

РЕШЕНИЕ

по делу № 049/05/18-225/2021

Резолютивная часть оглашена 07.10.2021.

Решение изготовлено в полном объеме 20.10.2021 г. Магадан

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии

– заместитель руководителя управления;

Члены Комиссии:

– ведущий специалист-эксперт отдела контроля закупок и антимонопольного законодательства;

ведущий специалист-эксперт отдела контроля закупок и антимонопольного законодательства;

в присутствии представителя ПАО «ВымпелКоммуникации» С.Т.В., (Доверенность № ВР-21-237 от 13.04.2021), участвующей в дистанционном режиме,

рассмотрев дело № 049/05/18-225/2021 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) в связи с получением нежелательного рекламного смс-сообщения 07.05.2021 в сети оператора сотовой связи ПАО «Вымпел-Коммуникации» на мобильный телефон заявителя без предварительного согласия абонента со следующим текстом: *«До 5000 р. на 10 дней без % новым клиентам после одобрения. Услуга ООО МФК Мигкредит. Об акции и организаторе <http://migcredit.ru/bl10>»*,

УСТАНОВИЛА:

СМС-сообщение было направлено заявителю в сети оператора сотовой связи ПАО «Вымпел-Коммуникации» на абонентский номер +79629409284 с именного номера «Migcredit» 07.05.2021 в 14:11 со следующим текстом:

«До 5000 р. на 10 дней без % новым клиентам после одобрения. Услуга ООО МФК Мигкредит. Об акции и организаторе <http://migcredit.ru/bl10>»

В качестве подтверждения получения указанной рекламы к заявлению приложен скриншот смс-сообщения с мобильного телефона заявителя.

Приложенными документами подтверждается, что на мобильный телефон заявителя с именного номера «Migcredit» поступило текстовое сообщение. При этом содержащаяся в данном сообщении информация обезличена (один и тот же текст предназначается для направления неопределенному кругу лиц), привлекает внимание к объекту рекламирования, следовательно, в соответствии с

положениями Закона о рекламе, такая информация является рекламой.

Антимонопольным органом направлен запрос о предоставлении информации в адрес ПАО «Вымпел-Коммуникации» (исх. № 01-10/1412 от 25.05.2021).

В соответствии с информацией, представленной ПАО «Вымпел-Коммуникации» (вх. № 01/2061 от 15.06.2021), смс-сообщение на абонентский номер +79629409284 осуществлено 07.05.2021 с именного номера «Migcredit». ПАО «Вымпел-Коммуникации» подтверждает направление указанного сообщения, однако в детализации сообщений указать сообщение не представляется возможным в связи с тем, что именной номер «Migcredit» не принадлежит номерной емкости компании. Рассылку информации, не связанной с информированием абонентов об оказываемых услугах связи, тем более рекламы третьих лиц, Общество не осуществляет. Общество лишь обеспечивает возможность приема, передачи, хранения, доставки сообщений по сетям электросвязи в соответствии с выданной ему лицензией. Оператор связи не является и не может быть распространителем информации или сведений, содержащихся в сообщении, поскольку выполняет техническую функцию передачи сообщения (закрытого пакета информации), а не информации определенного содержания. Обществу неизвестно содержание сообщений, поступающих на абонентский номер, поскольку оно отправляется третьим лицом. В рамках заключенного договора об оказании услуг связи оператор предоставляет абоненту услуги связи, позволяющие последнему передавать и(или) принимать голосовую и(или) не голосовую информацию.

ПАО «ВымпелКом» не формировало текста указанного сообщения, не выбирало адресатов и не инициировало действий по направлению сообщению конечным адресатам.

В силу чч.1 и 2 ст. 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено. Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки (что имело место в рассматриваемом случае) осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка.

Таким образом, положения ст. 44.1 Закона о связи возлагают обязанность получения предварительного согласия от абонента на получение коротких текстовых сообщений по сетям электросвязи, а также ответственность за рассылку коротких текстовых сообщений по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента – на заказчика рассылки.

В связи с необходимостью получения дополнительных доказательств, свидетельствующих о признаках нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, письмом № 01-10/1590 от 15.06.2021 Магаданское УФАС России продлило срок рассмотрения заявления до 10.08.2020.

18.06.2021 Магаданским УФАС России в адрес ООО МФК «Кредит» направлен запрос о предоставлении информации.

Согласно письму ООО МФК «Мигкредит» (вх.02/2272 от 01.07.2021), 01.04.2021 между ООО МФК «Мигкредит» и ПАО «ВымпелКом» заключен договор об оказании маркетинговых услуг № 794958300. Согласно дополнительному соглашению № 1 к указанному договору Билайн обязуется оказывать, а Абонент обязуется оплачивать услуги по рассылке SMS и push сообщений на абонентские телефонные номера потенциальных ли действующих клиентов или партнеров Абонента, являющихся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи Билайн.

Согласно п.5.5 указанного дополнительного соглашения рассылка sms и push сообщений осуществляется в соответствии с принятой в Билайн политикой контактов, редакционной политикой и с учетом стоп-листов Билайн. В стоп-листы Билайн включаются номера Пользователей, выразивших отказ на получение информации посредством рассылки смс-сообщений.

На основании указанных документов ООО МФК «МигКредит» полагает, что ПАО «ВымпелКом» самостоятельно определило список абонентов, которым разосланы рекламные сообщения Общества.

Таким образом, ООО МФК «Мигкредит» указало рекламораспространителем ПАО «ВымпелКом».

Согласие абонента К.А.В. на получение рекламы ООО МФК «Мигкредит» не представило, так как, по мнению Общества, ответственность за получение согласия абонента согласно условиям Договора возложено на ПАО «ВымпелКом». В соответствии с пп.1 п.2.1 дополнительного соглашения № 1 при рассылке sms и push сообщений используется имя отправителя «brandinfo» (также возможно использовать имя отправителя Клиента. В рассматриваемом смс-сообщении использовалось имя «Migcredit».

В ходе рассмотрения заявления Магаданским УФАС России установлено, что пояснения ООО МФК «МигКредит» не подтверждаются собранными документами.

Так, в соответствии с п.5.2 дополнительного соглашения № 1 к Договору об оказании маркетинговых услуг № 794958300 от 01.04.2021 Клиент (ООО МФК «МигКредит») самостоятельно определяет содержание sms и push сообщений. Клиент обеспечивает соблюдение требований действующего законодательства РФ и редакционной политики Билайн при формировании текста sms и push сообщений и гарантирует, что sms и push сообщения не содержат информации, распространение которой запрещено действующим законодательством РФ.

Согласно п.5.5 указанного Соглашения рассылка sms и push сообщений осуществляется в соответствии с принятой в Билайн политикой контактов, редакционной политикой и с учетом стоп-листов Билайн. В стоп-листы Билайн включаются номера пользователей, выразивших отказ на получение информации посредством рассылки смс и (или) иных сообщений.

Согласно пояснениям ООО МФК «Мигкредит», на основании указанных документов ПАО «ВымпелКом» самостоятельно определило список абонентов, которым разосланы рекламные сообщения ООО МФК «Мигкредит».

Следовательно, текст и содержание смс-сообщения, направленного Карпухину А.В., определены и сформированы ООО МФК «МигКредит».

Представленные Обществом договор, приложения и дополнительные соглашения не содержат обязанности оператора связи ПАО «Вымпел-Коммуникации» получать согласие абонентов на получение рекламной информации. Кроме того, указанные документы не содержат обязанности ПАО «Вымпел-Коммуникации» о самостоятельном определении списка абонентов для рассылки рекламных сообщений ООО МФК «МигКредит» и инициировании действий по направлению сообщений конечным адресатам.

В силу ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее также — Закон о рекламе, 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.

Согласно позиции ФАС России, изложенной в письме № АК/16266 от 28.04.2011 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» обязанность по получению согласия и подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе. При этом рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя. Поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, и рекламораспространителем не является.

Оператор связи не является распространителем информации или сведений, содержащихся в совершенном рекламном звонке, поскольку выполняет техническую функцию передачи.

Таким образом, ПАО «МТС» и ПАО «ВымпелКом» не являются рекламораспространителем, рекламопроизводителем или рекламодателем при совершении указанного звонка рекламного содержания. Общество осуществляет только передачу информации, сформированной отправителем, при этом целью является оказание услуг, а не распространение рекламы.

В силу чч. 1 и 2 ст. 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

Таким образом, положения ст. 44.1 Закона о связи возлагают обязанность получения предварительного согласия от абонента на получение звонка рекламного характера по сетям подвижной радиотелефонной связи, а также ответственность за рассылку по сетям подвижной радиотелефонной без предварительного согласия абонента – на заказчика рассылки.

В силу ч. 1 ст. 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.

Согласно ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение ст. 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

Магаданским УФАС России установлено, что рекламная информация, содержащаяся в данном смс-сообщении, привлекает внимание к объекту рекламирования, а именно к деятельности ООО МФК «МигКредит» по осуществлению услуг по предоставлению кредитных займов.

Сведений о том, что лицо, направившее смс-сообщение с телефонного номера с именного номера «Migcredit», предварительно получило согласие абонента на представление рекламной информации об услугах Общества, не имеется.

Таким образом, смс-сообщение, направленное 07.05.2021 по сети подвижной радиотелефонной связи на телефонный номер гражданина К.А.В. без его предварительного согласия, содержит признаки нарушения требования ч. 1 ст. 18 Закона «О рекламе».

Собранными материалами подтверждается, что ООО Микрофинансовая компания «М » (ОГРН:1107746671207, ИНН:), юридический адрес:) является рекламораспространителем.

В рассматриваемом случае распространенная информация по своему содержанию привлекает внимание неопределенного круга лиц к деятельности по предоставлению услуг по предоставлению кредитных займов, формирует и поддерживает интерес к деятельности продавца данного вида услуги, тем самым способствуя продвижению такой деятельности на рынке, что по всем признакам соответствует понятию рекламы.

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

Таким образом, рекламное смс-сообщение, направленное 07.05.2021 по сети подвижной радиотелефонной связи на телефонный номер гражданина К . А.В. без его предварительного согласия, содержит признаки нарушения требования **ч. 1 ст. 18 Закона «О рекламе».**

В соответствии с п. 7 ст. 3 Закона о рекламе лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, является рекламораспространителем.

Ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе определено, что рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных ст. 18 Закона о рекламе.

Учитывая изложенное, Определением № 151 от 12.07.2021 в отношении ООО Микрофинансовая компания «МигКредит» возбуждено дело о нарушении законодательства о рекламе № 049/05/18-225/2021.

Указанным Определением у ООО МФК «МигКредит» запрошены сведения и информация, необходимые для правильного и всестороннего рассмотрения дела.

Однако до начала заседания Комиссии указанная информация в адрес антимонопольного органа не поступила.

12.07.2021 Магаданским УФАС России в ПАО «ВымпелКом» направлен дополнительный запрос о предоставлении информации с учетом пояснений, направленных ООО МФК «МигКредит».

В ответ на запрос Общество пояснило, что подтверждает направление указанного смс-сообщения заявителю К. А.В. и считает, что в Договоре № 191236680 об оказании услуг связи содержится раздел о согласии абонента на получение рекламы при использовании услуг и на использование сведений о нем о продвижении услуг. Данные условия содержат альтернативу – графу «не согласен», в которой абонент при отсутствии желания на получение рекламы имеет возможность поставить соответствующую отметку. По мнению Общества, ПАО «ВымпелКом» как оператор получило согласие абонента на получение рекламы при получении услуг связи, а также на использование сведений об абоненте в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке, в том числе путем осуществления прямых контактов с абонентами с помощью услуг связи. В настоящее время все рассылки у абонента заблокированы. Общество полагает, что получило согласие К. А.В. на получение рекламной

информации путем направления смс-рассылки и считает, что в его действиях отсутствуют признаки нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Материалами дела установлено, что инициатором направления рассматриваемого смс - сообщения явилось ПАО «ВымпелКом», которое, в свою очередь, определило получателей смс - сообщения (абонентов) и, следовательно, обязанность предоставить согласие абонентов на получение рассматриваемого смс - сообщения относится исключительно к сфере ответственности Общества.

Согласно представленным в антимонопольный орган пояснениям ПАО «ВымпелКом» следует, что общество не отрицает факта направления смс – сообщения рекламного характера абоненту К.А.В.

Как следует из текста договора об оказании услуг связи № 191236680, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и К. А.В., указанный договор содержит графу «на использование моих сведений в системе информационно-справочного обслуживания - согласен, если не указано другое», а также имеется графа «не

согласен». При этом какой-либо отметки в графе «не согласен» не имеется.

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС № 58 от 08.10.2012 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Несмотря на то что, Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи и, следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, ВАС установил, что данная форма должна быть достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Рекламным законодательством четко установлена обязанность получения рекламодателем предварительного согласия абонента до момента доведения такой рекламы. Следовательно, 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 абонента 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.

Указанное положение Договора, исходя из его формулировки, носит нечеткий характер, из него не следует однозначно, что, подписывая Договор, абонент выражает согласие на получение рекламы по сетям электросвязи.

Таким образом, антимонопольным образом установлено, что согласие абонента на использование его сведений в системе информационно-справочного обслуживания, о чем имеются сведения в Договоре, в рассматриваемом случае не может быть расценено как согласие абонента на

получение рекламной информации.

Доказательств того, что ПАО «ВымпелКом» было получено предварительное согласие абонента на получение рассматриваемой рекламы, материалы дела не содержат.

Таким образом, собранными материалами подтверждается, что ПАО «ВымпелКом» является **рекламодателем**.

Определением № 174 от 03.08.2021 заменено ненадлежащее лицо, в отношении которого может быть вынесено решение по делу, - ООО Микрофинансовая компания «Мигкредит» на надлежащее - ПАО «Вымпел Коммуникации» (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636, юридический адрес: 127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д.10, стр.14).

Указанным Определением у ПАО «ВымпелКом» запрошены документы и информация, имеющие значение для правильного и всестороннего рассмотрения дела.

01.09.2021 в адрес Магаданского УФАС России поступили письменные пояснения ПАО «ВымпелКом», согласно которым в бланке договора № 191236680 от 29.04.2009 абонент К. А.В. подтвердил ознакомление и согласие с условиями оказания услуг связи Билайн (далее-Условия).

Условия оказания услуг связи Билайн являются неотъемлемой частью договора и размещены на публичном сайте Билайн.

Согласно п.1.4 Условия устанавливаются Оператором самостоятельно в соответствии с действующим законодательством и выданной Оператору лицензией, являются публичной офертой и регулируют взаимоотношения между Абонентом и Оператором при пользовании услуг связи.

В п.2.1 установлено, что Договор заключается путем принятия Абонентом условий Договора в полном объеме, в письменной форме одним из следующих способов:

1) путем подписания бланка Договора абонентом и оператором или уполномоченным им лицом в двух экземплярах;

Пункт 3.2.1 указывает на возможность изменения условий Договора в соответствии с Правилами, направлением Абоненту соответствующих предложений посредством размещения соответствующей информации на сайте оператора.

Таким образом, по мнению ПАО «ВымпелКом», оператор связи самостоятельно определяет условия оказания услуг связи, актуальная редакция Условий размещена на официальном сайте Общества.

Согласно п.8.13 Условий 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 по получение рекламной информации может быть выражено Абонентом в процессе получения Услуг в порядке, установленном Оператором.

В случае несогласия Абонента с получением рекламной информации и рассылках 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.

По мнению Общества, не совершив указанных выше действий, абонент К. А.В. дал согласие на получение рекламной информации на его телефонный номер. В настоящее время все рассылки у абонента заблокированы.

В силу ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее также — Закон о рекламе, 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.

Определением № 192 от 02.09.2021 рассмотрение дела № 049/05/18-225/2021 было отложено, у Общества запрошены дополнительные пояснения.

23.09.2021 в адрес Магаданского УФАС России поступили письменные пояснения ПАО «ВымпелКом», согласно которым между ООО МФК «Мигкредит» и ПАО «ВымпелКом» заключен договор об оказании маркетинговых услуг № 794958300, согласно дополнительному соглашению № 1 у казанному договору (п.5.5) рассылка смс-сообщений осуществляется в соответствии с принятой в Билайн политикой контактов, редакционной политикой и с учетом стоп-листов Билайн. В стоп-листы Билайн включаются номера пользователей, выразивших отказ на получение информации посредством рассылки смс-сообщений. Таким образом, список контактов для отправки сообщений, в данном случае формирует оператор связи. Текст сообщений проверяется оператором связи на соответствие правилам работы сервиса, в том числе редакционной политике.

В указанном случае в стоп-листе данные абонента К. А.В. отсутствовали, так как последний не совершил действий, направленных на отказ от получения рекламной информации, следовательно, предполагается согласие абонента на получение подобной информации. Общество считает, что им было получено согласие Карпухина А.В. на получение рекламной информации на свой абонентский номер.

23.09.2021 определением № 209 рассмотрение дела № 049/05/18-225/2021 было отложено, у ПАО «ВымпелКом» запрошены дополнительные письменные пояснения.

07.10.2021 в адрес Магаданского УФАС России поступили пояснения ПАО «ВымпелКом», в которых Общество указывает, что актуальная редакция условий оказания услуг связи утверждена приказом от 12.02.2019 об утверждении новой редакции абонентского номера, на официальном сайте документа размещен 28.08.2019. Общество подтвердило пояснения, направленные ранее, а также факт получения, по их мнению, согласия абонента К. А.В. на получение рекламных сообщений на его абонентский номер путем отказа от совершения действий, указанных в Условиях, а именно: не направил заявление об отказе в получение и рекламы и не совершил телефонный звонок с таким отказом.

При этом названные условия введены взамен ранее действующих от 2009 года, где отсутствовала указание на возможность распространения рекламы на номер телефона абонента.

Доводы Общества о получении согласия абонентом на получение рекламной информации, обоснованные ссылками на судебную практику (Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 28.10.2015 по делу № А38-1323/2015), Комиссия принять не может, так как указанный судебный акты основан на иных конкретных фактических обстоятельствах дела.

Таким образом, абонент К.А.В., заключая с ПАО «ВымпелКом» договор об оказании услуг связи в 2009 году, своего согласия на получение рекламной информации на свой абонентский номер не давал.

Как следует из материалов дела, текст договора об оказании услуг связи от 2009 года, заключенного между Карпухиным А.В. и Обществом, **не содержит согласия о получении рекламной информации на абонентский номер**. Согласно пояснениям Общества, К. А.В. имел возможность ознакомиться с новыми Условиями на сайте Общества самостоятельно.

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, 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 соответствующей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Положения законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространения ему рекламных материалы, в первую очередь, направлены на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

Включение обязательного условия о даче согласия при заключении договора на оказание услуг связи противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Договор связи по своей природе является договором присоединения.

В соответствии с ч.1 ст.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.

Таким образом, у абонента «ПАО «ВымпелКом», подписавшего рассматриваемую форму договора, отсутствует объективная возможность каким-либо образом повлиять на условия договора. Отказ лица от одного из условий такого договора тождественен отказу от заключения договора в целом.

Подобное навязывание клиенту 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, принявшего условия договора, размещенные на сайте оператора, возникает необходимость для отказа от получения рекламных сообщений совершить ряд дополнительных действий в то время, когда для их получения достаточно лишь заключить договор, в котором абоненту сразу будет

предоставлена возможность отказаться от получения рекламы путем проставления в тексте договора соответствующей отметки.

Кроме того, согласно позиции Общества, абонент К. А.В. должен был знать о размещении Обществом на их сайте новых Условий, содержащих возможность отказа от получения рекламы путем совершения дополнительных действий, для чего постоянно осуществлять просмотр информации указанного сайта.

Антимонопольный орган исходит из необходимости предоставления повышенной защиты абоненту, как более слабой и зависимой стороне в рассматриваемых правоотношениях, от получения нежелательной рекламы. Позиция Общества в рассматриваемом случае основана на том, чтобы обойти запреты на распространение рекламы, минуя согласие абонента.

Подобное положение прямо противоречит самой цели установленного ч.1 ст.18 закона о рекламе правила предварительного получения согласия абонента, нарушает его право на возможность не соглашаться на распространение на его телефон рекламы, то есть является искусственно созданной оператором связи для обхода требований закона опцией.

Таким образом, заключив с абонентом договор о предоставлении услуг связи от 2009 года, Общество незаконно обошло требования ч.1 ст.18 Закона о рекламе, искусственно освободив себя от обязанности получить согласие на рассылку рекламных сообщений.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, является рекламодателем.

Магаданским УФАС России установлено, что распространенная информация по своему содержанию привлекает внимание неопределенного круга лиц к объекту рекламирования - услугам, оказываемым ООО МФК «Мигкредит», а именно кредитным займам, формирует и поддерживает интерес к деятельности Общества, тем самым способствуя продвижению такой деятельности на рынке, что по всем признакам соответствует понятию рекламы.

Собранными материалами и пояснениями подтверждается, что ПАО «Вымпел Коммуникации» (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636, юридический адрес: 127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д.10, стр.14) является рекламодателем, так как именно им направлен текст рекламного сообщения на мобильный телефон заявителя, при этом Общество определило получателя рекламы из числа своих клиентов, а также имело возможность ознакомиться с текстом данного рекламного сообщения.

Позиция антимонопольного органа подтверждается судебной практикой (решение Арбитражного суда г. Москвы от 11.06.2021 по делу № А40-46103/21-139-328).

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС № 58 от 08.10.2012 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Несмотря на то что, Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи и, следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, ВАС установил, что данная форма должна быть достаточной для его идентификации и **подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.**

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие абонента должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Как следует из материалов дела, заявитель согласия на получение рекламы не давал.

Рекламным законодательством четко установлена обязанность получения рекламораспространителем предварительного согласия абонента до момента доведения такой рекламы.

Ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 несет рекламораспространитель (статья 38 Закона о рекламе).

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

В силу части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламоделами и рекламораспространителями рекламного законодательства влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частями 6, 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет только рекламораспространитель.

Руководствуясь частью 1 статьи 18, частью 1 статьи 36 Закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42-48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу со следующим текстом: «До 5000 р. на 10 дней без % новым клиентам после одобрения. Услуга ООО МФК Мигкредит. Об акции и организаторе <http://migcredit.ru/bl10>», распространенную путем направления смс-сообщения на абонентский номер заявителя Карпухина А.В. с именного номера «Migcredit» в сети оператора сотовой связи ПАО «Вымпел-Коммуникации» 07.05.2021 в 14:11 ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. В связи с тем, что нарушение, допущенное ПАО «ВымпелКом», устранено, рекламораспространителю - ПАО «ВымпелКом» - предписание о прекращении распространения ненадлежащей рекламы, указанной в пункте 1, не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Магаданского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 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:

.

.

.