



**УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ
ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ**

РЕШЕНИЕ

по делу №066/05/28-3968/2021

Резолютивная часть оглашена 31.01.2022

В полном объеме изготовлено 11.02.2022

11.02.2022

г. Екатеринбург

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области по рассмотрению дел о нарушениях законодательства о рекламе в составе (Приказ Свердловского УФАС России от 23.08.2017 №283, в ред. Приказа от 24.12.2021 №498):

председатель Комиссии <...> – заместитель руководителя управления,
члены Комиссии <...> – начальник отдела контроля органов власти,
<...> – заместитель начальника отдела контроля органов власти,

при участии:

заявителя - <...> (<...>), извещена, участие не обеспечено;

лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения рекламного законодательства -

1) «Газпромбанк» (Акционерное общество) (117420, г. Москва, ул. Намёткина, 16, 1, ОГРН: 1027700167110, дата присвоения ОГРН: 28.08.2002, ИНН: 7744001497, КПП: 772801001, далее также - Банк ГПБ (АО), Банк) - <...> (доверенность 66 АА 5944492 от 25.03.2020),

2) ПАО «Мегафон» (пер. Оружейный, 41, г. Москва, 127006, ОГРН: 1027809169585, дата присвоения ОГРН: 15.07.2002, ИНН: 7812014560, КПП: 770701001) - <...> (доверенность 5-208/19 от 30.04.2019);

заинтересованного лица - Управление Роскомнадзора по Уральскому федеральному округу (620027, г. Екатеринбург, ул. Азина, 40, офис 80, ИНН: 6659107821)- извещено, участие не обеспечено;

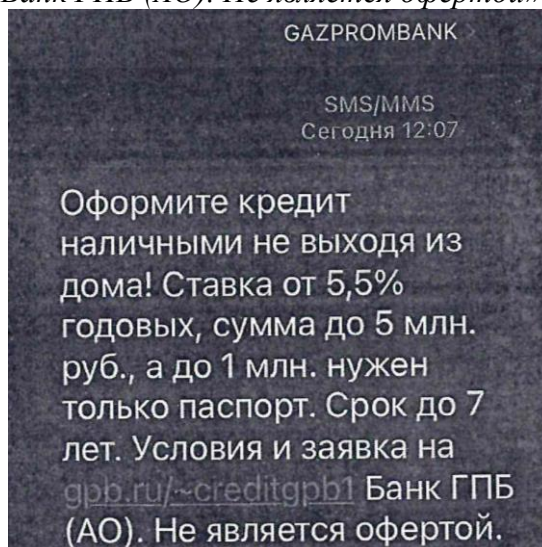
рассмотрев дело №066/05/28-3968/2021 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 06.10.2021 в 12:07 на абонентский номер +7<...> с короткого номера «GAZPROMBANK» рекламного смс-сообщения с признаками нарушения Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛА:

Дело №066/05/28-3968/2021 по признакам нарушения рекламного законодательства возбуждено Определением от 12.11.2021 (исх.№22570 от 12.11.2021) по итогам рассмотрения заявления <...>, и назначено к рассмотрению на 08.12.2021 в 15-00 (информационным письмом (исх.№22748 от 16.11.2021) рассмотрение дела перенесено на 09.12.2021 в 16-00). Определением от 09.12.2021 (исх.№24882 от 13.12.2021) рассмотрение дела назначено на 26.01.2022 с объявлением перерыва в его рассмотрении до 31.01.2022 в 14-00 путем проведения видеоконференцсвязи через систему TrueConf, для участия в которой в указанное время необходимо было перейти по ссылке <https://fas2.tconf.rt.ru/c/8925779310>

<...> в заявлении (вх.№01-28353 от 15.10.2021) указала на распространение 06.10.2021 в 12:07 на её абонентский номер +7-<...> с короткого номера «GAZPROMBANK» рекламного смс-сообщения следующего содержания: *«Оформите кредит наличными не выходя из дома! Ставка от*

5,5% годовых, сумма до 5 млн.руб., а до 1 млн. нужен только паспорт. Срок до 7 лет. Условия и заявка на gpb.ru/~creditgpb1 Банк ГПБ (АО). Не является офертой».



В Письме ФАС России от 04.06.2013 №АК/21587/13 «О порядке применения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» разъяснено, что в соответствии с **частью 1 статьи 18** Закона о рекламе признаки нарушения законодательства о рекламе содержатся в каждом действии по распространению рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента. При этом *местом и временем совершения правонарушения является место и время получения каждым конкретным абонентом данной рекламы*, в том числе, в случае если реклама имеет идентичное содержание.

Факт поступления 06.10.2021 в 12:07 на абонентский номер +7<...> с короткого номера «GAZPROMBANK» рекламного смс-сообщения подтверждается детализацией услуг связи по абонентскому номеру +7-922-12-00-744, представленной оператором связи заявителя ПАО «Мегафон» (вх.№01-28903 от 21.10.2021).

Законодательством Российской Федерации согласно ч. 4 ст. 5 Федерального закона от 27.07.2006 №149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» могут быть установлены виды информации в зависимости от ее содержания или обладателя. При этом под **рекламой** в ст. 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) 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, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке (п.1); под **объектом 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 (п.2); под **товаром** – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (п.3).

Согласно п.1 ст.4 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» **товар - объект гражданских прав** (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

К объектам гражданских прав относятся вещи (включая наличные деньги и документарные ценные бумаги), иное имущество, в том числе имущественные права (включая безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, цифровые права); **результаты работ и оказание услуг**; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и **приравненные к ним средства индивидуализации** (интеллектуальная собственность); нематериальные блага (ст.128 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ).

В соответствии с письмом ФАС России от 27.12.2017 № АК/92163/17 «О разграничении понятий вывеска и реклама» рекламой признается информация, позволяющая четко обозначить, **индивидуализировать конкретный объект рекламирования, выделить его среди однородных товаров и сформировать к нему интерес в целях продвижения на рынке.**

В спорной информации сообщено наименование хозяйствующего субъекта - «Банк ГПБ», приведено описание оказываемой им финансовой услуги, связанной с предоставлением кредита, что позволяет выделить конкретный хозяйствующий субъект и его услугу, сформировать к нему интерес с целью его продвижения на рынке, информация обладает распознаваемостью для потребителя, следовательно, является рекламой.

В Письме ФАС России от 16.03.2012 №ИА/7867 «О рекламе на дорожных знаках» разъяснено, что к рекламной информации, направленной на формирование и поддержание интереса к определенному лицу и его продвижение на рынке, относится указание следующей информации о лице:

- **наименование юридического лица**, индивидуального предпринимателя или название торгового предприятия данного лица (независимо от указания вида деятельности), выполненное с использованием товарных знаков, логотипов или иных индивидуализирующих данное лицо обозначений, цветов,

- контактная информация о лице (почтовый адрес, телефон, адрес сайта, электронной почты и т.п.),

- характеристика, описание лица, его деятельности,

- **информация о производимых или реализуемых товарах.**

Таким образом, характер информации и ее отнесение к рекламе либо не рекламе связан исключительно с ее **целевой направленностью** на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Как указано в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 04.03.1997 № 4-П, реклама рассматривается законодателем как средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации.

Экономической целью размещения рекламы для лица, осуществляющего производство, реализацию товара (работ, услуг), является продвижение и продажа товара (работ, услуг) оптовому покупателю и конечному потребителю.

Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

Согласно п. 1 и п. 2 ст. 435 ГК РФ офертой признается адресованное одному или нескольким **конкретным** лицам предложение, которое достаточно определено и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение. Оферта связывает направившее ее лицо с момента ее получения адресатом.

В рассматриваемом сообщении прямо указано, что оно **не является офертой**. При этом по результатам рассмотрения заявления заемщика о предоставлении потребительского кредита (займа) кредитор согласно ч. 5 ст. 7 Федерального закона от 21.12.2013 N 353-ФЗ "О потребительском кредите (займе)" (далее – Закон о потребительском кредите) **может отказать** заемщику в заключении договора потребительского кредита (займа) без объяснения причин, если федеральными законами не предусмотрена обязанность кредитора мотивировать отказ от заключения договора.

Реклама и иные предложения, адресованные **неопределенному** кругу лиц, в п. 1 ст. 437 ГК РФ рассматриваются как **приглашение делать оферты**, если иное прямо не указано в предложении.

Согласно ч.ч. 2 и 3, п.п. 1,2,4 и 14 ч. 9, ч. 11 и п.п. 4, 5, 8 и 22 ч. 4 ст. 5 Закона о потребительском кредите к условиям договора потребительского кредита (займа), за исключением индивидуальных условий, применяются правила договора **присоединения**. **Общие** условия договора потребительского кредита (займа) устанавливаются кредитором **в одностороннем порядке** в целях многократного применения в формулярах или иных стандартных формах. **Индивидуальные** условия договора потребительского кредита (займа) согласовываются кредитором и заемщиком индивидуально и включают в себя: сумма потребительского кредита (займа) или лимит кредитования и порядок его изменения; срок действия договора потребительского кредита (займа) и срок возврата потребительского кредита (займа); процентная

ставка в процентах годовых, ее значение на дату предоставления заемщику индивидуальных условий; согласие заемщика с общими условиями договора потребительского кредита (займа) соответствующего вида. Индивидуальные и общие условия договора потребительского кредита (займа) должны соответствовать **информации, предоставленной** кредитором заемщику **в местах оказания услуг** (местах приема заявлений о предоставлении потребительского кредита (займа), в том числе в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет"), в т.ч.: виды потребительского кредита (займа); **суммы** потребительского кредита (займа) и **сроки** его возврата; процентные **ставки** в процентах годовых.

В соответствии с позицией, изложенной в пункте 16 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.12.1998 №37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» информация, **очевидно ассоциирующаяся у потребителя** с определенным товаром, должна рассматриваться как реклама этого товара.

Кроме того, согласно Письму, ФАС РФ от 05.04.2007 № АЦ/4624 по своему содержанию информация, доведенная до заявителя посредством смс-сообщения, адресована неопределенному кругу лиц. 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. 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.

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 абонентский номер, предполагается диспозицией **ч. 1 ст. 18** Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер смс-сообщения.

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 случае направления посредством смс-сообщения 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.**

ФАС России в Письме от 25.06.2013 №АК/24455/13 «О рекламных SMS-сообщениях» разъяснила, что под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

Сведения об услугах хозяйствующего субъекта обобщенного характера не носят персонализированного характера, несмотря на упоминание имени и отчества абонента, представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

ФАС России в письме от 25.06.2013 №АК/24455/13 разъяснила, что **обобщенная информация не носит персонализированного характера, даже в случае упоминания имени и отчества абонента, представляет интерес для неопределенного круга лиц и является рекламой.**

В рассматриваемом сообщении не указаны имя и отчество абонента, сведения о рекламируемой финансовой услуге **носят обобщенный характер**, направлены на формирование и

поддержание интереса к объекту рекламирования – кредиту Банк ГПБ (АО), **представляют интерес для неопределенного круга лиц**, в связи с чем является рекламой.

В соответствии с п. 22.1 ст. 2 и ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи), **рассылка** по сети подвижной радиотелефонной связи (далее – рассылка) – 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 Минкомсвязи России от 29.09.2014 №ДА-П12-17623 понятие «рассылка» 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).

В Разъяснениях ФАС России от 14.06.2012 «О порядке применения статьи 18 Федерального закона «О рекламе» указано, что «короткий номер» предназначен для **одновременной массовой отправки** смс-сообщений широкому кругу лиц.

Рассматриваемое смс-сообщение подпадает под понятие «рассылка», поскольку соответствует определению «рассылка», изложенному в п. 22.1 ст. 2 Закона о связи – является передачей абоненту короткого текстового сообщения с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации – смс-сообщение было передано **с короткого номера** – «GAZPROMBANK».

Правила распространения рекламы по сетям подвижной радиотелефонной связи регулируются ч.1 ст.18 Закона о рекламе и ч. 1 ст. 44.1 Закона о связи:

ч.1 ст.18 Закона о рекламе	ч. 1 ст. 44.1 Закона о связи
Распространение рекламы по сетям подвижной радиотелефонной связи допускается только при условии предварительного согласия абонента на получение рекламы.	Рассылка должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента на получение рассылки.
Реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.	Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе не докажет , что такое согласие было получено.

Таким образом, применительно к распространению рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи посредством передачи абонентам коротких текстовых сообщений **рекламораспространителем**, обязанным получать согласие абонента на получение рекламы (рассылки) либо проверять его наличие, **является инициатор рассылки – заказчик рассылки**.

<...> сообщила, что согласия на распространение рекламы на её абонентский номер +7<...> с короткого номера «GAZPROMBANK» не давала, каких-либо сделок с Банк ГПБ (АО) не заключала.

<...> является абонентом ПАО «Мегафон».

ПАО «Мегафон» в письменных объяснениях (вх. №01-32531 от 06.12.2021) указало, что направление рекламного сообщения осуществлялось Оператором в рамках оказания услуги «МегаФон.Таргет» по заказу Банк ГПБ (АО) (117420, г. Москва, ул. Наметкина, д. 16, корп. 1, ОГРН 1027700167110).

Банк ГПБ (АО) в письменных объяснениях (вх.№01-31874 от 29.11.2021) указало следующее: « 1. Касательно оказания Банку ГПБ (АО) услуг ПАО «Мегафон» по распространению SMS-сообщений среди абонентов данного оператора связи

Для получения услуги, связанной с рассылкой SMS-сообщений, **Банком заключен Договор от 01.07.2019 № ФД-ГО-111/2019 об оказании услуг связи с ПАО «Мегафон»** (ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585, адрес: 127006, г. Москва, пер. Оружейный, д. 41) (далее, соответственно - Договор, Оператор). **Договор определяет порядок осуществления рассылки рекламно-информационных материалов среди абонентов Оператора в рамках сервиса «МегаФон Таргет».**

Согласно Договору **Оператор осуществляет рассылку рекламно-информационных материалов в SMS-сообщениях по имеющимся у Оператора абонентским номерам физических или юридических лиц, являющихся абонентами (пользователями) Оператора (далее - Абонентские номера Оператора) и/или абонентским номерам, перечень которых предоставлен Банком (далее - Абонентские номера Банка).**

В соответствии с Условиями оказания услуги «Мегафон.Таргет», являющимися Приложением № 1 к Договору, определение «Перечень абонентских номеров Оператора» означает имеющиеся у Оператора абонентские номера Конечных получателей, предоставивших Оператору согласие на получение рекламы третьих лиц. К Перечню абонентских номеров Оператора также относятся абонентские номера Конечных получателей из Перечня абонентских номеров Корпоративного клиента, прошедшие проверку Оператором на наличие согласия Конечных получателей на получение рекламы третьих лиц посредством применения Таргета «согласие».

Сообщаем, что на текущий момент **Банк не давал поручения Оператору на осуществление рассылки рекламных SMS-сообщений по Абонентским номерам Банка. Рассылка осуществляется только по Абонентским номерам Оператора.** Указанный Номер телефона Заявителя относится к Абонентским номерам Оператора в соответствии с Условиями оказания услуги «Мегафон.Таргет» (Приложение № 1 к Договору). В соответствии с п. 5.24. Приложения № 1 к Договору: «Размещение рекламно- информационных материалов (РИМ) среди Конечных получателей из Перечня абонентских номеров Оператора может быть осуществлено только среди Конечных получателей, от которых получено согласие на получение рекламы в соответствии с Законом о рекламе. Оператор несет единоличную ответственность за размещение РИМ без получения необходимых согласий либо в нарушении действующего законодательства Российской Федерации».

В связи с этим **Банк ГПБ (АО)** обращает внимание, что не обладает сведениями о перечне Абонентских номеров Оператора, **не располагает и не должен располагать предварительным согласием Заявителя на получение рекламы, рассылаемой ПАО «Мегафон», поскольку располагать его согласием должен Оператор.** При этом согласие Заявителя считается предоставленным в связи с присоединением к Условиям оказания услуг связи ПАО «Мегафон».

Заявка Банка с текстом SMS-сообщения направлена Оператору посредством электронной почты, при этом обращаем внимание, что Банк не предоставлял Оператору перечень абонентских номеров для рассылки, в том числе Номер телефона Заявителя.

Рассматриваемая реклама направлена Заявителю однократно и в настоящий момент не распространяется. Банком направлено в адрес ответственного лица ПАО «Мегафон» электронное письмо о необходимости прекращения направления рекламных смс-сообщений Банка на номер телефона Заявителя, от ПАО «Мегафон» получен ответ 18.11.2021 об исключении номера телефона Заявителя из рекламных рассылок.

При таких обстоятельствах Банк ГПБ (АО) полагает, что не допустил нарушения прав и охраняемых законом интересов Заявителя, а также законодательства о рекламе»

Также Банк ГПБ (АО) в письменных объяснениях (вх.№01-31874 от 29.11.2021) отметил, что в соответствии с п.14.14.2 Условий оказания услуг связи ПАО «Мегафон» Абонент, т.е. в данном деле - Заявитель, выразил согласие на получение рекламной информации об услугах третьих лиц.

Банк ГПБ (АО) в дополнительных письменных объяснениях (вх.№01-916 от 18.01.2022) сообщило следующее:

Квалификация приложения № 1 к Договору от 01.07.2019 № ФД-ГО-111/2019 об оказании услуг связи.

В соответствии с ч. 1 ст. 44.1 Закона о связи согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

Так, согласно п. 1.1 Договора от 01.07.2019 № ФД-ГО-111/2019 об оказании услуг связи, в соответствии с настоящим договором, Условиями и Правилами Оператор обязуется оказывать Корпоративному клиенту Услуги связи, а также связанные с ними Дополнительные услуги, а Корпоративный клиент обязуется их оплачивать. В Условиях оказания услуги «МЕГАФОН.ТАРГЕТ», указывается, что данная услуга представляет собой деятельность Оператора по рассылке SMS/MMS-сообщений, содержащих рекламно-информационные материалы Корпоративного клиента, от Корпоративного клиента до оборудования связи Оператора, а также деятельность Оператора по размещению рекламно-информационных материалов Корпоративного клиента среди абонентов иных операторов связи России в каналах коммуникации.

В соответствии с Письмом Минкомсвязи России от 29.09.2014 N ДА-П12-17623 «О вопросах применения Федерального закона от 21 июля 2014 г. №272-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О связи» идентификация абонента, осуществляемая заказчиком рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператором подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи, должна обеспечивать достоверное установление личности абонента и его волеизъявление на получение рассылки. При этом порядок и способ идентификации абонента определяются заказчиком рассылки или оператором подвижной радиотелефонной связи самостоятельно при обращении к ним абонентов.

Соответственно, можно сделать логический вывод о том, что инициатором рассылки может являться лицо, которое обладает сведениями, однозначно позволяющими идентифицировать абонента и получить от него согласие на рекламную рассылку. В рамках заключенного договора в отношении рассматриваемой ситуации (п.5.24 Условий) таким лицом является Оператор.

Следовательно, исходя из правовой терминологии законодателя, примененной им в Законе о связи, и существа договорных отношений касательно рассылки по перечню абонентский номеров ПАО «Мегафон» (как в настоящем случае), **рекламораспространителем является ПАО «Мегафон»** (далее также - Оператор), так как в рамках заключенного договора №ФД-ГО-111/2019 от 21.07.2019 (далее также - Договор) и направленной заявки **именно Оператор определяет конкретных адресатов рекламы и осуществляет фактическое доведение объекта рекламирования до сведения таких абонентов** (см. термин «Перечень абонентских номеров Оператора» и п.5.24 Условий). Таким образом, по смыслу ст. 18 Закона о рекламе, а также на основании Условий (Приложение №1 к Договору) обязанность по получению согласий адресатов рекламы возлагается не на Банк, а на Оператора.

Соответственно, можно утверждать, что рассылка, произведенная Оператором 06.10.2021 в 12:07 часов на его абонентский номер +7 922-12-00-744 SMS-сообщения, содержащего рекламную информацию, произведена в рамках договора (Приложение №1 к Договору), заключенного Банком ГПБ (АО) и ПАО «Мегафон» **не в соответствии с частью 2 статьи 44.1 Закона о связи».**

Защитник Банк ГПБ (АО) сообщил, что Банк не располагает согласием заявителя, поскольку таковое было выражено в адрес ПАО «Мегафон», которое не раскрывает

информацию Банк ГПБ (АО) в целях соблюдения законодательства о защите персональных данных.

Комиссия отклоняет довод Банк ГПБ (АО) о том, что Банк не является рекламодателем, поскольку **незаконной** в силу ч. 3 ст. 44.1 Закона о связи является **рассылка**, осуществляемая **с нарушением требований** Закона о связи, **включая** требования ч. 2 ст. 44.1 Закона о связи об осуществлении оператором подвижной радиотелефонной связи **рассылки по инициативе заказчика рассылки не иначе как на основании договора**, предметом которого являются услуги по осуществлению рассылки.

В противном случае, при осуществлении оператором связи *не по своей инициативе* рассылки *на основании иного* договора он заведомо допускает *незаконную* рассылку, а привлечение заказчиком рассылки к исполнению своей публичной обязанности по проверке наличия согласия абонента такового на получение рассылки (рекламы) третьих лиц (в том числе и оператора подвижной радиотелефонной связи), не снимает с него публичной ответственности за невыполнение этой обязанности.

В научном заключении Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ (ИЗиСП) от 28.10.2015 по теме «Соотношение положений рекламного и связного законодательства в части **определения лица, обязанного получить согласие** абонента на получение рекламной рассылки по сетям подвижной радиотелефонной связи», указано, в том числе, следующее: **«Подтверждением инициативы именно заказчика рассылки по сети электросвязи является договор, заключенный им с оператором связи**, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги оператора связи по осуществлению рассылки, имеющие, по существу, **технический характер** и не затрагивающие содержательной стороны рассылки. Вывод: В дополнение к общей норме Закона о рекламе, регламентирующей порядок распространения рекламы по сетям электросвязи и порядок получения согласия на ее получение (ст. 18) появляется специальная норма в Законе о связи (ст.44.1), которая регламентирует не только порядок осуществления рассылок, в т.ч. рекламного характера, по сети электросвязи, но и **порядок определения лица, обязанного получить согласие** абонента, на получение рассылки рекламного характера.

Позиция Свердловского УФАС России о том, что заказчиком рассылки является контрагент по договору на оказание услуг по осуществлению рассылки, заключаемого с оператором подвижной радиотелефонной связи, поддержана решениями судов и нашла свое отражение в решениях по следующим делам: №А60-52306/2016 от 09.02.2017, №А60-36921/2018 от 19.12.2018, №А60-57663/2018 от 20.12.2018, №А60-49701/2019, №А40-187678/17, №А40-124591/2020, №А60-45498/2019, №А60-3722/2020, №А60-35398/2020, № А60-17046/2021.

Анализ Договора от 01.07.2019 № ФД-ГО-111/2019 об оказании услуг связи и Приложение №1 к данному договору «Условия оказания услуги «Мегафон.Таргет», заключенного между ПАО «Мегафон» (Оператор) и Банк ГПБ (АО) (Корпоративный клиент) позволяет сделать вывод о том, что он **по своей природе является договором на оказание оператором сети подвижной радиотелефонной связи (ПАО «МегаФон») услуг заказчику рассылки (Банк ГПБ (АО)) по осуществлению рассылки абонентам оператора связи.**

В соответствии с настоящим договором, Условиями и Правилами Оператор обязуется оказывать Корпоративному клиенту Услуги связи, а также связанные с ними дополнительные услуги (далее вместе именуемые «Услуги»), а Корпоративный клиент обязуется их оплачивать (п.1.1. Договора от 01.07.2019 № ФД-ГО-111/2019).

Согласно Приложению №1 к Договору от 01.07.2019 № ФД-ГО-111/2019 (далее - приложение №1) «Услуга «МегаФон Таргет»» (Услуга) - деятельность Оператора по направлению сообщений, содержащих РИМ Корпоративного клиента, от Корпоративного клиента до оборудования связи Оператора, а также деятельность Оператора по размещению РИМ Корпоративного клиента среди абонентов иных операторов связи России в Каналах коммуникации.

«Таргетирование (Таргет)» - опция Услуги, представляющая собой услугу по аналитической выборке, включающей определенные параметры Конечных получателей, соответствующих установленным Корпоративным клиентом критериям (пол, возраст, начисления за услуги связи, роуминг, географическая принадлежность, «согласие» и т.п.). Под Таргетом «согласие» понимается применяемый при размещении РИМ среди абонентов из Перечня абонентских номеров/адресов электронной почты Корпоративного клиента критерий проверки на наличие согласия Конечного получателя на получение рекламы третьих лиц.

«Перечень абонентских номеров Оператора» - имеющиеся у Оператора абонентские номера Конечных получателей, предоставивших Оператору согласие на получение рекламы третьих лиц. К Перечню абонентских номеров Оператора также относятся абонентские номера Конечных получателей из Перечня абонентских номеров Корпоративного клиента, прошедшие проверку Оператором на наличие согласия Конечных получателей на получение рекламы третьих лиц посредством применения Таргета «согласие».

Согласно п.2.3. приложения №1 при размещении РИМ среди Конечных получателей из Перечня абонентских номеров Оператора Корпоративный клиент посредством Интерфейса отправляет Оператору **Заявку** в срок не позднее, чем за 10 (десять) рабочих дней до планируемой даты размещения.

Согласно п.4.1 приложения №1 стоимость Услуг устанавливается Оператором и может предусматривать уплату абонентской платы. **Стоимость Услуг**, размер абонентской платы, стоимость дополнительных опций Услуги указана в Приложении №2 к договору.

Таким образом, Договор от 01.07.2019 № ФД-ГО-111/2019 об оказании услуг связи и Приложение №1 к данному договору «Условия оказания услуги «Мегафон.Таргет» **являются предусмотренным ч. 2 ст. 44.1 Закона о связи договором на оказание услуг по осуществлению рассылки, заключенным заказчиком рассылки с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи, при этом инициатива осуществления рассылки исходит от заказчика рассылки - Банка ГПБ (АО), который оплатил Оператору выполнение заказанной услуги.**

Также о привлечении к исполнению своей обязанности по проверке наличия согласия абонента свидетельствует содержащееся в **п.5.24 приложения №1 регрессное требование: размещение РИМ среди конечных получателей из Перечня абонентских номеров Оператора может быть осуществлено только среди Конечных получателей, от которых получено согласие на получение рекламы в соответствии с Законом о рекламе.** Оператор несет единоличную ответственность за размещение РИМ без получения необходимых согласий либо в нарушение действующего законодательства Российской Федерации. В случае, если по результату размещения РИМ среди Конечных получателей из Перечня абонентских номеров Оператора к Корпоративному клиенту будут предъявлены любые претензии, требования, иски и т.п. третьих лиц, включая органы государственной власти, Оператор обязуется возместить Корпоративному клиенту возникший в связи с указанными претензиями, требованиями реальный, документально подтвержденный ущерб, в том числе, причиненный исками, претензиями третьих лиц, а также штрафами и иными санкциями государственных органов и должностных лиц.

Волевые действия инициатора рассылки не могут быть рассмотрены в отрыве от положений Закона о связи (**ч. 2 ст. 44.1 Закона о связи**), которые определяют **заказчиком рассылки**, по инициативе которого осуществляется рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи, **исключительно лицо, у которого имеется договор** на услуги по осуществлению рассылки с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка.

Закон о рекламе возлагает обязанность **проверять наличие согласия** абонента на получение рекламы по сетям электросвязи и **доказывать этот факт на рекламодателя**, а Закон о связи - на заказчика рассылки, **то есть рекламодатель и заказчик рассылки – это одно и то же лицо.** И таким лицом в данном случае является Банк ГПБ (АО).

То обстоятельство, что Банк ГПБ (АО) не имел доступа к персональным данным абонентов ПАО «Мегафон» для возможности идентификации абонентов, среди которых была произведена рассылка, делегировал **функцию** по проверке согласия абонента на получение рекламы самому оператору (на таких условиях заключен договор), **не снимает с Банка как заказчика рассылки ответственности за отсутствие согласия** абонента на получение рекламы, в том числе, своевременному получению от оператора связи необходимых подтверждающих материалов.

С учетом вышесказанного, если рекламная смс-рассылка осуществляется по сети связи оператора по инициативе заказчика рассылки на основании договора между заказчиком рассылки и оператором связи, **рекламораспространителем, ответственным за получение предварительного согласия абонента, является заказчик рассылки.**

При этом, анализ представленных в материалы дела документов, связанных с получением согласия <...> на получение на ее абонентский номер +7<...> рекламы именно и непосредственно от Банк ГПБ (АО), свидетельствует об отсутствии такого согласия.

ПАО «Мегафон» в письменных объяснениях (вх. №01-32531 от 06.12.2021) сообщило следующее: «Деятельность ПАО «МегаФон» (далее - «Оператор») и его взаимоотношения с абонентами регулируется нормами ГК РФ, Законом о связи, Правилами оказания услуг телефонной связи, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 №1342 (далее - «Правила») и договором, заключенным с абонентом (далее - «Договор»).

В соответствии с ч. 1 ст. 44 Закона о связи на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услугами связи на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи.

Неотъемлемыми частями Договора являются **инфокарта**, Условия оказания услуг связи МегаФон (далее - «Условия») и тарифный план, выбранный Абонентом.

При заключении Договора абонент, которому был выделен абонентский номер +7<...>, своей **собственноручной подписью подтвердил**, что надлежащим образом ознакомлен и согласен с Условиями, тарифным планом и правилами тарификации и расчетов по выбранному тарифному плану, являющимся неотъемлемыми частями Договора, а также зоной обслуживания сети Оператора, согласен на получение рекламы при использовании услуг.

В соответствии с п.14.14.2 Условий, подписывая договор, Абонент соглашается на весь срок его действия на получение рекламы при использовании услуг.

В соответствии с п.14.16 Условий Абонент имеет право выразить свой **отказ** от возможности получения рекламы, распространяемой по сети связи Оператора, следующими способами:

- путем предоставления Оператору соответствующего письменного уведомления;
- путем проставления отметки в специальной графе «не согласен» **в информационной карте;**

- путем совершения определенных Оператором конклюдентных действий с использованием Идентификаторов, которые позволяют однозначно идентифицировать Абонента и установить его волеизъявление при наличии технической возможности Оператора.

До настоящего времени абонент, использующий абонентский номер +7<...>, с какими-либо заявлениями, содержащими отказ от получения рекламы, в адрес Оператора не обращался, каких-либо действий, позволяющих Оператору установить его волеизъявление на отказ от получения рекламы, не совершал.

Используемая ПАО «МегаФон» форма получения согласия абонента на получение рекламы была предметом оценки при рассмотрении дел судами различных инстанций и признана **надлежащей (Определение Верховного Суда РФ № 309-КГ17-22298 от 12.02.2018 по делу № А60-63378/2016)**, ФАС России в письме от 11.11.2019 № ДФ/98054/19 также поддержана позиция, что согласие абонента на получение рекламы, содержащееся в договоре, заключенном в письменной форме, подписанном абонентом, позволяет однозначно идентифицировать абонента и может рассматриваться как надлежащее.

Условия оказания услуги «МегаФон.Таргет» опубликованы на официальном сайте оператора www.megafon.ru и прилагаются к настоящему ответу. Рассылка была произведена среди абонентов ПАО «МегаФон», предоставивших оператору согласие на получение рекламы в т.ч. третьих лиц. Поскольку абонент, использующий абонентский номер +7<...>, при заключении договора дал согласие на получение рекламы при использовании услуг, указанное в запросе смс-сообщение было направлено с его согласия».

<...> в дополнительных письменных пояснениях (вх.№А1-33652 от 16.1.2021) указала: «доводом ПАО «МегаФон» в качестве возражений против предъявленных нарушений является мое согласие, выраженное «собственноручной» подписью, на распространение рекламы как от ПАО «МегаФон», так и от третьих лиц. В связи с чем ПАО «МегаФон» полагает, что в его действиях, конечно же, отсутствуют нарушения Закона о рекламе. Между тем ПАО «МегаФон» не учтено следующее.

Договор на оказание услуг связи (далее - договор) был заключен между мной (ранее <...> (свидетельство о браке прилагается)) и ПАО «МегаФон» (ранее ЗАО «Уральский Джи Эс Эм» (реорганизация путем присоединения к ОАО «МегаФон»)) еще в **2005 году** (прилагается). Тогда и был присвоен абонентский номер <...> (п. 10 договора). Согласно информации из моего личного кабинета в приложении ПАО «МегаФон» (<...>, договор действительно заключен 04.04.2005.

Между тем указанный договор **не содержит согласия о распространении мне рекламы, в том числе от АО «ГПБ». О каком договоре и инфокарте, которые я «подписала собственноручной подписью» ведет речь ПАО «МегаФон» в своих возражениях, - мне не известно.** В данном случае ПАО «МегаФон» вероятно не учло, что абонентский номер я приобрела еще в 2005 году, когда никаких инфокарт не было в природе. Представляется, что ПАО «МегаФон», рассылая своим абонентам рекламу, не проверяет абонентов на предмет их согласия на получение рекламы...

Кроме того, надо отметить, что само по себе согласие на распространение рекламы от третьих лиц (если таковое имело место быть), не может быть элементом злоупотребления (п. 4 ст. 1, ст. 10 ГК РФ): такое право, если оно нарушает права и свободы другого лица - должно быть несомненно ограничено. В данном случае, по моему мнению, за формальным соблюдением закона скрывается его явное нарушение.

Кроме того, надо учитывать также, что договоры, которые подписываются потребителями с лицами, оказывающими услуги неограниченному кругу лиц - являются, как правило, договорами присоединения. В связи с чем доводы «о согласии» потребителя на получение им рекламы, выраженное «собственноручной подписью» - несостоятельны, и не могут лечь в основу принятия решения о признании действия законными.

Определением от 09.12.2021 ПАО «МегаФон» на основании ст.34 Закона о рекламе надлежало представить в Свердловское УФАС России в срок до 19 января 2022 г. следующие документы и сведения:

- 1) копию Договора с абонентом <...>, которой был выделен абонентский номер +7<...> (инфокарта), с ее собственноручной подписью, на который указывает ПАО «МегаФон» в письменных объяснениях;
- 2) мотивированную позицию относительно лица, явившегося рекламодателем спорного смс-сообщения, включая обоснованное мнение о том, является ли Приложение №1 к Договору об оказании услуг связи от 01.07.2019 №ФД-ГО-111/2019, заключенное между ПАО «МегаФон» (Оператор) и Банк ГПБ (АО) (Корпоративный клиент), предусмотренным ч.2 ст.44.1 Закона о связи договором с заказчиком рассылки на оказание услуг по осуществлению рассылки оператором связи;
- 3) сведения о том, где до заключения договора об оказании услуг связи ПАО «МегаФон» абонент может ознакомиться с перечнем третьих лиц, согласие на получение рекламы которых обусловлено принятием абонентом п.14.14.2 Условий, прописан ли перечень третьих лиц в самом договоре (с приложением подтверждающих материалов);
- 4) копии документов, которыми регламентируется порядок ведения списка партнеров-

третьих лиц ПАО «Мегафон», внесения в него изменений, оповещение абонентов о таком изменении;

5) копии материалов, подтверждающих, что <...> при заключении договора с ПАО «Мегафон» выразила согласие на получение рекламы именно от Банк ГПБ (АО) (отметка в соответствующем чек-боксе с наименованием Банк ГПБ (АО), иное);

6) сведения о том, **может ли абонент при заключении договора одновременно предоставить согласие на рекламу ПАО «Мегафон» и отказаться от рекламы третьих лиц (полностью либо выборочно из предложенного списка партнеров), указать способ реализации такой возможности (при наличии) с приложением копий подтверждающих материалов;**

7) **список партнеров- третьих лиц ПАО «Мегафон»**, которым <...> выразила согласие на рекламу на дату заключения договора с ПАО «Мегафон»;

8) иные пояснения, документы и материалы, которые ПАО «Мегафон» считает необходимым приобщить к делу.

ПАО «Мегафон» в дополнительных письменных объяснениях (вх.№01-1587 от 26.01.2022) указало: «По Определению от 09.12.2021 г. УФАС по Свердловской области об отложении рассмотрения дела №066/05/28-3968/202 по обращению <...> о получении на ее абонентский номер +7<...> рекламного смс-сообщения 06.10.2021г. в 12:07 с номера с буквенным обозначением GAZPROMBANK сообщаем следующее.

1) По пункту 4.1 Определения поясняем:

В соответствии с п. 1 ст. 44 ФЗ «О связи» на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услугами связи на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи.

В соответствии со ст. 426 ГК РФ договор на оказание услуг связи является публичным договором.

Неотъемлемыми частями заключаемого ПАО «МегаФон» договора являются информационная карта, Условия оказания услуг связи МегаФон (далее - Условия) и тарифный план, выбранный абонентом.

Согласно п. 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.

Условия публичного договора одинаковы для потребителей соответствующей категории и закреплены ПАО «МегаФон» в типовой форме - Условиях оказания услуг связи «МегаФон», являющихся публичной офертой.

Абонентский номер +7<...> выделен физическому лицу <...> (<...>)<...> на основании договора на оказание услуг связи №5521 от 04.04.2005. Согласно сведениям оператора, указанный абонент зарегистрирован по адресу: 620049, Свердловская обл., г. Екатеринбург, ул. Студенческая, д. 36/1, кв. 54. К сожалению, в связи с давностью заключения договора инфокарта в архиве не сохранилась и не может быть предоставлена. Факт заключения и исполнения договора между Оператором и заявителем подтверждается оказанием услуг Оператором и их использованием и оплатой Заявителем в течение длительного времени и сторонами не оспаривается.

2) По пункту 4.2 Определения поясняем: Приложение №1 к Договору ФД-ГО-111/2019 от 1 июля 2019 является его неотъемлемой частью и представляет собой **УСЛОВИЯ ОКАЗАНИЯ УСЛУГИ «МЕГАФОН ТАРГЕТ»**. Условия оказания услуги (далее - Условия) также размещены на сайте оператора megafon.ru и прилагались ранее к ответу, что **является предусмотренным ч.2. чт. 44.1 Закона о связи договором с заказчиком рассылки на оказание услуг по осуществлению рассылки оператором связи.**

3) По пунктам 4.3 - 4.7 Определения поясняем:

Документального подтверждения сведений, материалов, документов, списков и проч., запрошенных в пунктах 3-7 Оператор не располагает, вместе с тем, указанное (включая получение согласия Абонента на получение рассылок и рекламных предложений от ВСЕХ

партнеров оператора и третьих лиц) регламентируется и явствует из договора (условий) оказания услуг связи с Абонентом и подтверждается следующим:

Согласно пп.14.14, 14.14.2 Условий оказания услуг связи «МегаФон», абонент соглашается на весь срок его действия на «получение рекламы при использовании Услуг, а также использование (обработку, передачу) сведений об Абоненте в целях продвижения товаров работ услуг Оператора и третьих лиц (за исключением сведений, составляющих тайну связи), в том числе путем осуществления прямых контактов с Абонентом с помощью средств связи;». Данный пункт Условий предусматривает получение согласия на любую рекламу, рекламодателем которой является ПАО «МегаФон», независимо от содержания такой рекламы и того, кто именно является рекламодателем - само ПАО «МегаФон» или третьи лица.

В соответствии с пунктом 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 рекламодателя.

Согласно пункту 47 Правил оказания услуг телефонной связи, утв. Постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 № 1342, изменение договора осуществляется в письменной форме или путем совершения конклюдентных действий, перечень и порядок осуществления которых определяются договором.

Аналогично приведенным положениям Правил в пункте 20.2. Условий указано, что **принятием абонентом изменений являются конклюдентные действия по использованию и/или оплате Услуг, оказываемых Оператором на новых условиях, после вступления изменений в силу, а также отсутствие отказа от таких изменений, направленного Абонентом в адрес Оператора в течение 10 (десяти) календарных дней с момента опубликования изменений Договора.**

Поскольку в указанный десятидневный срок с момента опубликования изменений от Абонента уведомлений об отказе от принятия Условий в ПАО «МегаФон» не поступало, указанная редакция Условий считается принятой Абонентом и является неотъемлемой частью договора.

Кроме того, в соответствии с пунктом 14.16 Условий Абонент имеет право выразить свой отказ от получения рекламы, распространяемой по Сети связи Оператора, следующими способами:

- путем предоставления Оператору соответствующего письменного уведомления;
- путем проставления отметки «не согласен» в информационной карте;
- путем совершения определенных Оператором конклюдентных действий с использованием Идентификаторов, которые позволяют однозначно идентифицировать Абонента и установить его волеизъявление при наличии технической возможности Оператора.

До получения рассматриваемой рекламы абонент, использующий абонентский номер +7<...>, с какими-либо заявлениями, содержащими отказ от получения рекламы, не обращался, каких-либо действий, позволяющих ПАО «МегаФон» установить его волеизъявление на отказ от получения рекламы, не совершал.

С учетом изложенного, включение в договор об оказании услуг связи условий, определяющих взаимоотношения между оператором связи как рекламодателем и абонентом относительно распространения рекламы по сетям электросвязи, не противоречит действующему законодательству и направлено на соблюдение со стороны оператора связи требований Закона о рекламе.

О действительности и законности **согласия** на получение рекламы, предоставленного **посредством присоединения абонента к условиям публичной оферты**, свидетельствует как судебная практика, так и практика антимонопольной службы, например:

- Постановление ВС РФ от 16.10.2015 г. N 308-АД15-12518;
- Постановление арбитражного суда кассационной инстанции от 18.03.2015 по делу №А06-6498/2014;
- Постановление арбитражного суда апелляционной инстанции от 15.01.2015 по делу №А82-9521 /2014;

- Определение Новосибирского УФАС России от 27.02.2019 по делу N 78/18;
- Определение УФАС по Республике Хакасия от 14.12.2014 по делу №107-Р-14;
- Определение УФАС по Рязанской области от 19.06.2012 по делу №106/2012- Р и др.

Таким образом, ПАО «МегаФон» на момент распространения рассматриваемой рекламы располагало предварительным согласием Абонента на получение рекламных сообщений, а вывод об отсутствии у ПАО «МегаФон» согласия абонента на получение рекламных сообщений не соответствует материалам дела.

Допустимость оформления изменений договора путем совершения абонентом конклюдентных действий подтвердил Верховный Суд РФ. Так, в Решении Верховного Суда РФ от 06.04.2010 №ГКПИ10-63 указано следующее: «Таким образом, установленный п. 48.1 Правил порядок оформления изменений договора путем совершения абонентом конклюдентных действий, не противоречит приведенным нормам ГК РФ. Доводы заявителя о противоречии п. 48.1 Правил ст. 310 ГК РФ, согласно которой односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законом, нельзя признать обоснованным, поскольку оспариваемая норма не устанавливает возможность одностороннего изменения условий договора, а определяет форму получения согласия абонента на изменение условий договора».

Также вывод о **допустимости внесения изменений в договор** путем совершения абонентом конклюдентных действий содержится в правовом заключении Андреева В.С. - доктора юридических наук, профессора кафедры гражданского права и заведующим отделом гражданско-правовых и корпоративных исследований ФГБОУ ВО «Российский государственный университет правосудия», профессором кафедры предпринимательского и корпоративного права ФГБОУ ВО «Московский государственный юридический университет им.О.Е. Кутафина».

Таким образом, ПАО «МегаФон» правомерно внесло изменения в Договор путем опубликования изменений на официальном сайте Оператора, а абонент принял эти изменения путем совершения конклюдентных действий».

Предварительное согласие абонента согласно ч. 1 ст. 44.1 Закона о связи должно быть **выражено** посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление.

Комиссия отклоняет довод ПАО «Мегафон» о наличии необходимого согласия <...> при заключении 04.04.2005 договора об оказании услуг связи, исходя из следующего.

Непосредственно в самом договоре, заключенном между <...> (с 22.09.2018 <...>) и ЗАО «Уральский Джи Эс Эм» 04.04.2005, подписанном <...> собственноручной подписью (инфокарте), указано: *«Я, Абонент, подтверждаю, что я надлежащим образом ознакомлен и согласен с условиями оказания и порядком тарификации услуг, Прейскурантом и территорией обслуживания Мегафон».*

При этом, согласно информации, размещенной на официальном сайте ПАО «Мегафон» в разделе «Новости от 06.09.2009» (https://corp.megafon.ru/press/news/svr/2009-07-06_09_40_57.html) 01.07.2009 ЗАО «Уральский Джи Эс Эм» реорганизовано путем присоединения к ОАО «МегаФон». Условия обслуживания по заключенному договору об оказании услуг связи с ЗАО «Уральский Джи Эс Эм» остаются неизменными (сохраняется абонентский номер, лицевой счет, тарифный план и т.п.).

«Условия оказания услуг связи ПАО «Мегафон» (далее - Условия) размещены в сети интернет на сайте https://moscow.megafon.ru/help/info/legal/blanks_docs/, при этом Комиссия отмечает, что данные Условия не датированы, редакции не указаны, даты внесения изменений отсутствуют.

Согласно **п.20.1 Условий** устанавливается, что предложением Оператора **об изменении и/или дополнении** (далее – изменения) **Договора**, в том числе настоящих Условий и Правил корпоративного обслуживания, является **опубликование текста изменений соответствующего документа на сайте Оператора www.megafon.ru, а**

также доведение указанных изменений до всеобщего сведения в местах продаж и обслуживания Абонентов Оператора не менее чем за 10 (десять) календарных дней до даты вступления таких изменений в силу.

Принятием Абонентом предложения, указанного в пункте 20.1 настоящих Условий, являются конклюдентные действия по использованию и/или оплате Услуг, оказываемых Оператором на новых условиях, после вступления изменений в силу, а также отсутствие отказа от таких изменений, направленного Абонентом в адрес Оператора в течение 10 (десяти) календарных дней с момента опубликования изменений Договора (п.20.2 Условий).

<...> до настоящего времени пользуется услугами связи ПАО «Мегафон», отказ от изменений в адрес оператора не направляла, следовательно, присоединилась к Условиям.

Между тем, Комиссия отмечает следующее.

Согласно представленным в материалы дела Условиям оказания услуг связи ПАО «Мегафон»:

- **Подписывая Договор, Абонент соглашается на весь срок его действия на: получение рекламы при использовании Услуг, а также использование (обработку, передачу) сведений об Абоненте в целях продвижения товаров работ услуг Оператора и третьих лиц** (за исключением сведений, составляющих тайну связи), в том числе путем осуществления прямых контактов с Абонентом с помощью средств связи (п.14.14.2);

- поручение Оператором на основании договора третьим лицам обработки и **передачу Оператором таким третьим лицам** как полностью, так и части **персональных данных**, в том числе составляющих сведения об Абоненте (за исключением сведений, составляющих тайну связи), в целях исполнения или в связи с исполнением Договора (в том числе для целей хранения Договоров об оказании услуг связи), а также **в целях исполнения Оператором обязательств** или исполнения перед Оператором третьими лицами обязательств **по договорам, направленным на улучшение услуг связи**, исполнение Оператором возложенных на него нормативными правовыми актами обязанностей (в том числе в сфере противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма), предотвращение и противодействие мошенничеству и распространению вредоносного программного обеспечения, связанного с использованием услуг связи. **Перечень третьих лиц**, которые по поручению Оператора осуществляют обработку персональных данных Абонента-гражданина, а также перечень действий с персональными данными, на совершение которых дается согласие, общее описание используемых оператором обработки персональных данных способов обработки персональных данных **опубликован на сайте Оператора www.megafon.ru** (п.14.14.3);

- Абонент имеет право выразить свой отказ от осуществления действий, перечисленных в пунктах 14.14.2, 14.14.3, 14.14.4 настоящих Условий, следующими способами:

- *проставления отметки в специальной графе «не согласен» информационной карты;*
- *либо предоставления Оператору соответствующего письменного уведомления.*

При наличии технической возможности Оператора Абонент также имеет право выразить отказ от осуществления действий, указанных в пунктах 14.14.2, 14.14.3, 14.14.4 настоящих Условий, путем совершения определенных Оператором конклюдентных действий с использованием Идентификаторов, которые позволяют однозначно идентифицировать Абонента и установить его волеизъявление (п.14.14.6).

Между тем, в сети интернет **на сайте ПАО «Мегафон» www.megafon.ru отсутствует перечень третьих лиц, на получение рекламы которых соглашается абонент согласно п.14.14.2 Условий** (Акт Свердловского УФАС России от 13.12.2021), что подтвердил представитель ПАО «Мегафон» при рассмотрении дела, указав, что партнеры оператора связи постоянно меняются, ответить на вопросы Определения от 09.12.2021, связанные с идентификацией третьих лиц - партнеров ПАО «Мегафон», оператор в письменных объяснениях (вх.№01-1587 от 26.01.2022) не смог.

Никакой специальной графы «не согласен» при заключении договора с ЗАО «Уральский Джи Эс Эм» <...> не заполняла, такая графа отсутствовала в принципе.

Чтобы не получать нежелательную рекламу абоненту необходимо в настоящее время (А НЕ ПРИ ЗАКЛЮЧЕНИИ ДОГОВОРА) совершить определенные оператором действия по выражению отказа (направить уведомление, явиться в офис, и т.д.), то есть, до момента отзыва согласия **абонент вынужден будет получать нежелательную sms-рекламу**, поскольку он не только **ИЗНАЧАЛЬНО** лишен возможности непосредственно в момент подписания договора выразить отказ от получения рекламы от конкретного рекламодателя - Банка ГПБ (АО), но лишен такой возможности **И В НАСТОЯЩЕЕ ВРЕМЯ В ОТСУТСТВИЕ ИНФОРМАЦИИ О ПЕРЕЧНЕ ТРЕТЬИХ ЛИЦ** как в тексте самих Условий, так и на сайте www.megafon.ru, поскольку лица, на рекламу которых соглашается абонент при присоединении к новым условиям ПАО «Мегафон» в соответствии с п.14.14.2 Условий, не идентифицированы (не раскрыты). Абонент узнает о таком лице только уже при получении от него sms-рекламы, при этом на получение даже первого рекламного sms-сообщения должно быть выражено согласие абонента.

Согласие на распространение рекламы должно быть получено от абонента еще до направления ему первого рекламного sms-сообщения.

Необходимо отметить, что в контексте ст. 18 Закона о рекламе очевидно разграничены два способа получения рекламы абонентом по сетям электросвязи.

Первый способ исходит из **частей 1 и 2 статьи 18** Закона о рекламе и предполагает, что **рекламодатель сам инициирует** взаимодействие с абонентом или адресатом, при этом такая инициация разрешена лишь если потребитель заранее выразил желание получать рекламу от конкретного рекламодателя.

Второй способ регулируется **частями 3 и 4 статьи 18** Закона о рекламе, при которых **абонент сам осуществляет действия**, направленные на взаимодействие с рекламодателем, и в данном случае согласия абонента на получение рекламы не требуется, а необходимо лишь выполнить определенные условия (после сообщения запрашиваемой справки, бесплатно и т.п.).

Такое особое законодательное регулирование распространения рекламы одним из способов связи (телефонное соединение), постановка такого регулирования в прямую зависимость от субъекта, непосредственно инициирующего взаимодействие (рекламодатель или абонент), свидетельствует о вышеуказанной цели регулирования **части 1 статьи 18** Закона о рекламе - **недопустимости направления рекламного sms-сообщения, призванного привлечь внимание к объекту рекламирования, без согласия на то абонента.**

Обязанность рекламодателя предварительно получить согласие абонента на получение рекламы предполагает совершение им действий, направленных на получение **согласия абонента**, до начала распространения рекламы по сетям электросвязи, т.е. **в случае с распространением рекламы посредством sms-сообщения до поступления такового на абонентский номер абонента.**

Таким образом, в полной мере реализуется цель законодателя оградить абонентов от нежелательных рекламных sms-сообщений, осуществляемых в рекламных целях, в целом, а не только от дальнейшего поучения sms-сообщений после выражения отказа.

Согласно ч.1 ст.23 Конституции РФ каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни.

Персональные данные - это любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных) (**п. 1 ст. 3** Федерального закона от 27.07.2006 №152-ФЗ «О персональных данных» (далее - Закон №152-ФЗ)).

Как следует из положений **ст. 8** Закона №152-ФЗ, к персональным данным можно отнести фамилию, имя, отчество, год и место рождения, адрес, абонентский номер, сведения о профессии и иные персональные данные, то есть ту информацию, которая позволяет идентифицировать конкретного человека. При этом приведенный перечень является открытым.

Принцип идентификации физического лица по фамилии, имени, отчеству из всего массива информации не является единственно возможным критерием отнесения обработанных сведений к персональным данным (**Письмо** Роскомнадзора от 20.01.2017 №08АП-6054).

Абонентский номер и адрес электронной почты могут быть признаны персональными данными в том случае, когда такая информация относится к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу. Например, абонентский номер, принадлежащий юридическому лицу, не может рассматриваться в качестве персональных данных ([Письмо Минкомсвязи России от 07.07.2017 №П11-15054-ОГ](#)).

Таким образом, номер телефона и адрес электронной почты будут являться персональными данными, если они зарегистрированы на определенное физическое лицо, что позволит идентифицировать конкретного человека.

Абонентский номер <...> относится к её персональным данным, согласие на его использование в рекламных целях должно быть получено от абонента еще **до направления первого рекламного смс-сообщения от Банка ГПБ (АО)**. В противном случае нарушается право личности на защиту персональных данных и неприкосновенность частной жизни (многократные смс-сообщения от неопределенного круга третьих лиц-партнеров ПАО «Мегафон», желающих прорекламирровать свой товар (услугу), в любое время суток на личный мобильный телефон, используемый в личных целях).

Определением от 09.12.2021 Управлению Роскомнадзора по УрФО было предложено выразить письменное мнение относительно обстоятельств, рассматриваемых в настоящем деле, в том числе, на предмет соответствия п.14.14.2 и 14.14.3 Условий требованиям Федерального закона от 27.07.2006 №152-ФЗ «О персональных данных».

Управление Роскомнадзора по УрФО сообщило (вх.№01-975 от 18.01.2022) следующее. Отношения, связанные с обработкой персональных данных, регулируются Федеральным законом от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» (далее – Закон о персональных данных).

В соответствии с п. 1 ст. 3 Закона о персональных данных персональными данными является любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных).

Согласно п. 2 Правил оказания услуг телефонной связи, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 № 1342 «О порядке оказания услуг телефонной связи» (далее - Правила оказания услуг телефонной связи) абонентский номер – это телефонный номер, однозначно определяющий (идентифицирующий) окончательный элемент сети связи или подключенную к сети подвижной связи абонентскую станцию (абонентское устройство) с установленным в ней (в нем) идентификационным модулем.

Также, в Правилах оказания услуг телефонной связи закреплено, что к пользовательскому (оконечному) оборудованию относится информация, связанная с местным, междугородним, международным телефонными соединениями.

Таким образом, **номер телефона** будет являться персональными данным исключительно **в совокупности с дополнительной информацией**, позволяющей отнести его к конкретному физическому лицу.

Согласно ст. 6 Закона о персональных данных обработка персональных данных осуществляется с согласия субъекта персональных данных или при наличии оснований, указанных в пп. 2 – 11 ч. 1 ст. 6, ч. 2 ст. 10 и ч. 2 ст. 11 Закона о персональных данных.

В соответствии со ст. 9 Закона о персональных данных субъект персональных данных принимает решение о предоставлении его персональных данных и дает согласие на их обработку свободно, своей волей и в своем интересе. Согласие на обработку персональных данных может быть дано субъектом персональных данных в любой позволяющей подтвердить факт его получения форме.

При этом Законом о персональных данных установлены случаи, когда обработка персональных данных допускается с согласия субъекта персональных данных **в письменной форме** (ст.ст. 8, 10, 11, 12, 16), требования к содержанию которого установлены ч. 4 ст. 9 Закона о персональных данных.

Учитывая изложенное, обработка персональных данных с согласия субъекта персональных данных, полученного при подписании договора с оператором, не противоречит требованиям действующего законодательства РФ в области персональных данных.

Представитель ПАО «Мегафон» в ходе рассмотрения дела подтвердил, что распространение спорной смс-рекламы осуществлено по договору с Банк ГПБ (АО) среди конечных получателей из перечня абонентских номеров Оператора; что рекламодателем в данном случае является Банк ГПБ (АО), заключившее с Оператором договор на оказание услуг по осуществлению рассылки и оплатившее эти услуги, при этом, Заказчик не лишен возможности проверять Оператора на наличие у него согласия абонента; указал, что представленный в материалы дела <...> договор с ее подписью и есть инфокарта; сообщил, что <...> выразила согласие на получение рекламы, так как приняла условия оказания услуг связи, продолжая пользоваться услугами связи ПАО «Мегафон», способ оповещения Оператором Абонента об изменении условий оказания услуг связи путем размещения информации на официальном сайте не противоречит Закону о связи, какого-либо отказа от распространения рекламы в адрес Оператора заявитель до сих пор не направляла, отсутствие выраженного несогласия является согласием; отказ от распространения рекламы Абонент может выразить при заключении договора, а в случае, когда договор заключен давно, как в настоящем деле, Абоненту нужно прийти к Оператору с отказом, либо направить его через личный кабинет, поскольку Оператор не может прекратить распространение рекламы до явного отказа самого абонента. ПАО «Мегафон» не может при заключении договора сразу определить всех своих партнеров, абонент не проставляет отметки напротив каждого из партнеров. Согласие **отбирается** в той форме, в какой его показало ПАО «Мегафон», а Абонент присоединился. Пока законодатель не запретил Оператору **извлекать прибыль от «продажи» согласий** абонентов. После обращения Банк ГПБ (АО) в адрес ПАО «Мегафон» Оператор прекратил рекламную смс-рассылку на абонентский номер заявителя с короткого номера «GAZPROMBANK».

Между тем, согласно ст. 2 Закона о персональных данных его целью является **обеспечение защиты** прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных, в том числе защиты прав на **неприкосновенность** частной жизни, личную и семейную тайну. неприкосновенность частной жизни в силу п. 1 ст. 150 ГК РФ является **нематериальным благом**, принадлежащим гражданину от рождения или в силу закона, **неотчуждаемым и непередаваемым** иным способом. При этом положения Закона о связи и Закона о рекламе о необходимости получения предварительного согласия субъекта персональных данных (абонента) **также направлены** на обеспечение и защиту прав субъектов персональных данных (Определение Конституционного Суда РФ от 23.06.2015 N 1537-О).

Так, в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 01.12.2020 по делу N А40-70758/2020 указано, что распространение рекламы **против воли** абонента является **формой его информационного насилия**.

В свою очередь, в ч.1 ст.18 Закона о рекламе и ч.1 ст.44.1 Закона о связи презюмируется отсутствие согласия, а не наоборот.

В соответствии с Законом о персональных данных под **обработкой** персональных данных понимается любое действие (операция) или совокупность действий (операций), совершаемых с использованием средств автоматизации или без использования таких средств с персональными данными, включая **сбор**, запись, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение, **использование**, передачу (распространение, предоставление, доступ), обезличивание, блокирование, удаление, уничтожение персональных данных (п. 3 ст. 3). Допускается обработка персональных данных в случае, когда их обработка **необходима для исполнения договора**, стороной которого является субъект персональных данных, а также для заключения договора по инициативе субъекта персональных данных (п. 5 ч. 1 ст. 6). Обработка персональных данных должна **ограничиваться достижением** конкретных, **заранее определенных** и законных **целей**. Не допускается обработка персональных данных, **несовместимая с целями сбора** персональных данных (ч. 2 ст. 5). Согласие в **письменной форме** субъекта персональных

данных на обработку его персональных данных должно включать в себя **цель обработки** персональных данных (п. 4 ч. 4 ст. 9). Обработка персональных данных **в целях продвижения** товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи, допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных. Указанная обработка персональных данных **признается** осуществляемой **без** предварительного **согласия** субъекта персональных данных, если оператор **не докажет**, что такое согласие было получено (ч. 1 ст. 15).

В свою очередь, **порядок** изменения договора об оказании услуг связи **не распространяется на** порядок дачи абонентом, как субъектом персональных данных, согласия в **письменной форме** на их обработку в конкретных **целях сбора** таковых - **необходимость для исполнения договора** об оказании услуг связи, абонентом по которому является субъект персональных данных, и **не подменяет такой порядок**.

По договору возмездного оказания услуг исполнитель согласно п. 1 ст. 779 ГК РФ обязуется **по заданию** заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги. При этом осуществление рассылки **во исполнение** договора с заказчиком рассылки **не может одновременно** являться **оказанием** абоненту услуг подвижной радиотелефонной связи либо иных технологически неразрывно связанных с ними услуг, хотя бы уже потому, что в отличие от заказчика рассылки абонент не заказывает услугу по осуществлению рассылки (не дает задание оператору связи на ее оказание) и не оплачивает ее. **При этом, данное абонентом оператору подвижной радиотелефонной связи согласие не может передаваться им в пользование третьим лицам, поскольку является нематериальным благом.**

Абонент согласно ч. 6 ст. 45 Закона о связи вправе обратиться к оператору подвижной радиотелефонной связи с требованием о прекращении передачи на его пользовательское оборудование (оконечное оборудование) коротких текстовых сообщений **с указанием** абонентского **номера** или уникального **кода идентификации**, которые содержатся в таких сообщениях и от получения которых абонент отказывается, а оператор обязан прекратить такую рассылку, **за исключением** сообщений, передача которых осуществляется оператором подвижной радиотелефонной связи в соответствии с законодательством РФ.

При этом в соответствии с ч. 3 ст. 44.1 Закона о связи **без** предварительного согласия абонента **и без** договора на оказание услуг по осуществлению рассылки оператор подвижной радиотелефонной связи осуществляет рассылку сообщений **по инициативе** федеральных органов исполнительной власти, Государственной корпорации по космической деятельности "Роскосмос", органов государственных внебюджетных фондов, исполнительных органов государственной власти субъектов РФ, местных администраций и других органов местного самоуправления, осуществляющих исполнительно-распорядительные полномочия в соответствии с законодательством РФ.

В п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 N 25 указано, что согласно **п. 3 ст. 1** ГК РФ при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. В силу **п. 4 ст. 1** ГК РФ никто **не вправе извлекать** преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения. Оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, **ожидаемого от любого** участника гражданского оборота, **учитывающего права и законные интересы** другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации. Поведение одной из сторон может быть признано недобросовестным не только при наличии обоснованного заявления другой стороны, но и по инициативе суда, если усматривается **очевидное отклонение** действий участника гражданского оборота от добросовестного поведения.

Так, в Информационном письме Банка России N ИН-06-59/70, ФАС России N АК/75514/21 от 06.09.2021 "О согласии на получение рекламы" сообщается, что учитывая необходимость получения предварительного согласия абонента (адресата) - заемщика в силу вышеуказанных положений **Закона** о рекламе и **Закона** о связи, полагаем, что отсутствие у заемщика возможности

выразить свое несогласие на распространение рекламной информации при заключении договора потребительского кредита (займа) является **недобросовестной практикой**. Если Согласие на получение рекламы включается в текст договора потребительского кредита (займа), заявления о предоставлении потребительского кредита (займа) или иного документа, в том числе в форме электронного документа (в случае предоставления потребительского кредита (займа) посредством дистанционных (цифровых) каналов), рекомендуем кредиторам обеспечить возможность проставления заемщиком отдельной подписи (отметки о согласии) в отношении **перечня конкретных рекламодателей** в лице кредитора (третьих лиц), **на получение рекламы от которых заемщик соглашается** (далее - перечень рекламодателей). Вместе с тем наилучшей практикой полагаем получение Согласия на получение рекламы посредством оформления отдельного документа, а в случае взаимодействия при предоставлении потребительского кредита (займа) посредством дистанционных (цифровых) каналов - отдельной формы на сайте кредитора в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет". При этом при проставлении подписи (отметки о согласии) полагаем целесообразным предоставить заемщику возможность отказаться от получения рекламы от кредитора (третьих лиц), **указанных в перечне рекламодателей**.

Право выбора формы получения согласия абонента не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и заканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к **злоупотреблениям** со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям **видимости законности**, что недопустимо в контексте п. 2 ст. 10 ГК РФ.

Во вступившем в силу Постановлении Седьмого арбитражного апелляционного суда от 26.03.2019 по делу №А02-1688/2018 указано, что в соответствии с бланком договора на оказание услуг связи, **абонент может только отказаться от получения всей рекламы** по сетям электросвязи. При этом согласно форме бланка, не предусмотрен отказ **абонента**, соответственно, **он не имеет возможности отказаться от рекламы партнеров отдельно от рекламы оператора. Имеющаяся в договоре формулировка вводит абонента в заблуждение относительно условия о даче согласия на получение рекламной информации об услугах самого оператора, либо его партнеров, оказывающих иные услуги.**

Также в указанном постановлении дана **судебная оценка согласию абонента на получение рекламы от партнеров оператора связи**: «... в данном случае отсутствует предварительное явно выраженное согласие абонента на получение рекламных смс-сообщений от партнеров ПАО <...> исходя из того, что **согласие** на получение рекламных смс-сообщений **от отправителя <...> договор и приложение к нему не содержит**. При этом, отсутствие отметки о несогласии... не может безусловно свидетельствовать о выраженном желании ... получать на свой телефонный номер рекламы от партнеров ПАО <...>».

Ссылка ПАО «Мегафон» на Определение Верховного Суда РФ от 12.02.2018 по делу N А60-63378/2016 не корректна, поскольку в данном деле рассматривалась реклама, **объектом рекламирования** в которой являлось проводимое **самим ПАО «Мегафон»** мероприятие, **а не третьих лиц**. При этом, **положению п.14.14.2 Условий в части** предоставления абонентом при заключении с оператором связи договора на оказание услуг связи **согласия на рекламу третьих лиц**, с которыми у абонента отсутствуют договорные отношения, перечень которых оператором при подписании договора не раскрыт **оценка не давалась**.

Как указано в Определении Верховного суда РФ от 23.12.2021 по делу №А40-146238/2020 в случае подачи заявления по стандартной форме, которая **не предусматривает возможности при заполнении отказаться от каких-либо его пунктов**, в том числе от обязательного согласия на получение рекламы по сетям электросвязи, **гражданин лишается возможности свободно распорядиться своей волей на дачу согласия**.

В Постановлении Арбитражного суда Московского округа от 01.02.2018 по делу №А40-64096/17, истцом по которому выступало ПАО «Мегафон», ранее уже дана оценка обстоятельствам получения согласия абонентом ПАО «Мегафон», аналогичным

рассматриваемым в настоящем деле, на предмет их законности и соответствия действующему законодательству.

Так, суд указал следующее: *«Исходя из правовой позиции, 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» (далее - Постановление № 58), 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 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 рекламораспространителя.

При этом, 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 соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Следует отметить, что предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям **видимости законности**, что недопустимо в контексте пункта 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Ссылаясь на наличие в настоящем случае согласия абонента на распространение ему рекламной информации, заявитель указывал на положения пункта 14.14.2 условий оказания услуг связи ПАО «Мегафон», согласно которому, **подписывая договор, абонент соглашается на весь срок его действия на получение рекламы при использовании услуг, а также использование (обработку, передачу) сведений об абоненте в целях продвижения товаров, работ, услуг оператора и третьих лиц** (за исключением сведений, составляющих тайну связи), в том числе путем осуществления прямых контактов с абонентом с помощью средств связи.

При этом, названные условия введены взамен ранее действовавших от 17.05.2007, где отсутствовало указание на возможность распространения рекламы на номер телефона абонента.

В то же самое время, заключая 21.05.2007 договор на оказание услуг радиотелефонной связи абонент подтвердил, что надлежащим образом ознакомлен и согласен с условиями предоставления услуг сотовой связи ЗАО «Соник Дюо» (правопреемственник ПАО «Мегафон») и правилами тарификации и расчетов по выбранному тарифному плану, являющимися неотъемлемыми частями договора, а также зоной обслуживания сети оператора.

Таким образом, заключая упомянутый договор, абонент не давал своего согласия на распространение в его адрес рекламной информации, на что правильно обратил внимание в оспариваемом решении административный орган и вопреки утверждению заявителя об обратном.

Кроме того, оценивая текст заключенного договора от 21.05.2007 на оказание услуг радиотелефонной связи, следует признать, что его положения в принципе не оставляют абоненту права выбора на получение либо отказ от получения рекламной информации ввиду отсутствия в нем соответствующей графы для заполнения.

Таким образом, суды пришли к обоснованному выводу о том, что антимонопольный орган правильно установил в оспариваемом решении, что упомянутый договор по своей правовой природе представляет собой **договор присоединения** (пункт 1 статьи 428 Гражданского кодекса Российской Федерации) **без предоставления абоненту возможности не только вносить в него изменения, но и в целом получать необходимые услуги в отсутствие заключенного договора именно на изложенных в нем условиях.**

Оценивая содержание указанного договора от 21.05.2007, суды также обоснованно согласились с выводом административного органа **о навязывании в настоящем случае заявителем абоненту услуг, от получения которых последний вправе отказаться**, что, как установил административный орган, противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

При заключении договоров присоединения физическими лицами, последние, **не будучи профессиональными участниками гражданских правоотношений и, в то же самое время, будучи введенными в заблуждение авторитетом профессионального контрагента, внешней правомерностью его требований и невозможностью от них отказаться, могут, добросовестно заблуждаясь, действовать вопреки собственным интересам, соглашаясь с полным текстом договора присоединения, чем пользуются коммерческие организации, в дальнейшем оправдывая нарушение законных интересов потребителей.**

Более того, как уже было упомянуто ранее и как достоверно установлено антимонопольным органом, **изначально абонентом был продекларирован факт своего ознакомления с условиями предоставления услуг сотовой связи, в которых отсутствовала информация о направлении абоненту сообщений рекламного характера.**

В то же время, заявителем **в одностороннем порядке изменены условия оказания услуг связи, о чем потребители этих услуг, по утверждению последнего, были извещены путем опубликования соответствующей информации на официальном сайте общества.**

Ссылаясь на **отсутствие возражений абонента** относительно изменения таких условий, заявитель указывал на факт получения им согласия этого абонента на распространение ему рекламы.

Вместе с тем, специфика правоотношений в сфере рекламы ориентирована на повышенную защиту именно ее потребителя, не обладающего специальными познаниями в сфере гражданских правоотношений и, тем самым, не способного определить момент дачи им согласия и форму такого согласия при одностороннем изменении оператором связи условий договора.

Таким образом, оценивая представленные обществом в материалы дела доказательства получения согласия абонента на распространение в его адрес рекламной информации, суды пришли к обоснованному выводу о том, что **указанные доказательства не позволяют с достоверностью определить предоставление таким абонентом безоговорочного согласия на получение им именно рекламной информации, а действия заявителя по навязыванию абоненту таких услуг путем понуждения его к принятию соответствующих условий договора является ничем иным, кроме как злоупотреблением правом, не подлежащим судебной защите в контексте пункта 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.**

Доводы заявителя об обратном, обоснованные ссылкой на судебную практику, обоснованно отклонены судами как не имеющие в настоящем случае ни преюдициального, ни практикообразующего значения, поскольку упомянутые судебные акты вынесены на основании иных конкретных фактических обстоятельств дела.

Приведенные же заявителем ссылки на практику иных территориальных управлений Федеральной антимонопольной службы также обоснованно отклонены как не имеющие для суда ни обязательного, ни преюдициального значения (статьи 16, 69 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

Также обоснованно отклонены судами и доводы о наличии у абонента возможности отказаться от получения рекламы путем направления соответствующего запроса оператору связи либо проставления соответствующей галочки в информационной карте, поскольку **наличие**

такого права у абонента не обуславливает появление у оператора связи возможности распространения рекламы с нарушением требований действующего законодательства о рекламе».

Таким образом, **Комиссия приходит к выводу об отсутствии согласия <...> на получение рекламы на ее абонентский номер +7<...> от Банка ГПБ (АО)**, поскольку при заключении договора 04.04.2005 с ЗАО «Уральский Джи Эс Эм» ей не было предоставлено право выбора на получение либо отказ от получения именно рекламной информации ввиду отсутствия в нем в принципе соответствующей графы для заполнения, а в последующем при присоединении к измененным оператором связи в одностороннем порядке условиям оказания услуг связи <...> также не было предоставлено право на отказ от получения рекламы ОТ КОНКРЕТНОГО рекламодателя, поскольку третьи лица - партнеры ПАО «Мегафон» оператором связи не раскрыты, что не позволяет абоненту выразить ИЗНАЧАЛЬНО отказ от получения рекламы от конкретного партнера оператора связи (абонент не имеет возможности отказаться от рекламы ВЫБОРОЧНО (от определенных третьих лиц - партнеров ПАО «Мегафон»), отказаться можно только от рекламы всех лиц сразу и только после совершения самим абонентом действий по направлению оператору отказа, что приводит к вынужденному получению абонентом нежелательной рекламы и предоставляет оператору связи возможность получать прибыль от заключения договоров с третьими лицами, фактически торгуя согласиями абонентов, отобранными в условиях злоупотребления правом.

Следовательно, **реклама кредита, предоставляемого Банком ГПБ (АО), распространена 06.10.2021 в 12:07 на абонентский номер +7<...> с короткого номера «GAZPROMBANK» без согласия абонента на ее получение в нарушение ч.1 ст.18 Закона о рекламе.**

Заявитель также указала, что спорная реклама содержит только три, при этом, *примерных*, условия (процентную ставку по кредиту (ОТ 5,5%) и его сумму (ДО 5 млн. руб.), срок кредитования - ДО 7 лет)). При этом сама по себе реклама вводит в заблуждение, поскольку предлог «до» не дает ясности о полной стоимости предлагаемого кредита. Кроме того, перейдя по ссылке, указанной в спорном СМС, установлено, что реклама продолжает быть неясной для потребителя, поскольку также содержит только примерные условия, названные выше (скриншот прилагается). **То есть реклама НЕ содержит условий, влияющих на полную стоимость кредита. Является неопределенной.**

Заявитель ссылается на решение Омского УФАС России по делу №055/05/28-785/2019 от 8 октября 2019 г., в котором указано следующее: «Довод Банка о наличии в смс-сообщении *гиперссылки*, являющейся достаточной для исполнения требований ч.3 ст. 28 Закона о рекламе, Комиссия считает несостоятельным, исходя из следующего. В рекламе финансовых услуг существенной является не только информация, привлекательная для потребителя, но и информация, способная обмануть ожидания, сформированные у потребителя к такой рекламе.

В пунктах 24, 28 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2021 №58 указано:

- «рекламодатель вправе выбрать форму, способ и средства рекламирования своего товара. Однако при этом он должен соблюдать обязательные требования, предъявляемые Законом о рекламе к рекламе, в частности о включении в рекламу предупреждающих надписей, обязательных сведений или условий оказания услуг»;

- «наличие в рекламе информации о возможности получения (уточнения) сведений об условиях оказания соответствующих услуг у сотрудников организации, предоставляющей такие услуги, или иных консультантов, обладающих необходимыми сведениями об условиях оказания данных услуг, не освобождает рекламодателя от исполнения обязанности опубликования в рекламном объявлении условий, оказания банковских, страховых и иных финансовых услуг, влияющих на их стоимость, если в рекламе сообщается хотя бы одно из таких условий»...

Таким образом, при распространении рекламы посредством смс-сообщений при указании источника размещения сведений и/или пути к нему (*гиперссылки*) рекламодатель не может быть уверен, что абонент будет ознакомлен со всей информацией, предусмотренной законодательством о рекламе.

Учитывая изложенное, Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу, что

предоставление потребителю возможности ознакомления с существенными условиями рекламируемого кредита посредством перехода по гиперссылке, указанной в смс-сообщении, не освобождает Общество от обязанности в рекламе финансовых услуг выполнять требования, предусмотренные ч.3 ст.28 Закона о рекламе».

Согласно **ч.3 ст.28 Закона о рекламе** если реклама услуг, связанных с предоставлением кредита или займа, пользованием им и погашением кредита или займа, содержит хотя бы одно условие, влияющее на его стоимость, такая реклама должна содержать все остальные условия, определяющие полную стоимость кредита (займа), определяемую в соответствии с Федеральным законом «О потребительском кредите (займе)», для заемщика и влияющие на нее.

Часть 3 ст.28 Закона о рекламе содержит норму, которая аналогична положению п.2 ч.2 ст.28 Закона о рекламе, но носит специальный характер и относится к финансовой сделке - **кредиту**. По кредитному договору банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуются предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее (ст. 819 ГК РФ).

К условиям, влияющим на стоимость кредита, в частности, могут относиться условия о размере **процентной ставки, сумме и сроке кредита, платежах и комиссиях** по кредитным операциям, а также **о дополнительных расходах заемщика**, связанных с получением кредита (по **страхованию** рисков, в том числе жизни, здоровья потенциального заемщика, **нотариальному заверению** документов, предоставлению **обеспечения** по кредитному договору, **оценке** имущества, передаваемого в залог, и др.).

Вместе с тем рекламодатель не обязан указывать конкретный размер дополнительных расходов, которые понесет заемщик, воспользовавшись рекламируемой банковской услугой. Достаточно перечисления таких расходов.

В то же время к информации, определяющей фактическую стоимость кредита, не может быть отнесена информация о неблагоприятных последствиях нарушения договора на оказание финансовых услуг, которые может понести заемщик при неисполнении обязательства, поскольку указанные последствия не могут быть определены рекламодателем до возникновения факта нарушения соответствующих условий договора.

ФАС России в письме от 31.07.2014 №АД/30890/14 «О рекламе финансовых услуг» разъяснила, что порядок расчета полной стоимости потребительского кредита (займа) с приведением формулы, по которой необходимо осуществлять расчет, установлен **статьей 6** Закона о потребительском кредите.

При этом условия договора потребительского кредита (займа) установлены **статьей 5** Закона о потребительском кредите.

По мнению специалистов ФАС России, к условиям, определяющим полную стоимость кредита, могут быть отнесены: **сумма** потребительского кредита (займа); **срок** действия договора потребительского кредита (займа) и срок возврата потребительского кредита (займа); **валюта**, в которой предоставляется потребительский кредит (заем); **процентная ставка** в процентах годовых, а при применении переменной процентной ставки - порядок ее определения.

В рекламе предлагается взять кредит в Банк ГПБ (АО) на сумму «до 5 000 000 руб.», указана процентная ставка (от 5,5%) и срок кредитования (60 мес.).

Между тем, на официальном сайте Банк ГПБ (АО) по адресу https://www.gazprombank.ru/personal/take_credit/consumer_credit/5004451/ размещены Условия кредитования, в которых указано, что процентная ставка 5,5% годовых при сумме кредита 5 000 000 руб. применяется только при наличии личного страхования заемщика, а в случае отказа от личного страхования действует надбавка 6-7 п. п. в зависимости от категории клиента.

Процентные ставки

Стандартные условия

Сумма кредита	Процентная ставка со страхованием*, % годовых
5 000 000 руб.	5,5
от 3 000 000,01 руб. до 4 999 999,99 руб.	6,9** / 7,9
от 300 000 руб. до 3 000 000 руб.	7,9
от 100 000 руб. до 299 999,99 руб.	8,9

* В случае отказа от личного страхования действует надбавка 6-7 п. п. в зависимости от категории клиента.

** для клиентов, получающих заработную плату на банковские карты и счета Банка ГПБ (АО)

Страхование

При наличии личного страхования у вас будет льготная ставка. Данную услугу можно оформить на сайте, в мобильном приложении или в офисе Банка ГПБ (АО), а в случае наступления страхового случая страховая компания выплачивает вам всю сумму задолженности, что позволит вам погасить обязательства перед банком и поддержать привычный уровень жизни в непростой ситуации. Страхование является добровольным, действует весь срок кредита и не влияет на принятие решения об его одобрении.

[Подробнее по ссылке.](#)

Как работает программа

- Страховой полис оформляется одновременно с договором потребительского кредитования.
- При наступлении страхового случая **страховая компания** выплатит вам всю сумму задолженности по первоначальному графику платежей, что позволит вам погасить обязательства перед банком и поддержать привычный уровень жизни в непростой ситуации.

Условия

- Срок страхования равен сроку кредита.
- Территория страхования - весь мир, за исключением зон военных конфликтов.
- Страховая сумма равна сумме кредита.

Преимущества программы



Поддержка близких

При наступлении страхового события, оставшиеся после погашения кредита средства будут доступны вам и вашей семье для поддержания привычного образа жизни.



Удобство оформления

Программа оформляется одновременно с кредитом и действует весь срок кредита.



Льготные условия кредитования

При оформлении страховой программы вам будет доступна льготная процентная ставка по кредиту.

Банк ГПБ (АО) в письменных объяснениях (вх.№01-31874 от 29.11.2021) указало следующее: *«Касательно рекламного сообщения, содержащегося в SMS-сообщении и*

В рамках настоящего дела предметом проверки УФАС по Свердловской области является SMS-сообщение рекламного характера следующего содержания: «Оформите кредит наличными не выходя из дома! Ставка от 5,5% годовых, сумма до 5 млн. руб., а до 1 млн. нужен только паспорт. Срок до 7 лет. Условия и заявка на gpb.ru/~creditgpb1 Банк ГПБ (АО). Не является офертой».

В Определении УФАС по Свердловской области указано, что, если реклама услуг, связанных с предоставлением кредита или займа, пользованием и погашением кредита или займа, содержит хотя бы одно условие, влияющее на его стоимость, такая реклама должна содержать все условия, определяющие полную стоимость кредита (займа) для заемщика и влияющие на нее.

*Банк ГПБ (АО) обращает внимание, что в SMS-сообщении **имелась активная гиперссылка с переходом на страницу информационно-телекоммуникационной сети Интернет - <https://gpb.ru/~creditgpb1>** (приложение №12 к настоящим пояснениям - печатный формат данной страницы), где во исполнение требований пункта 2 части 2 статьи 28 Закона о рекламе, **подробно указаны все условия кредитования, а именно:** «сумма кредита от 100 000 до 5 000 000 рублей, срок кредита от 13 мес. до 7 лет, указаны процентные ставки по проводимой Банком с 25 по 30 ноября акции (от 5,5 до 8,9 % годовых с указанием того, что в случае отказа от личного страхования действуют стандартные условия кредитования), также указаны стандартные процентные ставки (от 5,5 до 8,9 % годовых с указанием того, что в случае отказа от личного страхования действует надбавка 6-7 п. п. в зависимости от категории клиента) и процентные ставки при оформлении заявки в приложении «Телекард 2.0» (от 5,5 до 8,9 % годовых с указанием того, что в случае отказа от личного страхования действует надбавка 6-7 п. п. в зависимости от категории клиента); кроме того, определены способы погашения кредита, указаны требования к заемщику, необходимый пакет документов и др.; также указано, что для получения точной информации можно обратиться в офисы Банка ГПБ (АО), по телефонам; обращено внимание на то, что предложение носит исключительно информационный характер и не является публичной*

офертой; указаны реквизиты лицензии и местонахождение: «Банк ГПБ (АО) Генеральная лицензия Банка России № 354, 117420, г. Москва, ул. Наметкина, д. 16, корп. 1».

Исходя из цифровых технологий термин «гиперссылка» - это часть гипертекстового документа, ссылающаяся на другой элемент (команда, текст, заголовок, примечание, изображение) в самом документе либо на другой объект (файл, директория, приложение), расположенный на локальном компьютере или в компьютерной сети, либо на элементы этого объекта. При этом главное отличие гипертекста от обычного текста заключается в том, что в обычном тексте ссылки пассивны, то есть несут декларативный характер (ссылку можно выписать на отдельный лист бумаги, чтобы потом в библиотеке, магазине или информационно-телекоммуникационной сети Интернет найти нужный материал). Вместе с тем ссылки в гипертекстовом документе активны - нажатие на гиперссылку влечет переход в браузер и загрузку нового документа (или другой части текущего документа) автоматически и без участия пользователя.

Учитывая, что основной функцией контекстной рекламы, распространяемой **путем размещения гиперссылок**, является предоставление потребителю ссылки на конкретный источник информации об услуге, **Банк полагает, что такого рода реклама не нарушает требований Закона о рекламе.**

При этом обращаем внимание на следующие особенности данного способа рекламы:

- целью размещения рекламы является первоочередное обращение потребителя к информационным ресурсам (официальному сайту Банка), расположенным по адресам в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, на которые переадресует соответствующие гиперссылки, а не использование им непосредственно того продукта, который в ней описан, с учетом того, что объем текста рекламного сообщения незначителен и генерируется с учетом текущего запроса, соответственно, ограничен;

- такого рода реклама не направлена на импульсивное восприятие потребителем, а наоборот, предполагает необходимость и реальную возможность беспрепятственного и мгновенного перехода к необходимой информации;

- в отличие от других способов рекламы, реклама посредством гиперссылки в информационно-телекоммуникационной сети Интернет предоставляет потребителю реально-осуществимую возможность в любое время перейти по ссылке и ознакомиться со всеми условиями рекламируемой услуги;

- такого рода реклама не ограничена во времени (доступный в период ее размещения), в отличие от рекламы в теле(радио) программах и теле(радио) передачах.

То обстоятельство, что для ознакомления с информацией обо всех существенных условиях необходимо перейти по ссылке (наведя курсор на текстовую гиперссылку и нажав кнопку манипулятора) не свидетельствует о том, что потребитель сталкивается с какими-либо трудностями в выборе необходимых ссылок и определении последовательности своих дальнейших действий.

Исходя из требований Закона о рекламе, целью рекламы является не просто продвижение соответствующего товара (работы, услуги), а доведение до потребителя всего объема необходимых сведений, способных вызвать у ее потребителя правильное (неискаженное) представление об объекте рекламирования. Недостаточная информированность потребителя обо всех условиях рекламируемого товара (работы, услуги), имеющая место в силу недобросовестного поведения организации, предоставляющей услуги или реализующей товар, приведет к неоправданным ожиданиям названного лица, прежде всего, в отношении сделки, которую он намерен заключить. Закон не предъявляет требования указать всю существенную информацию, но обязывает формировать у ее потребителя правильное (достоверное) восприятие о соответствующей продукции (товаре, услуге).

То есть, в настоящем случае целью размещения рекламы является первоочередное обращение потребителя к информационному ресурсу (официальному сайту Банка), расположенному по адресу в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, на который переадресует соответствующая гиперссылка, где подробно отражены условия рекламируемой

финансовой услуги.

Следовательно, в нашем случае отсутствуют признаки нарушения законодательства о рекламе, поскольку при использовании гиперссылки смысл рекламы не искажается, потребители каким-либо образом не вводятся в заблуждение относительно условий кредитования, при размещении рекламы текст выполнен в читаемом варианте».

Комиссия отклоняет довод Банка ГПБ (АО) о достаточности указания в смс-рекламе активной гиперссылки для соблюдения требований ч.3 ст.28 Закона о рекламе, исходя из следующего.

Наличие в рекламе информации о возможности получения (уточнения) сведений об условиях оказания соответствующих услуг у сотрудников организации, предоставляющей такие услуги, или иных консультантов, обладающих необходимыми сведениями об условиях оказания данных услуг, не освобождает рекламодателя от исполнения обязанности опубликования в рекламном объявлении условий оказания банковских, страховых и иных финансовых услуг, влияющих на их стоимость, если в рекламе сообщается хотя бы одно из таких условий (п.24 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», далее - Постановление Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 №58).

В п.25 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 №58 разъяснено, что в соответствии с **частью 3 статьи 28** Закона о рекламе, если реклама услуг, связанных с предоставлением кредита, пользованием им и погашением кредита, содержит хотя бы одно условие, влияющее на его стоимость, эта реклама должна содержать все остальные условия, определяющие фактическую стоимость кредита для заемщика и влияющие на нее, поскольку указание **неполных сведений об условиях предоставления кредита** может привести к искажению сути рекламируемой банковской услуги и ввести в заблуждение потребителей, имеющих намерение ею воспользоваться.

ФАС России в письме от 13.08.2010 №АК/26483 «Об усилении контроля за рекламой финансовых услуг» указала, что в рекламе финансовых услуг существенной является не только информация, привлекательная для потребителя, но и информация, способная обмануть ожидания, сформированные у потребителей такой рекламой.

В спорном смс-сообщении сообщены условия, влияющие на стоимость кредита - сумма «до 5 000 000 руб.», процентная ставка (от 5,5%) и срок кредитования (60 мес.) - следовательно, у рекламодателя возникает обязанность указания и всех остальных условий, влияющих на стоимость кредита, причем В САМОЙ РЕКЛАМЕ (гиперссылка была бы достаточной при указании в рекламе общих фраз о возможности получения кредита в Банке, без указания в принципе каких-либо условий, влияющих на его стоимость, в противном случае необходимо раскрывать потребителю ВСЕ соответствующие условия, а не выборочно (наиболее привлекательные), для возможности создания у потребителя полной и объективной картины о кредитном продукте).

Данный подход подтверждается и судебной практикой. Так, в Постановлении Арбитражного суда Московского округа от 02.07.2020 №Ф05-6835/2020 по делу №А40-225838/2019 указано следующее: «...**наличие такой гиперссылки не свидетельствует о доведении до потребителя всех условий рекламируемой финансовой услуги.**

...направление СМС-сообщения с активной гиперссылкой для перехода на сайт рекламодателя предполагает переход абонента по данной гиперссылке и не учитывает ситуацию, при которой у потребителя на телефоне может отсутствовать техническая возможность для перехода по такой ссылке, либо его тарифный план не предусматривает пользование интернетом. Кроме того, любой переход по гиперссылке влечет для потребителя рекламы дополнительные временные затраты и дополнительный расход трафика, необходимый для загрузки страниц сайта, а, следовательно, дополнительные финансовые затраты».

Таким образом, в спорной рекламе отсутствует информация о **дополнительных расходах заемщика**, связанных с получением кредита, то есть такое условие, влияющее на его стоимость, как **личное страхование заемщика, что нарушает ч.3 ст.28 Закона о рекламе.**

Согласно **ч.7 ст.5 Закона о рекламе** не допускается реклама, в которой отсутствует часть существенной информации о рекламируемом товаре, об условиях его приобретения или использования, если при этом искажается смысл информации и вводятся в заблуждение потребители рекламы.

Банк ГПБ (АО) в дополнительных письменных объяснениях (вх.№01-916 от 18.01.2022) сообщило следующее: **«Отсутствие в рассылке сведений о сроке действия предложения.**

Действительно, в соответствии с **частью 7 статьи 5 Закона о рекламе** не допускается реклама, в которой отсутствует часть существенной информации о рекламируемом товаре, об условиях его приобретения или использования, если при этом искажается смысл информации и вводятся в заблуждение потребители рекламы.

Между тем, в рамках настоящего дела предметом проверки У ФАС по Свердловской области является SMS-сообщение рекламного характера следующего содержания: «Оформите кредит наличными не выходя из дома! Ставка от 5,5% годовых, сумма до 5 млн. руб., а до 1 млн. нужен только паспорт. Срок до 7 лет. Условия и заявка на gpb.ru/~creditgpb Банк ГПБ (АО). Не является офертой».

Информация, направленная потребителю в SMS-сообщении: 1. Не являлась офертой; 2. **Не являлась рекламой о рекламной акции с ограниченным сроком действия во времени.** Так, согласно сведениям официального сайта Банк ГПБ (АО) в ИТС «Интернет», условия о том, что кредит можно оформить, не выходя из дома, с процентной ставкой 5,5% годовых, до 5 млн.руб, а до 1 млн руб. - только по паспорту, при сроке до 7 лет - всё еще имеются на сайте в текущий момент (18.01.2022). Действующее законодательство не содержит обязанности организаций, оказывающих финансовые услуги, при освещении своих продуктов в рекламно- информационных материалах указывать срок их действия (который зависит от множества макроэкономических факторов, его невозможно предопределить в изначальный момент времени - он может измениться и через год и через три года).

Таким образом, любые требования об указании в SMS-сообщении рекламного характера срока действия предложения именно в данном случае является не логичным, невыполнимым, в противном случае это может привести к установлению императивного требования о необходимости указания исполнителями, продавцами, изготовителями в рекламных материалах временного ограничения условий оказываемых услуг, продаваемых товаров, что противоречит законодательству, существу и характеру заложенной инициатором рассылки информации, доводимой до потребителя».

Комиссия принимает доводы Банка ГПБ (АО), исходя из того, что на момент рассмотрения дела не имеются доказательства введения в заблуждение потребителей, в частности, заявителя, отсутствием указания в рекламе о сроке действия предложения, который также не указан в Протоколе от 17.08.2021 №КРБ-66б заочного заседания Комитета по розничному бизнесу Банка ГПБ (АО), которым утверждены и введены в действие процентные ставки по программе потребительского кредитования «Кредит наличными», при этом, рассматриваемое предложение Банка ГПБ (АО) его акцией с ограниченным сроком действия не является. Таким образом, признаки нарушения ч.7 ст.5 Закона о рекламе не нашли своего подтверждения.

В соответствии с ч.6 ст.38 Закона о рекламе ответственность за нарушение ч.3 ст.28 Закона о рекламе несет рекламодатель.

Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо (п. 7 ст. 3 Закона о рекламе).

Ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель (ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе).

Рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (п. 7 ст. 3 Закона о рекламе).

Рекламодателем и рекламодателем рассматриваемой рекламы является Банк ГПБ (АО), которое явилось заказчиком рассылки на основании Договора от 01.07.2019 № ФД-ГО-111/2019 об оказании услуг связи и Приложения №1 к нему, заключенных с ПАО «Мегафон», в рамках которого определило содержание рекламы, изложенное в Брифе на проведение рекламной рассылки в количестве 2 164 699 смс-сообщений.

Резолютивная часть решения по делу согласно пп. «г» п.47 Правил №1922 должна содержать сведения о выдаче предписания (предписаний) с указанием лица (лиц), которому оно выдается.

Согласно п. 49 Правил №1922 при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно Брифу на проведение рекламной рассылки период ее поведения - 01.10.2021 - 31.10.2021, то есть, в настоящее время спорная смс-реклама не распространяется, доказательства обратного заявителем не представлены, в связи с чем, отсутствует необходимость в выдаче предписания.

В соответствии с п.7 ч.2 ст.33 Закона о рекламе Антимонопольный орган вправе применять меры ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

За нарушение рекламного законодательства ст.14.3 КоАП РФ предусмотрена административная ответственность.

В соответствии с **ч.1 ст.14.3 КоАП РФ** нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 настоящей статьи, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Согласно **ч.6 ст.14.3 КоАП РФ** распространение кредитной организацией рекламы услуг, связанных с предоставлением кредита или займа, использованием им и погашением кредита или займа, содержащей хотя бы одно условие, влияющее на его стоимость, без указания всех остальных условий, определяющих полную стоимость кредита (займа) для заемщика и влияющих на нее, - влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двадцати тысяч до пятидесяти тысяч рублей; на юридических лиц - от трехсот тысяч до восьмисот тысяч рублей.

В соответствии с ч.3 ст.2.1 КоАП РФ в случае совершения юридическим лицом административного правонарушения и выявления конкретных должностных лиц, по вине которых оно было совершено (статья 2.4 КоАП РФ), допускается привлечение к административной ответственности по одной и той же норме как юридического лица, так и указанных должностных лиц (п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2005 № 5 (ред. от 19.12.2013) «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»).

Административной ответственности подлежит должностное лицо в случае совершения им административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей. Совершившие административные правонарушения в связи с выполнением организационно- распорядительных или административно-хозяйственных функций руководители и другие работники иных организаций несут административную ответственность как должностные лица (ст. 2.4 КоАП РФ).

Под должностным лицом понимается лицо, выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции.

Под организационно - распорядительными функциями понимаются полномочия, которые связаны с руководством трудовым коллективом или находящимися в их служебном подчинении отдельными работниками, с формированием кадрового состава и определением трудовых функций работников, с организацией порядка прохождения службы, применения мер поощрения или награждения, наложения дисциплинарных взысканий и т.п. К организационно-распорядительным функциям относятся полномочия лиц по принятию решений, имеющих юридическое значение и влекущих определенные юридические последствия.

Под административно-хозяйственными функциями понимаются полномочия по управлению и распоряжению имуществом и (или) денежными средствами, находящимися на балансе и (или) банковских счетах организаций, учреждений, воинских частей и подразделений, а также по

совершению иных действий (п. 4 и п. 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16.10.2009 №19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий»).

Квалификационным справочником должностей руководителей, специалистов и других служащих (утв. Постановлением Минтруда России от 21.08.1998 №37), установлено, что директор предприятия: «Руководит производственно-хозяйственной и финансово-экономической деятельностью предприятия, неся всю полноту ответственности за последствия принимаемых решений, сохранность и эффективное использование имущества предприятия, а также финансово-хозяйственные результаты его деятельности. Организует работу и эффективное взаимодействие всех структурных подразделений, цехов и производственных единиц... Решает вопросы, касающиеся финансово-экономической и производственно-хозяйственной деятельности предприятия, в пределах предоставленных ему законодательством прав, поручает ведение отдельных направлений деятельности другим должностным лицам - заместителям директора, руководителям производственных единиц и филиалов предприятий, а также функциональных и производственных подразделений...».

Согласно выписке из ЕГРЮЛ запись о том, что <...> является председателем правления Банка ГПБ (АО) внесена в ЕГРЮЛ 12.03.2019, при этом, ненадлежащая реклама была распространена 06.10.2021, то есть, в период исполнения полномочий <...>.

Согласно п.48 Правил №1922 дата изготовления решения по делу в полном объеме считается датой принятия решения по делу.

В резолютивной части решения комиссия указывает на необходимость передачи дела должностному лицу Управления для рассмотрения дела об административном правонарушении по ст.14.3 КоАП РФ.

Согласно п.1 ч.1 ст.28.1 КоАП РФ поводом к возбуждению дела об административном правонарушении является, в том числе, непосредственное обнаружение должностными лицами, уполномоченными составлять протоколы об административных правонарушениях, достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения.

В соответствии с п.4 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» дело об административном правонарушении может быть возбуждено должностным лицом, уполномоченным составлять протоколы об административных правонарушениях, только при наличии хотя бы одного из поводов, предусмотренных частями 1, 1.1 и 1.2 статьи 28.1 КоАП РФ, и достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения. Вступление в силу решения антимонопольного органа о признании рекламы ненадлежащей не является таким поводом, как это предусмотрено частью 1.2 статьи 28.1 КоАП РФ в отношении вступления в силу решения комиссии антимонопольного органа, которым устанавливается факт нарушения антимонопольного законодательства.

Учитывая установленные п. 1.2, п.п. 3.40 - 3.45 Административного регламента № 711/12, ч.1 ст.37 Закона о рекламе особенности порядков принятия (только коллегиально) решения, являющегося результатом проведенной в ходе осуществления государственного контроля (надзора) проверки (примечание к ст. 28.1 КоАП РФ), и его обжалования (только судебный), у должностных лиц того же самого органа, единолично осуществляющих производство по делу об административном правонарушении, заведомо отсутствуют законные основания как переоценивать изложенные в не оспоренном в установленном порядке решении достаточные данные, указывающие на наличие события административного правонарушения, так и отражать результаты такой переоценки как в протоколе об административном правонарушении, так и в соответствующем постановлении.

Согласно ч.1 ст.2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Для оказания юридической помощи лицу, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, в производстве по делу об административном правонарушении может участвовать защитник, а для оказания юридической помощи потерпевшему - представитель. В качестве защитника или представителя к участию в производстве по делу об административном правонарушении допускается адвокат или иное лицо (ч.ч.1, 2 ст.25.5 КоАП РФ).

Согласно ч.1 ст.25.15 КоАП РФ лица, участвующие в производстве по делу об административном правонарушении, а также свидетели, эксперты, специалисты и переводчики извещаются или вызываются в суд, орган или к должностному лицу, в производстве которых находится дело, заказным письмом с уведомлением о вручении, повесткой с уведомлением о вручении, телефонограммой или телеграммой, по факсимильной связи либо с использованием иных средств связи и доставки, обеспечивающих фиксирование извещения или вызова и его вручение адресату.

В соответствии с ч. 1 ст. 25.1, ч. 4 ст. ст. 25.5 и п. 3 ч. 4 ст. 28.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого возбуждено производство по делу об административных правонарушениях, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства, отводы, пользоваться юридической помощью защитника. Защитник допускается к участию в производстве по делу об административном правонарушении с момента возбуждения дела об административном правонарушении, которое считается возбужденным с момента составления протокола об административном правонарушении.

На основании изложенного, руководствуясь ст.ст.33 - 36 Закона о рекламе, в соответствии с п. 42 – 48 Правил №1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу *«Оформите кредит наличными не выходя из дома! Ставка от 5,5% годовых, сумма до 5 млн.руб., а до 1 млн. нужен только паспорт. Срок до 7 лет. Условия и заявка на gpb.ru/~creditgpb1 Банк ГПБ (АО). Не является офертой»*, распространенную 06.10.2021в 12:07 на абонентский номер +7<...> с короткого номера «GAZPROMBANK», ненадлежащей, нарушающей требования ч.1 ст.18 Закона о рекламе, поскольку реклама распространена без предварительного согласия абонента на получение рекламы, а также нарушающей ч.3 ст.28 Закона о рекламе, поскольку в рекламе услуг, связанных с предоставлением кредита, содержащей такие условия, влияющие на его стоимость как сумма кредита, процентная ставка и срок кредитования, отсутствует информация об ином условии, влияющем на его стоимость, а именно, о дополнительных расходах, связанных с получением кредита, таких как личное страхование заемщика.

2. Предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства не выдавать.

3. Законному представителю **Банка ГПБ (АО)** (117420, г. Москва, ул. Намёткина, 16, 1, ОГРН: 1027700167110, дата присвоения ОГРН: 28.08.2002, ИНН: 7744001497, КПП: 772801001) надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, каб. 220) **28 февраля 2022 г. в 14 час. 00 мин.** для составления *в отношении юридического лица* протокола об административном правонарушении по ч.1 и ч.6 ст.14.3 КоАП РФ с документами, удостоверяющими личность и служебное положение.

Банк ГПБ (АО) вправе представить письменные объяснения по факту правонарушения (ст. 26.3 КоАП РФ), в том числе, указать (при наличии) обстоятельства, смягчающие (ст.4.2 КоАП РФ) и отягчающие (ст. 4.3 КоАП РФ) административную ответственность, исключаяющие производство по делу об административном правонарушении (ст. 24.5 КоАП РФ).

Для приобщения к протоколу письменных объяснений (ст. 26.3 КоАП РФ) их надлежит представить в письменной форме и раскрыть в них свою позицию относительно каждого из указанных в решении обстоятельств, подкрепив ее соответствующими доказательствами.

В случае явки защитника (ст. 25.5 КоАП РФ), обязательно наличие доверенности (от имени лица, в отношении которого составляется протокол).

4. **Председателю правления Банка ГПБ (АО) <...>** (защитнику) надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, каб. 224) **28 февраля 2022 г. в 15 час. 00 мин.** для составления *в отношении должностного лица* протокола об административном правонарушении по ч.1 и ч.6 ст.14.3 КоАП РФ с документами, удостоверяющими личность и служебное положение, а также представить письменные объяснения (ст.26.3 КоАП РФ) по факту выявленного правонарушения **либо** обеспечить ознакомление с данным Решением и явку того должностного лица Банка ГПБ (АО), которое было ответственно за выявленное правонарушение, а также в срок **до 21.02.2022** представить в Управление следующую информацию:

- 1) копию паспорта ответственного должностного лица (разворот страниц с фотографией и страниц с пропиской);
- 2) доказательства ознакомления ответственного должностного лица с данным решением;
- 3) копию приказа о назначении на должность;
- 4) копию должностной инструкции с отметкой об ознакомлении, а также ссылку на соответствующий пункт должностной инструкции, подтверждающий, что в должностные обязанности указанного должностного лица входил контроль за соблюдением требований рекламного законодательства при распространении спорной рекламы;
- 5) письменное объяснение ответственного должностного лица по факту правонарушения (ст. 26.3 КоАП РФ), в том числе, указать (при наличии) обстоятельства, смягчающие (ст.4.2 КоАП РФ) и отягчающие (ст. 4.3 КоАП РФ) административную ответственность, исключающие производство по делу об административном правонарушении (ст. 24.5 КоАП РФ).

Решение антимонопольного органа может быть оспорено в суде или арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения (ч. 1 ст. 37 Закона о рекламе).

Для оперативности ответ следует предварительно направить по факсу либо на электронную почту Управления (to66@fas.gov.ru с пометкой «для Стариковой»). В ответе необходимо ссылаться на исходящий номер документа Свердловского УФАС России.

Протокол об административном правонарушении подписывается должностным лицом, его составившим, физическим лицом или законным представителем юридического лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении (ч. 5 ст. 28.2 КоАП РФ).

Согласно ч. 1 ст. 51 Конституции Российской Федерации никто не обязан свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом.

В соответствии с ч. 1 ст. 25.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами в соответствии с настоящим Кодексом.

В соответствии с ч. 5 ст. 25.5 КоАП РФ защитник, допущенный к участию в производстве по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, участвовать в рассмотрении дела, обжаловать применение мер обеспечения производства по делу, постановление по делу, пользоваться иными процессуальными правами в соответствии с настоящим Кодексом.

В случае явки защитника (ст. 25.5 КоАП РФ), обязательно наличие доверенности (от имени юридического и должностного лица, в отношении которого составляется протокол).

Неявка лица до истечения указанного срока не препятствует дальнейшему движению дела об административном правонарушении, протокол об административном правонарушении может быть составлен в отсутствие указанного лица (ч. 4.1. ст. 28.2 КоАП РФ).

В связи с неблагоприятной эпидемиологической обстановкой в РФ Управление рекомендует воздержаться от личной явки лиц, участвующих в составлении протокола (в том числе, защитников), направив ходатайство (to66@fas.gov.ru) о составлении протокола в их отсутствие с учетом представленных письменных пояснений.

Независимо от формы участия в составлении протокола все письменные пояснения и документы будут всесторонне изучены и учтены при его составлении.

Кроме того, Управление рекомендует представить расписку о выборе формы получения процессуальных документов (указать реквизиты сопроводительного письма к данному документу) путем их направления по адресу электронной почты, указанной в расписке, с подтверждением того, что такой способ получения процессуальных документов будет являться надлежащим уведомлением (расписка должна быть заполнена физическим лицом, должностным лицом лично либо законным представителем юридического лица с приложением надлежащим образом заверенной копии документа, подтверждающего полномочия).

Председатель комиссии <...>

Члены комиссии <...>

<...>