

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
о наложении штрафа по делу № 002/04/14.3-3284/2020 об административном правонарушении

25.01.2021 года

г. Уфа, ул. Пушкина, д. 95

Я, заместителя руководителя Башкортостанского УФАС России – начальник отдела взаимодействия с государственными органами, аналитической работы и рекламы <...>, рассмотрев материалы дела № 002/05/18-2598/2020 по нарушению законодательства Российской Федерации «О рекламе», материалы административного дела № 002/04/14.3-3284/2020 в отношении ПАО «ВымпелКом» (ОГРН: 1027700166636, ИНН: 7713076301, КПП: 771301001, адрес: 127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д.10, стр.14) (права и обязанности разъяснены),

УСТАНОВИЛ:

В соответствии со статьей 1 Федерального закона «О рекламе» целями настоящего Федерального закона являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в РФ единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, создание благоприятных условий для производства и распространения социальной рекламы, предупреждение нарушения законодательства РФ о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Целью любого закона является защита и охрана определенных общественных интересов. Включение законодателем в цели Федерального закона «О рекламе» предотвращения и пресечения ненадлежащей рекламы, говорит о том, что распространение такой рекламы уже является угрозой общественным интересам, охраняемым данным законом.

Согласно пункту 6.1.1 Положения о территориальном органе Федеральной антимонопольной службы (приложение №1 к приказу ФАС России от 23.07.2015 №649/15) территориальный орган осуществляет контроль за соблюдением коммерческими и некоммерческими организациями законодательства о рекламе.

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан (далее по тексту – УФАС по РБ) поступило обращение физического лица (ВХ038942 от 03.08.2020) (вх. № 14476 от 03.08.2020, срок рассмотрения обращения продлен) о признаках нарушения, по мнению заявителя, требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В своём обращении заявитель сообщает, что 03.08.2020 года в 12:00 получил на мобильный телефон () нежелательное смс-сообщение следующего содержания:

«Получи 7% кэшбек на карту банка, оформляя полис ОСАГО на сайте benfin.ru. Заходи – будет выгодно!» от абонента с буквенным обозначением «BENFIN».

В целях всестороннего, полного и объективного рассмотрения вопросов изложенных в обращении, УФАС по РБ был подготовлен и направлен запрос в адрес ПАО «ВымпелКом» для получения сведений (документов и материалов) подтверждающих факт поступления смс-сообщения заявителю в указанное время и дату от указанного лица, а также принадлежность абонентского номера заявителю.

07.09.2020 года от ПАО «ВымпелКом» посредством электронной почты поступили запрошенные сведения (документы и материалы) (вх. № 16808 и 16770 от 07.09.2020) подтвердившие факт принадлежности абонентского номера заявителю, а также факт поступления смс-сообщения в указанное время и дату от указанного лица.

Также ПАО «ВымпелКом» сообщило, что буквенное значение «BENFIN» указанное в качестве отправителя не закреплено за конкретным абонентским номером и используется партнером Оператора – ООО «ПАРЭКС» (ОГРН: 1157746303417, ИНН: 7727101580).

23.09.2020 года УФАС по РБ вынесено определение о возбуждении дела № 002/05/18-2598/2020 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. Рассмотрение дела назначено на 19.10.2020 года.

13.10.2020 года от ООО «ПАРЭКС» поступили запрошенные сведения (документы и материалы), а также ходатайство о рассмотрении дела дистанционным способом (вх. № 19446, 19447, 19448 от 13.10.2020, электронная почта).

19.10.2020 года от ООО «ПАРЭКС» (вх. № 19820, 19821, 19822 от 19.10.2020, почта России) поступили аналогичные по содержанию сведения (документы и материалы) представленные ранее по электронной почте (вх. № 19446, 19447, 19448 от 13.10.2020).

19.10.2020 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе посредством использования аудио/видеоконференцсвязи присутствовала:

- <...> (доверенность от 12.10.2020 года) - представитель ООО «ПАРЭКС». Представителем озвучена позиция по делу.

Из представленных сведений (документов и материалов) ООО «ПАРЭКС», следует, что рекламодателем спорной рекламы выступило ПАО «ВымпелКом» (ОГРН: 1027700166636, ИНН: 7713076301) на основании договора № 757195539 от 12.05.2020 года.

19.10.2020 года Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. продлить срок рассмотрения дела № 002/05/18-2598/2020
2. отложить рассмотрение дела на другую дату – 09.11.2020 года.
3. привлечь к участию в деле в качестве рекламодателя - ПАО «ВымпелКом».

09.11.2020 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела по признакам

нарушения законодательства о рекламе посредством использования аудио/видеоконференцсвязи присутствовал:

- <...> (доверенность № ЦР-20-106 от 20.02.2020) – представитель ПАО «ВымпелКом». Представлены запрошенные сведения (документы и материалы) (вх. № 21101 от 09.11.2020, электронная почта). Озвучена позиция по делу.

Представитель ООО «ПАРЭКС» не присутствовал.

09.11.2020 года Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. отложить рассмотрение дела на другую дату – 24.11.2020 года.

12.11.2020 года от ООО «ПАРЭКС» поступило ходатайство об ознакомлении с материалами дела (вх. № 21376 от 12.11.2020, электронная почта).

18.11.2020 года от ПАО «ВымпелКом» поступило ходатайство о рассмотрении дела назначенного на 24.11.2020 года дистанционным путем (вх. № 21803 от 18.11.2020, электронная почта).

24.11.2020 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе посредством использования аудио/видеоконференцсвязи присутствовал:

- <...> (доверенность № ЦР-20-106 от 20.02.2020) – представитель ПАО «ВымпелКом». Озвучена позиция по делу.

Представитель ООО «ПАРЭКС» не присутствовал.

24.11.2020 года Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. отложить рассмотрение дела на другую дату – 07.12.2020 года.

07.12.2020 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе посредством использования аудио/видеоконференцсвязи присутствовал:

- <...> (доверенность № ЦР-20-106 от 20.02.2020) – представитель ПАО «ВымпелКом». Озвучена позиция по делу. Представлены дополнительные сведения (документы и материалы) (вх. № 23139 от 07.12.2020, электронная почта).

От ООО «ПАРЭКС» поступило ходатайство о рассмотрении дела назначенного на 07.12.2020 года без участия представителя Общества (вх. № 23187 от 07.12.2020, электронная почта). Ходатайство удовлетворено.

Исследовав материалы дела, заслушав пояснения сторон, Комиссия приходит к выводу, что реклама, распространенная 03.08.2020 года в 12:00 на мобильный телефон от абонента с буквенным обозначением «BENFIN» следующего содержания:

«Получи 7% кэшбек на карту банка, оформляя полис ОСАГО на сайте benfin.ru. Заходи – будет выгодно!»

нарушает часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе». При этом Комиссия исходит из следующего.

Факт поступления 03.08.2020 года в 12:00 на мобильный телефон указанного смс-сообщения от абонента с буквенным обозначением «BENFIN» ООО «ПАРЭКС» и ПАО «Вымпелком» не оспаривается.

ООО «ПАРЭКС» были представлены пояснения по факту, послужившему основанием для возбуждения настоящего дела:

«...12 мая 2020 г. между ООО «Парэкс» и ПАО «Вымпел-Коммуникации» был заключен договор № 757195539 от 12.05.2020 г., по условиям которого ПАО «Вымпел-Коммуникации» предоставляло ООО «Парэкс» услуги по таргетированной смс-рассылке. Порядок оказания услуг был следующим: ООО «Парэкс» завело личный кабинет на официальном сайте Билайн, акцептовало оферту, оставило заявку, выбрало авансовую систему расчетов, ПАО «Вымпел-Коммуникации» выставляло счет на услуги и осуществляло смс-рассылку по своей базе абонентов.

В личном кабинете оферта на оказание услуг не сохраняется, ее можно лишь увидеть при новой регистрации в системе на сайте Билайн.

Все условия сотрудничества изложены на сайте Билайн в личном кабинете ООО «Парэкс». Согласно данным условиям сегментация и продвижение осуществляются по базе Билайн, то есть таргетированная смс-рассылка осуществлялась не по базе клиентов ООО «Парэкс», а исключительно по базе Билайн.

Более того, на сайте Билайн в личном кабинете ООО «Парэкс» в разделе «Помощь» в качестве ответа на вопрос «какое юридическое основание для рассылки?» указано, что реклама рассылается только абонентам Билайн, давшим согласие на получение рекламы товаров, работ, услуг третьих лиц и обработку данных в указанных целях.

На вопрос «нужно ли получать согласия на рассылку смс-сообщений от потенциальных клиентов?» на сайте сообщено, что получать разрешение от клиентов не нужно - Билайн уже получил согласие абонентов.

Таким образом, ПАО «Вымпел-Коммуникации» приняло на себя обязательства по рассылке смс-сообщений по своей базе только своим абонентам, предоставившим при заключении абонентского договора согласия на получение рекламы услуг третьих лиц. ООО «Парэкс» никак не влиял на процесс рассылки, абонентов, поучающих смс-сообщения, выбирало исключительно ПАО «Вымпел-Коммуникации». У ООО «Парэкс» нет и не было в распоряжении никаких персональных данных получателей смс-рассылки, включая телефонные номера...

...Полагаем, что изложенные ООО «Парэкс» обстоятельства дела свидетельствуют о том, что непосредственного участия в распространении рекламы путем смс-рассылки оно не принимало, кроме как согласования текста смс-сообщения, который соответствует требованиям, предъявляемым к нему. Все действия по рассылке смс-сообщений осуществляло ПАО «Вымпел-Коммуникации», оно приняло на себя обязательства рассылать смс-сообщения исключительно абонентам, давшим согласия на получения такой рекламной рассылки. ООО «Парэкс» не могло вмешиваться в этот процесс и в силу закона о персональных данных не могло юридически и технически проверять наличие у ПАО «Вымпел-Коммуникации» согласия у каждого получателя смс-сообщения.

При таких обстоятельствах считаем, что ООО «Парэкс» не может являться рекламораспространителем, а также полагает, что в рассматриваемом деле рекламораспространителем следует признать ПАО «Вымпел-Коммуникации...».

Пояснения ПАО «ВымпелКом»:

«...12.05.2020г. ООО «Парэкс» в личном кабинете на сайте www.beeline.ru приняло условия оферты на оказание услуги «Билайн.ПРОдвижение» и заключило договор №757195539 (далее Договор).»

Согласно условий Договор Билайн обязуется оказывать, а Клиент обязуется оплачивать услуги по Анализу аудитории, проведению Мобильных опросов, запуску Рекламных кампаний с применением критериев таргетирования целевой аудитории Клиента среди Пользователей с использованием в т.ч. Таргетированных SMS-рассылок.

Под пользователями понимаются потенциальные и/или действующие клиенты и/или партнеры Клиента, являющиеся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи Билайн.

Услуга «Таргетированные SMS рассылки» представляет собой услуги по рассылке SMS-сообщений на абонентские номера Пользователей с применением критериев таргетирования списка Пользователей.

Согласно Договора для заказа рассылки Клиент должен указать/выбрать в Аккаунте нижеуказанные параметры из числа доступных: критерии таргетирования списка Пользователей, период оказания Услуги, имя отправителя, **текст SMS/PUSH-сообщения** и другие необходимые параметры для заказа рассылки.

В соответствии с п.6.5.1. Договора ООО «Парэкс» самостоятельно определяет содержание Рекламных материалов, обеспечивает соблюдение требований действующего законодательства Российской Федерации, Редакционной политики Билайн и Правил myTarget при пользовании Услугами и формировании Рекламных материалов, а так же гарантирует, что короткие текстовые сообщения не содержат информации, распространение которой запрещено действующим законодательства Российской Федерации...».

Факт заключения договора № 757195539 в рамках исполнения которого было направлено спорное смс-сообщение на абонентский номер заявителя, сторонами не оспаривается.

Также ПАО «ВымпелКом» пояснило:

«...Из определения рекламы, содержащегося в статье 3 Закона о рекламе, следует, что для признания информации рекламой она должна одновременно выполнять несколько условий, а именно:

- быть распространенной любым способом, в любой форме;
- быть адресованной неопределенному кругу лиц;
- быть направленной на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Из упомянутой нормы Закона о рекламе следует, что рассматриваемое сообщение не является рекламой в связи отсутствием обязательной для рекламы признака – её направленности неопределенному кругу лиц.

Важно отметить, что легального определения понятия «неопределенный круг лиц» в российском законодательстве не содержится, однако его можно сформулировать на основании актуальной правоприменительной и судебной практики.

В порядке судебного толкования в Обзоре судебной практики Верховного Суда РФ за первый квартал 2004 года (далее – «Обзор») разъясняется, что «под неопределенным кругом лиц понимается такой круг лиц, который невозможно индивидуализировать (определить), привлечь в процесс в качестве истцов, указать в решении, а также решить вопрос о правах и обязанностях каждого из них при разрешении дела» (Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 11. С. 27).

Также, в письме Федеральной антимонопольной службы от 5 апреля 2007 г. N АЦ/4624 (далее – «Письмо») в ответ на обращение Федеральной налоговой службы по вопросу о понятии «неопределенный круг лиц», применяемом в законодательстве Российской Федерации о рекламе, сообщается, что в ст. 3 Закона о рекламе под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования.

Как указывается в Письме, такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена. В качестве примера распространения информации о лице, товаре, услуге среди неопределенного круга лиц в Письме приводится распространение сувенирной продукции с логотипом организации в качестве подарков, поскольку, как поясняется в письме, заранее невозможно определить всех лиц, для которых такая информация будет доведена.

Понятие неопределенного круга лиц, о котором идет речь в Письме и Законе о рекламе, совпадает с понятием неопределенного круга лиц в смысле п. 1 ст. 437 Гражданского кодекса РФ (далее – «ГК РФ»), где предусматривается, что реклама и иные предложения, адресованные неопределенному кругу лиц, рассматриваются как приглашение делать оферты, если иное прямо не указано в предложении.

Таким образом, сопоставление сделанных в Обзоре и Письме разъяснений показывает, что общим в них является представление о неопределенном круге лиц как о некоей множественности субъектов, индивидуально-определенный состав которой невозможно определить заранее. Индивидуально-определенным может считаться лишь поименный состав такой множественности, поскольку согласно общему правилу п. 1 ст. 19 ГК гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем.

Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод о том, что под неопределенным кругом лиц следует понимать такую множественность участников соответствующих материальных правоотношений, в которой невозможно заранее предвидеть ее поименный состав применительно к любому отдельно взятому моменту времени.

Кроме того, в соответствии с п. 22.1 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи – автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не

соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Согласно письму Министерства связи и массовых коммуникаций Российской Федерации от 29.09.2014 № ДА-П12-17623 «О вопросах применения Федерального закона от 21.07.2014 № 272-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О связи»», «статья 2 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи» дополнена новым понятием «рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи», под которым понимается, в частности, автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений по сети подвижной радиотелефонной связи.

Данное понятие следует рассматривать с точки зрения его лексического толкования, в соответствии с которым рассылкой является отправка разным адресатам сообщения одинакового содержания (реклама, газета, приглашение). Принимая это во внимание, рассылкой по сети подвижной радиотелефонной связи является массовая отправка одинаковых коротких текстовых сообщений (SMS) с целью распространения какой-либо информации (адресная электронная рассылка по целевой аудитории с целью доведения определенной информации).

Таким образом, к рассылкам по сети подвижной радиотелефонной связи не может быть отнесена передача абонентам индивидуальных сообщений, содержащих цифровые, буквенные или буквенно-цифровые сочетания (коды, пароли), а также иные адресные сообщения, содержащие различную информацию».

В рассматриваемой ситуации, спорное SMS-сообщение было целенаправленно адресовано гражданину – конкретному выбранному по заранее известным критериям, Абоненту сети подвижной связи «Билайн», заключившим с ПАО «ВымпелКом» Договор об оказании услуг связи «Билайн», который не обращался с заявлениями в адрес Общества о блокировке любых входящих рекламных, информационных или других SMS-сообщений.

Следовательно, полученные Абонентом сообщения являются персонализированными, а значит носящими не рекламный, а информационный характер...».

Комиссия с указанной позицией ПАО «ВымпелКом» не согласна.

В соответствии с пунктами 1, 2, 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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.

Объект рекламирования - 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.

Товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Распространенная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками – распространена путем использования телефонной связи; адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечения внимания потребителей к услугам и товарам, предоставляемым соответствующим рекламодателем и осуществляемой им деятельности.

Рассматриваемая реклама содержит сведения, индивидуализирующие хозяйствующий субъект и предлагаемые им услуги, а именно услуги по оформлению полиса ОСАГО на сайте benfin.ru.

Комиссия отмечает, что данное смс-сообщение влияет на мотивацию потребителя («Заходи будет выгодно!») при выборе товара и побуждает его совершить определенные действия в отношении объекта рекламирования, вступить в конкретные правоотношения – оформить полис ОСАГО на сайте benfin.ru и получить 7% кэшбек на карту банка.

Также Комиссия отмечает, что рассылка смс-сообщений по каналам телефонной связи не может быть произведена иначе как на конкретный абонентский номер, что позволяет говорить об адресном характере отправлений. Однако, специфика связи с абонентами, сама по себе не может являться основанием для признания информации, содержащейся в смс-сообщениях, как предназначенной исключительно для конкретного абонента.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение объекта рекламирования, в том числе если она направляется по конкретному адресному списку.

При этом реклама может иметь целевую аудиторию, к которой относятся некие лица, для которых в первую очередь предназначена такая информация. Однако направленность рекламы на неопределенный круг лиц оценивается исходя из выбранного способа и средства распространения рекламы, а также содержания самой рекламной информации. Если рекламная информация представляет интерес и доступна также и иным лицам, не только входящим в ее целевую аудиторию, то направленность такой рекламы выходит за пределы целевой аудитории и относится к неопределенному кругу лиц.

Таким образом, квалификация информации как рекламы либо иного рода информации зависит от совокупности направленности и содержания сути сведений, приведенных в такой информации.

Если информация отвечает признакам рекламы и имея некую целевую аудиторию (например, клиенты компании, зрители телеканала, прохожие определенной территории), формирует интерес у неопределенного круга лиц, соответственно, выходит за пределы своей целевой аудитории, такая информация является рекламой и подпадает под регулирование Федерального закона «О

рекламе» (письмо ФАС России от 20.06.2018 N АД/45557/18 «Об оценке неопределенного круга лиц в рекламе»).

В данном случае, указанное смс-сообщение, является рекламой, поскольку имеет возможность заинтересовать неопределенный круг лиц (не только данного абонента). Из содержания смс-сообщения не следует, что только конкретный абонент (заявитель) может оформить полис ОСАГО на сайте benfin.ru и получить 7% кэшбек на карту.

Частью 1 статьи 5 ФЗ «О рекламе» установлено, что реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

В силу пункта 4 части 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно части 1 статьи 18 ФЗ «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.

Каждый рекламораспространитель обязан соблюдать требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

При этом, из данной нормы закона следует, что отсутствие согласия абонента на получение рекламы предполагается, если иное не доказано рекламораспространителем.

Из обращения заявителя (вх. № 14476 от 03.08.2020, срок рассмотрения обращения продлен) следует, что рекламное сообщение поступило без его предварительного согласия.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

В своих пояснениях ПАО «ВымпелКом» также пояснил:

«...ПАО «ВымпелКом» оказывает услуги связи на основании имеющихся лицензий и в соответствии с установленными требованиями Федерального закона Российской Федерации от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи», а также нормами гражданского законодательства.

Услуги по оказанию подвижной радиотелефонной связи оказываются ПАО «ВымпелКом» на основании лицензий на оказание услуг связи и Правил оказания услуг телефонной связи №1342, утвержденных постановлением Правительства РФ от 09.12.2014г. (далее по тексту – «Правила»), в соответствии с заключенным договором об оказании услуг связи Билайн.

В силу положений статьи 426 ГК РФ, п. 14 Правил, Федерального закона «О связи», договор об оказании услуг связи, предоставляемых ПАО «ВымпелКом» физическим лицам, носит публичный характер.

Договор об оказании услуг связи Билайн, заключаемый между ПАО «ВымпелКом» и абонентом, состоит из:

- бланка, содержащего учетные данные абонента, сведения о выделенном абоненту номере, заказанных абонентом услугах, выбранном абонентом тарифном плане, о согласии на получение рекламной информации и рассылок, и тому подобных сведений, идентифицирующих абонента и индивидуализирующих условия, на которых будут оказываться услуги связи.

- текста публичных условий договора, которые, в соответствии со ст.426 ГК РФ, являются одинаковыми для всех потребителей.

Типовой бланк и текст публичных условий размещены на официальном сайте Оператора: <https://moskva.beeline.ru/customers/pomosh/question/voprosy-i-dokumenty/mobile/spravochnik-abonenta/>.

Бланк Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 596940276 с абонентом, которому выделен абонентский номер <...>, утрачен, в связи с чем ПАО «ВымпелКом» не имеет возможности представить его заверенную копию. Между тем, считаем, что копия бланка договора может быть предоставлена в материалы дела абонентом обратившимся с жалобой...

Так же следует обратить внимание на следующее. В случае изменения текста публичных условий договора и размещения его на сайте, а также продолжения абонентом использования услуг связи, с учетом публичности договора, абонент соглашается с новой редакцией публичных условий договора. Таким образом, на всех абонентов ПАО «ВымпелКом» в настоящее время распространяется действующая редакция условий оказания услуг связи.

Текст публичных условий в действующей редакции в части условий о получении рекламных сообщений звучит следующим образом:

«8.13. 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.

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 г. «О связи», Правилами и другими нормативными документами в их развитие.

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...

В тоже время абонент <...> в процессе пользования услугами не обращался к ПАО «ВымпелКом» с заявлениями об отказе в получении рекламной информации и рассылок в порядке указанном выше...».

Комиссия отмечает, что согласно информации представленной ПАО «ВымпелКом» договор с абонентом <...> № 596940276 заключен 20.07.2016 года. На день заключения данного договора действовали условия оказания услуг связи Билайн утвержденные приказом № 104/15 от 05.02.2015 года. Условия оказания услуг связи «Билайн» являются составной частью Договора об оказании услуг связи «Билайн».

Согласно п. 2.1 Условий договор заключается в письменной форме путем подписания бланка Договора Абонентом и Оператором или уполномоченным им лицом в двух экземплярах или иным способом, предусмотренным действующим законодательством для письменной формы договоров.

П. 8.13 Условий оказания услуг связи также предусматривает для абонентов возможность выразить отказ от получения рекламной информации при заключении Договора или в процессе его исполнения.

Однако, копия договора об оказании услуг связи «Билайн» заключенного с абонентом <...> ПАО «ВымпелКом» не представлена в связи с утратой.

Между тем, согласно части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» бремя доказывания наличия предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы по сетям электросвязи лежит на рекламораспространителе, при этом, заявитель не обязан доказывать факт отсутствия подобного согласия.

В целях защиты прав и законных интересов абонента, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной лишь ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг, которые являются

неотъемлемой частью договора. Обратное может привести к злоупотреблениям со стороны рекламодателя рекламы, стремящегося любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям законности.

Таким образом, ПАО «ВымпелКом», не представило в Башкортостанское УФАС России документального доказательства наличия предварительного согласия абонента на получение рекламной информации на номер .

Таким образом, в ходе рассмотрения дела ПАО «ВымпелКом» не были представлены доказательства того, что данное смс-сообщение поступило абоненту с его предварительного согласия, следовательно, данная реклама нарушает часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель.

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

ПАО «ВымпелКом», на основании договора № 757195539 от 12.05.2020 года, выступило лицом, распространившим данную рекламу путем использования телефонной связи.

На основании вышеизложенного, Комиссией было принято решение дело в отношении ООО «ПАРЭКС» прекратить.

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.

Согласно пункту 47 Правил при добровольном устранении лицом (лицами) совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В этом случае основания нецелесообразности выдачи предписания излагаются в мотивировочной части решения по делу.

Комиссией принято решение предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ПАО «ВымпелКом» не выдавать, так как на заседание Комиссии были представлены пояснения, в которых

сообщается, что направление какой-либо информации абоненту по мобильному номеру <...> более не осуществляется.

Резолютивная часть решения оглашена на заседании Комиссии Башкортостанского УФАС России 07.12.2020 года.

В связи с тем, что нарушение законодательства РФ о рекламе влечет административную ответственность, УФАС по РБ 17.12.2020 года вынесено определение о возбуждении дела об административном правонарушении № 002/04/14.3-3284/2020 и проведении административного расследования в отношении ПАО «ВымпелКом». Назначена дата для дачи объяснений по факту нарушения, а также для подписания протокола об административном правонарушении – 12.01.2021 года.

11.01.2021 года от ПАО «ВымпелКом» посредством электронной почты поступило ходатайство о рассмотрении дела посредством видеоконференцсвязи (вх. № 50, 68 от 11.01.2021).

12.01.2021 года посредством использования аудио/видеоконференцсвязи присутствовали представители ПАО «ВымпелКом»: <...> (доверенность № ЦР-20-599 от 07.12.2020) и <...> (доверенность № ЦР-20-106 от 20.02.2020). Ходатайство удовлетворено (вх. № 50, 68 от 11.01.2021). Озвучена позиция по делу.

Составлен протокол № 002/04/14.3-3284/2020 об административном правонарушении, рассмотрение дела назначено на 25.01.2021 года.

25.01.2021 года от ПАО «ВымпелКом» посредством электронной почты поступило ходатайство о рассмотрении дела посредством видеоконференцсвязи, а также подписанная копия протокола (вх. № 971 от 25.01.2021).

На рассмотрении дела посредством использования аудио/видеоконференцсвязи присутствовал представитель ПАО «ВымпелКом» <...> (доверенность № ЦР-20-599 от 07.12.2020). Ходатайство удовлетворено (вх. № 971 от 25.01.2021). Озвучена позиция по делу.

Событие административного правонарушения вменяемое ПАО «ВымпелКом» выражается в распространении ненадлежащей рекламы, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Объект правонарушения, ответственность предусмотренная частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ – отношения в области получения потребителем достоверной рекламы, соответствующей требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе.

Субъект правонарушения – ПАО «ВымпелКом» (ОГРН: 1027700166636, ИНН: 7713076301, КПП: 771301001, адрес: 127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д.10, стр.14).

Объективная сторона данного правонарушения состоит в распространении ненадлежащей рекламы, недопустимой с точки зрения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Субъективная сторона правонарушения характеризуется виной в форме умысла. У ПАО «ВымпелКом» имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена административная

ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Таким образом, состав административного правонарушения имеется.

Место совершения административного правонарушения – г. Москва.

Время совершения административного правонарушения – 03.08.2020 года.

На момент рассмотрения настоящего дела об административном правонарушении сроки давности привлечения к административной ответственности, установленные статьи 4.5 КоАП РФ, не истекли.

Согласно части 1 статьи 14.3. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях невыполнение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух до двух с половиной тысяч рублей; на должностных лиц - от четырех до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста до пятисот тысяч руб.

Оснований для применения статьи 2.9 КоАП РФ нет, так как состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, является формальным и существенная угроза охраняемым общественным отношениям заключается не в наступлении каких либо материальных последствий правонарушения, а в пренебрежительном отношении виновного лица к исполнению своих публично-правовых обязанностей. Безразличное отношение лица к принятой на себя публично-правовой обязанности свидетельствует о существенной угрозе охраняемым интересам.

В силу статьи 2.1 КоАП РФ назначение административного наказания юридическому лицу не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к административной или уголовной ответственности физического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо.

В силу части 3 статьи 4.1 при назначении административного наказания юридическому лицу учитываются характер совершенного им административного правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

Согласно статье 4.6 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях лицо, которому назначено административное наказание за совершение административного правонарушения, считается подвергнутым данному наказанию со дня вступления в законную силу постановления о назначении административного наказания до истечения одного года со дня окончания исполнения данного постановления.

Так, ранее постановлениями Ульяновского УФАС России по делу № 073/04/14.3-240/2020 от 23.07.2020, Нижегородского УФАС России по делу № 052/04/14.3-1530/2020 от 07.09.2020, УФАС по Московской области по делу № 050/04/14.3-1750/2020 от 18.11.2020 ПАО «ВымпелКом» привлекалось к

административной ответственности за совершение однородного административного правонарушения (указанные постановления вступили в законную силу).

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 4.3 КоАП РФ к числу обстоятельств, отягчающими административную ответственность, относится повторное совершение однородного административного правонарушения, если за совершение первого административного правонарушения лицо уже подвергалось административному наказанию, по которому не истек срок, предусмотренный статьей 4.6 КоАП РФ.

Обстоятельства смягчающие вину не установлены.

Руководствуясь статьями 2.1, 4.1, 4.2, 4.3, 4.6 части 4 статьи 14.3, 23.48, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

Признать ПАО «ВымпелКом» (ОГРН: 1027700166636, ИНН: 7713076301, КПП: 771301001, адрес: 127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д.10, стр.14) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3. КоАП РФ и подвергнуть административному наказанию в виде **административного штрафа в размере ста двадцати тысяч рублей (120 000 рублей).**

ВНИМАНИЕ! В случае оплаты административного штрафа платежный документ в **ОБЯЗАТЕЛЬНОМ ПОРЯДКЕ** должен содержать сведения о номере идентификатора начисления УИН, указанного в назначении платежа прилагаемого к настоящему постановлению бланка платежного поручения.

Реквизиты для перечисления штрафа:

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 КоАП штраф должен быть уплачен не позднее 60 дней со дня вступления постановления о наложении штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 КоАП РФ.

Согласно части 5 статьи 32.2 КоАП РФ при отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, и информации об уплате административного штрафа в Государственной информационной системе о государственных и муниципальных платежах, по истечении срока, указанного в части 1 статьи 32.2, судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, изготавливают второй экземпляр указанного постановления и направляют его в течение десяти суток судебному приставу-исполнителю для исполнения в порядке, предусмотренном федеральным законодательством. Кроме того, должностное лицо федерального органа исполнительной власти, структурного подразделения или территориального органа, иного государственного органа, рассмотревших дело об административном правонарушении, либо уполномоченное лицо коллегиального органа, рассмотревшего дело об административном правонарушении, составляет протокол об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 20.25 настоящего Кодекса, в отношении лица, не уплатившего административный

штраф. Протокол об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 20.25 настоящего Кодекса, в отношении лица, не уплатившего административный штраф по делу об административном правонарушении, рассмотренному судьей, составляет судебный пристав-исполнитель.

В соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 30.1 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано лицами, указанными в статьях 25.1 - 25.5 КоАП РФ, вынесенное должностным лицом – в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в районный суд по месту рассмотрения дела.

В соответствии с частью 2 статьи 30.1 КоАП РФ в случае, если жалоба на постановление по делу об административном правонарушении поступила в суд и в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу, жалобу рассматривает суд.

В соответствии с частью 3 статьи 30.1 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении, связанном с осуществлением предпринимательской или иной экономической деятельности юридическим лицом или лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, обжалуется в арбитражный суд в соответствии с арбитражным процессуальным законодательством.

В соответствии с частью 1 ст. 30.2 КоАП РФ жалоба на постановление по делу об административном правонарушении подается судье, в орган, должностному лицу, которыми вынесено постановление по делу и которые обязаны в течение трех суток со дня поступления жалобы направить ее со всеми материалами дела в соответствующий суд, вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу.

В соответствии с частью 3 статьи 30.2 КоАП РФ жалоба может быть подана непосредственно в суд, вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу, уполномоченным ее рассматривать.

В соответствии с частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

Заместителя руководителя

<...>