» (уведомлен надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-53/77-18 возбуждено в отношении ПАО «Вымпелком» на основании заявления физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщения следующего содержания:

«Поздравляем <...> за пополнение на 200.00 руб. Вы получили 200 баллов в рамках программы «Пополняй и Выигрывай!». За каждое пополнение от 200 до 299 рублей — Вы получите 200 баллов, при пополнении от 300 рублей — 300 баллов! У вас есть шанс выиграть от 15000 до 3000000 рублей! Подробнее: win.beeline.ru и по телефону 0555 (беспл.)», поступившей 09.04.2017 в 10:27 от отправителя «Beeline».

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» (адрес: 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.

В соответствии с материалами дела № 3-18-53/77-18 Комиссией Московского УФАС России установлен факт распространения на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения спорной рекламы, поступившей 09.04.2017 в 10:27 от отправителя «Beeline», что подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, представленной заявителем в материалы дела. Данный факт ПАО «Вымпелком» не отрицается.

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 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.

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.

Таким образом, в силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретные электронные адреса лиц, предполагается нормами законодательства о рекламе (например, часть 1 статьи 18 Закона о рекламе) и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного электронного сообщения. Информация, передаваемая посредством использования электросвязи, всегда предполагает наличие ряда индивидуализированных (посредством абонентского номера, адреса электронной почты) адресатов, которые ее получают.

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.

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.

Рассматриваемое смс-сообщение, направленное на телефонный номер <...>, содержало предложение пополнить счет на указанную в сообщении сумму и получить за это определенное количество бонусов.

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 граница 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.

В настоящем случае ПАО «Вымпелком» было пояснено, что подобные сообщения генерируются автоматизированной системой, которая учитывает параметры использования конкретным абонентом услуг оператора связи (продолжительность, потраченные на услуги связи средства в определенный период и т. п.) и формирует предложение, содержащее персонализированное предложение.

Таким образом, оценивая в совокупности имеющийся в материалах дела объем информации, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что рассматриваемое сообщение о возможности получить бонусы за пополнение счета на указанную в сообщении сумму имеет регулярный характер, направляется не одному абоненту, а неопределенному кругу лиц, содержит в себе сведения, направленные на побуждение абонента пользоваться услугами оператора связи и пополнять счет.

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

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, 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.

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 сообщения, в котором содержатся предложение пополнить счет на указанную в сообщении сумму и получить за это определенное количество бонусов, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования (услугам связи).

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, отвечает признакам рекламы: распространена посредством sms-сообщений; 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 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 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.

ПАО «Вымпелком» пояснено, что с заявителем заключен договор об оказании услуг связи, который по правилам статьи 426 Гражданского кодекса Российской Федерации является публичной офертой. Неотъемлемой частью абонентского договора являются условия оказания услуг связи «Билайн» (далее - Условия Билайн), которые доведены до сведений абонентов на официальном сайте ПАО «Вымпелком».

В соответствии с пунктом 8.13 Условий 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 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. В случае несогласия абонента с получением рекламной информации и рассылки 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 изменений условий договора; откажется, позвонив на соответствующий телефонный номер.

В связи с изложенным ПАО «Вымпелком» считает, что в настоящем случае согласие абонента на получение им рекламы было надлежащим образом получено.

Однако в соответствии с представленными заявителем документами и сведениями, при заключении договора об оказании услуг связи «Билайн» от <...> № <...> заявитель выразил свое несогласие на получение рекламной информации от оператора связи и его партнеров путем проставления галочки в соответствующем окошке, что подтверждается копией данного договора, предоставленной заявителем в материалы дела.

При этом ПАО «Вымпелком» копию либо оригинал договора в Московское УФАС России не представило, объяснив данное обстоятельство тем, что оригинал договора с заявителем утерян.

Таким образом доказательств получения надлежащим образом согласия абонента на получение рекламы ПАО «ВымпелКом» не представлено.

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации, 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 делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

ПАО «Вымпелком» в настоящем случае не предприняло достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе, а также выполнение своих обязательств перед абонентом по договору оказания услуг связи.

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.

Таким образом, установлен факт нарушения ПАО «Вымпелком» части 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания:

«Поздравляем <...> за пополнение на 200.00 руб. Вы получили 200 баллов в рамках программы «Пополняй и Выигрывай!». За каждое пополнение от 200 до 299 рублей — Вы получите 200 баллов, при пополнении от 300 рублей — 300 баллов! У вас есть шанс выиграть от 15000 до 3000000 рублей! Подробнее: win.beeline.ru и по телефону 0555 (беспл.)», поступившей 09.04.2017 в 10:27 от отправителя «Beeline».

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

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.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что действия по непосредственному доведению смс-сообщения до его конечного получателя осуществлены ПАО «Вымпелком», и в данном случае имеются все основания считать ПАО «Вымпелком» рекламодателем в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе, что Обществом не оспаривается.

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» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения ненадлежащей рекламы следующего содержания:

«Поздравляем <...> за пополнение на 200.00 руб. Вы получили 200 баллов в рамках программы «Пополняй и Выигрывай!». За каждое пополнение от 200 до 299 рублей — Вы получите 200 баллов, при пополнении от 300 рублей — 300 баллов! У вас есть шанс выиграть от 15000 до 3000000 рублей! Подробнее: win.beeline.ru и по телефону 0555 (беспл.)», поступившей 09.04.2017 в 10:27 от отправителя «Beeline», без предварительного согласия абонента.

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.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>