

ПАО «Вымпелком»

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

<...>

ООО «МРТ ГРУПП»

Ляпидевского ул., д. 6, офис 4
Краснодарский край, р-н
Тихорецкий, г. Тихорецк, 352120

<...>

ИП Лютовой А.А.

<...>

<...>

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-20945/2020

Резолютивная часть оглашена «09» февраля 2021 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 № 077/05/18-20945/2020, возбужденное в отношении ПАО «Вымпелком», ООО «МРТ ГРУПП», ИП Лютовой А.А. по факту распространения на номер <...> рекламы посредством следующих push-уведомлений от отправителя «Билайн»:

• *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 04.09.2020 в 11:47;

• *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 06.09.2020 в 21:53;

• *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 09.09.2020 в 04:01,

в отсутствие представителей ПАО «Вымпелком», ООО «МРТ ГРУПП», ИП Лютовой А.А. (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-20945/2020 возбуждено в отношении ПАО «Вымпелком», ООО «МРТ ГРУПП», ИП Лютовой А.А. на основании заявления физического лица и материалов по факту распространения на <...> рекламы посредством следующих push-уведомлений от отправителя «Билайн»:

- *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 04.09.2020 в 11:47;

- *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 06.09.2020 в 21:53;

- *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 09.09.2020 в 04:01.

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 1027700266636, ИНН 7713076301.

Согласно материалам дела № 077/05/18-20945/2020 спорная реклама на номер телефона <...> поступила 04.09.2020 в 11:47, 06.09.2020 в 21:53, 09.09.2020 в 04:01.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается скриншотом (фотографией) экрана, на котором изображены спорные push-уведомления, а также не отрицается лицами, участвующими в деле.

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 данных уведомлений.

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.

При этом в случае направления посредством push-уведомлений информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение (упоминание имени и отчества абонента), представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

В распространенной рекламе отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст рекламы 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 push-уведомлений исключительно на телефонный номер 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 данных уведомлений, в которых содержится предложение принять участие в викторине, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объектам рекламирования.

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

Таким образом, информация, распространенная посредством push-уведомлений на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством push-уведомлений; 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 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 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 он не давал.

В ответ на Определение об отложении рассмотрения и продлении срока рассмотрения дела № 077/05/18-20945/2020 от 22.12.2020 (исх. № ПО/74994/20 от 25.12.2020) ИП Лютова А.А. сообщила, что с 21.02.2019 по 22.02.2019 в Москве происходило мероприятие Big Marketing Forum 2019. На данном мероприятии ИП Лютова А.А. проводила анкетирование гостей мероприятия с целью выявления заинтересованности участников мероприятия в получении информации рекламного характера. ИП Лютова А.А. пояснила, что 21.02.2019 один из

участников мероприятия заполнил анкету на имя Исрафаилов Эльсевар Рафик оглы, указав в качестве контактного номера телефонный номер заявителя <...>, а также выразил заинтересованность в получении рекламных сообщений путем проставления отметки «галочка» напротив графы «Я хочу получать рекламно-информационные сообщения от ИП Лютова А.А. на указанный выше номер».

Комиссией Московского УФАС России установлено, что представленная в материалы дела анкета заполнена другим физическим лицом, оставившим в качестве контакта телефонный номер <...>. Однако исходя из материалов дела, лицо, которое заполняло вышеуказанную анкету, не является абонентом телефонного номера <...>.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу об отсутствии согласия абонента телефонного номера <...> на получение рекламных push-уведомлений.

Таким образом, при распространении спорной рекламы установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы без предварительного согласия абонента.

Более того согласно части 2 статьи 18 Закона о рекламе не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Под запрет, установленный в части 2 статьи 18 Закона о рекламе, подпадают как случаи, когда выбор абонента (абонентского номера) осуществляется не человеком, а техническим устройством, программой, компьютером, машиной, так и случаи, когда набор такого номера осуществляется автоматически, без участия человека (даже если выбор абонентов был произведен человеком).

В соответствии с Письмом Федеральной антимонопольной службы от 26.12.2019 № ДФ/114009/19 «О применении части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» под USSD (Unstructured Supplementary Service Data) следует понимать технологию в сетях электросвязи (сетях GSM), которая обеспечивает обмен информацией между мобильным устройством абонента и программно-аппаратным комплексом (сервисным приложением) оператора связи в режиме реального времени.

В данном случае реклама распространялась посредством направления на мобильное устройство абонента телефонного номера <...> push-уведомление, под которым понимается небольшое «всплывающее» уведомление, появляющееся на экране устройства и несущее определенную информацию. Комиссией Московского УФАС России отмечается, что push-уведомления представляют собой автоматическое информирование абонентов/пользователей об обновлениях веб-сайтов/приложений, добавлении нового контента. Вместе с тем push-уведомления используются для различных маркетинговых целей, в частности рекламирования различных товаров, реализуемых как Оператором связи, так и его контрагентами.

ПАО «Вымпелком» не представлено доказательств участия человека, в частности сотрудников ПАО «Вымпелком», при осуществлении рассылки спорных push-уведомлений.

Рассылка push-уведомлений осуществляется на базе применения технологии, которая обеспечивает обмен информацией между мобильными устройствами абонента и программно-аппаратным комплексом (сервисным приложением) оператора связи в режиме реального времени.

Следовательно, рассылка push-уведомлений осуществляется автоматическим способом с использованием программного обеспечения USSD-сервиса, без участия человека в размещении рекламы подобным способом.

На основании вышеизложенного при распространении данной рекламы установлено нарушение части 2 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в использовании сетей электросвязи для распространения рекламы набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки)

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

Таким образом, реклама, направленная на телефонный номер <...> рекламы посредством следующих push-уведомлений от отправителя «Билайн»:

- *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 04.09.2020 в 11:47;

- *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 06.09.2020 в 21:53;

- *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 09.09.2020 в 04:01,

с нарушением частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе, является ненадлежащей.

Исходя из материалов дела №077/05/18-20945/2020, push-уведомления распространялись на основании следующих последовательно заключенных договоров:

- Договор № 0109/19 от 01.09.2019, заключенный между ИП Лютовой А.А. и ООО «МРТ ГРУПП» (далее — Договор 1);

- Договор №0651 от 03.08.2018, заключенный между ООО «МРТ ГРУПП» и ПАО «ВымпелКом» (далее — Договор 2).

Документально подтвержденной информации об участии иных лиц в распространении push-уведомлений в материалы дела не представлено.

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.

В соответствии с положениями пунктов 2, 4.2, 4.3, 5.2, 6.1, 6.13 Договора 2 ПАО «ВымпелКом» является рекламодателем рекламы следующего содержания:

• *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 04.09.2020 в 11:47;

• *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 06.09.2020 в 21:53;

• *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 09.09.2020 в 04:01.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, незаконной по способу распространения потребителю, ПАО «Вымпелком» не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Вымпелком» установлено нарушение частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении <...> рекламы посредством следующих push-уведомлений от отправителя «Билайн»:

• *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 04.09.2020 в 11:47;

• *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 06.09.2020 в 21:53;

• *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 09.09.2020 в 04:01,

с признаками нарушения частей 1,2 статьи 18 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, а также с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека.

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24 ноября 2020 года № 1922 (далее — Правила), 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 приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «Вымпелком» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно распространения рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «Вымпелком» нарушившим части 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством следующих push-уведомлений от отправителя «Билайн»:

• *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 04.09.2020 в 11:47;

• *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 06.09.2020 в 21:53;

• *«Получайте призы за победу в викторине! Отвечайте день бесплатно! Подробнее ОК»*, поступившего 09.09.2020 в 04:01,

с признаками нарушения частей 1, 2 статьи 18 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, а также с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека.

2. Выдать ПАО «Вымпелком» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Прекратить рассмотрение по делу № 077/05/18-20945/2020 в отношении ООО «МРТ ГРУПП», ИП Лютовой А.А.

4. 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	<...>
	<...>

Исполнитель: <...>