

ПАО «ВымпелКом»

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

РЕШЕНИЕ

по делу № 3-18-71/77-18

«08» мая 2018 г.

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 № 3-18-71/77-18, возбужденное в отношении ПАО «ВымпелКом» по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщения следующего содержания:

«Внимание номер <...>! Вы были выбраны для получения приглашения! Уже сегодня 15 000 рублей и 3 000 000 рублей в ФИНАЛЕ! Отправьте ДА на 5555, отвечайте на вопросы викторины и выигрывайте! Стоимость участия: 12 руб/день. Инфо win.beeline.ru и 0555 (беспл.)», поступившей 24.12.2016 в 22:11, отправитель: Beeline;

«Внимание номер <...>! Вы были выбраны для получения приглашения! Уже сегодня 15 000 рублей и 3 000 000 рублей в ФИНАЛЕ! Отправьте ДА на 5555, отвечайте на вопросы викторины и выигрывайте! Стоимость участия: 12 руб/день. Инфо win.beeline.ru и 0555 (беспл.)», поступившей 19.12.2016 в 18:34 и 19:00, отправитель: Beeline.

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 № 3-18-71/77-18 возбуждено в отношении ПАО «ВымпелКом» на основании заявления физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания:

«Внимание номер <...>! Вы были выбраны для получения приглашения! Уже сегодня 15 000 рублей и 3 000 000 рублей в ФИНАЛЕ! Отправьте ДА на 5555, отвечайте на вопросы викторины и выигрывайте! Стоимость участия: 12 руб/день. Инфо win.beeline.ru и 0555 (беспл.)», поступившей 24.12.2016 в 22:11, отправитель: Beeline;

«Внимание номер <...>! Вы были выбраны для получения приглашения! Уже сегодня 15 000 рублей и 3 000 000 рублей в ФИНАЛЕ! Отправьте ДА на 5555, отвечайте на вопросы викторины и выигрывайте! Стоимость участия: 12 руб/день. Инфо win.beeline.ru и 0555 (беспл.)», поступившей 19.12.2016 в 18:34 и 19:00, отправитель: 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 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 № 3-18-71/77-18 на номер телефона <...> 24.12.2016 в 22:11, 19.12.2016 в 18:34 и 19:00 по сетям электросвязи поступила рассматриваемая реклама от отправителя Beeline.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографиями экрана мобильного телефона, содержащими текст рассматриваемых сообщений.

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 по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный 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.

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

В материалы дела не представлено доказательств направления спорных СМС-сообщений 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.

Исходя из текста сообщений, в которых содержатся предложения принять участие в розыгрыше, указаны номер телефона, сайт в сети Интернет, отправитель, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объектам рекламирования, в частности к розыгрышу от Beeline.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством СМС-сообщений; адресована неопределенному кругу лиц; 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 рекламораспространителя. 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 рекламораспространителя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы от ПАО «ВымпелКом» он не давал.

В соответствии с письменными пояснениями ПАО «ВымпелКом» спорные СМС-сообщения не поступали заявителю, оборудованием ПАО «ВымпелКом» не зафиксированы.

При этом, ПАО «ВымпелКом» пояснило, что номер телефона <...> выделен заявителю ПАО «ВымпелКом» на основании Договора об оказании услуг связи Билайн № 571843769.

Неотъемлемой частью абонентского договора являются условия оказания услуг связи «Билайн» (далее - Условия Билайн), которые доведены до сведений абонентов на официальном сайте ПАО «Вымпелком».

Согласно пункту 2.1 Условий договор заключается путем подписания бланка договора абонентом и оператором или уполномоченным им лицом. Указанный бланк договора содержал графу, в которой было указано, что абонент согласен на получение рекламной информации от ПАО «ВымпелКом» и третьих лиц. Данное условие содержало альтернативный вариант — графу «не согласен», в которой при отсутствии у абонента желания получать рекламу, он имел возможность поставить соответствующую отметку.

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 рассылками 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.

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. Поэтому включение обязательного условия о даче согласия при заключении договора противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Согласно представленным документам и сведениям, договор, заключаемый между оператором и абонентом, по своей природе является

договором присоединения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 428 ГК РФ, договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Согласно разделу 1 Общих условий, рассматриваемые Условия являются составной частью Договора об оказании услуг связи «Билайн» и регулируют отношения между ПАО «ВымпелКом» и абонентом при оказании оператором услуг связи.

Таким образом, у потенциального абонента нет объективной возможности каким-либо образом повлиять на условия договора. Отказ лица от одного из условий такого договора приравнивается к отказу от заключения договора в целом.

Комиссия приходит к выводу, что подобное навязывание абоненту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

В данном случае у лица, заключившего договор, возникает необходимость для отказа от получения рекламных сообщений совершить ряд дополнительных действий.

Следовательно, доказательств получения 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.

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

Таким образом, распространение на телефонный номер<...> посредством

СМС-сообщений рекламы следующего содержания:

«Внимание номер <...>! Вы были выбраны для получения приглашения! Уже сегодня 15 000 рублей и 3 000 000 рублей в ФИНАЛЕ! Отправьте ДА на 5555, отвечайте на вопросы викторины и выигрывайте! Стоимость участия: 12 руб/день. Инфо win.beeline.ru и 0555 (беспл.)», поступившей 24.12.2016 в 22:11, отправитель: Veeline;

«Внимание номер <...>! Вы были выбраны для получения приглашения! Уже сегодня 15 000 рублей и 3 000 000 рублей в ФИНАЛЕ! Отправьте ДА на 5555, отвечайте на вопросы викторины и выигрывайте! Стоимость участия: 12 руб/день. Инфо win.beeline.ru и 0555 (беспл.)», поступившей 19.12.2016 в 18:34 и 19:00, отправитель: Veeline,

с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

При этом довод ПАО «ВымпелКом» о том, что данные сообщения не проходили через оборудование оператора, представляются Комиссии необоснованными.

Как уже указывалось ранее, факт поступления рассматриваемых сообщений на телефонный номер <...> подтверждается фотографиями экрана мобильного телефона, представленными заявителем.

При этом факты направления сообщений аналогичного содержания уже неоднократно являлись поводами для возбуждения дела по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, по результатам которых Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «ВымпелКом» было признано нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В частности, решением по делу № 3-18-52/77-18 ПАО «ВымпелКом» было признано 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 в 0555 (беспл.)», поступившей 30.09.2017 в 16.41 от отправителя 5555.

При этом ПАО «ВымпелКом» пояснило, что номер 5555, с которого поступило вышеуказанное смс-сообщение, принадлежит номерной емкости ПАО «Вымпелком» и служит для внутренней рассылки смс-сообщений «Билайн».

Аналогично по делу 3-18-12/77-18 ПАО «Вымпелком» было признано нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер +7-964-506-55-35 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 и 0555 (беспл.)», поступившей 17.10.2017 в 19:40 от отправителя 5555, без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Кроме того, по делу № 3-18-53/77-18 ПАО «ВымпелКом» было признано нарушившим 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.

Таким образом, учитывая содержание текста приведенных смс-сообщений и рассматриваемых в рамках настоящего дела смс-сообщений, короткий номер телефона, на который абоненту предлагалось отправить «ДА», контактную информацию, где абоненту предлагать ознакомиться с подробностями, не подлежит сомнению, что спорные смс-сообщения от отправителя Beeline, поступившие на номер телефона <...> 24.12.2016 в 22:11, 19.12.2016 в 18:34 и 19:00, были распространены именно ПАО «ВымпелКом».

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет 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 распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> осуществило ПАО «ВымпелКом».

На основании изложенного, ПАО «ВымпелКом» является рекламодателем вышеуказанных рекламных сообщений.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе 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 на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщений рекламы следующего содержания:

«Внимание номер <...>! Вы были выбраны для получения приглашения! Уже сегодня 15 000 рублей и 3 000 000 рублей в ФИНАЛЕ! Отправьте ДА на

5555, отвечайте на вопросы викторины и выигрывайте! Стоимость участия: 12 руб/день. Инфо win.beeline.ru и 0555 (беспл.)», поступившей 24.12.2016 в 22:11, отправитель: Beeline;

«Внимание номер <...>! Вы были выбраны для получения приглашения! Уже сегодня 15 000 рублей и 3 000 000 рублей в ФИНАЛЕ! Отправьте ДА на 5555, отвечайте на вопросы викторины и выигрывайте! Стоимость участия: 12 руб/день. Инфо win.beeline.ru и 0555 (беспл.)», поступившей 19.12.2016 в 18:34 и 19:00, отправитель: Beeline, без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении 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» предписаний 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» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщений ненадлежащей рекламы следующего содержания:

«Внимание номер <...>! Вы были выбраны для получения приглашения! Уже сегодня 15 000 рублей и 3 000 000 рублей в ФИНАЛЕ! Отправьте ДА на 5555, отвечайте на вопросы викторины и выигрывайте! Стоимость участия: 12 руб/день. Инфо win.beeline.ru и 0555 (беспл.)», поступившей 24.12.2016 в 22:11, отправитель: Beeline;

«Внимание номер <...>! Вы были выбраны для получения приглашения! Уже сегодня 15 000 рублей и 3 000 000 рублей в ФИНАЛЕ! Отправьте ДА на 5555, отвечайте на вопросы викторины и выигрывайте! Стоимость участия: 12 руб/день. Инфо win.beeline.ru и 0555 (беспл.)», поступившей 19.12.2016 в 18:34 и 19:00, отправитель: Beeline.

2. Выдать ПАО «ВымпелКом» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

Исполнитель: <...>