

«...»

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**  
**о наложении штрафа по делу № 002/04/14.3-2441/2022 об административном правонарушении**

11.01.2023 года

г. Уфа, ул. Пушкина, д. 95

Я, «...», рассмотрев материалы дела № 002/05/18-1895/2022 по нарушению законодательства Российской Федерации «О рекламе» и материалы административного дела № 002/04/14.3-2441/2022 в отношении «...» (права и обязанности разъяснены),

**УСТАНОВИЛ:**

31.08.2022 года в Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан (далее - УФАС по РБ, антимонопольная служба) посредством электронной почты от Московского УФАС России поступили материалы обращения гражданина с признаками нарушения ФЗ «О рекламе» (вх. № 12887-ЭП/22 от 31.08.2022 срок рассмотрения продлен).

В обращении Заявитель сообщил о неправомерном поступлении 28.06.2022 года в 13:32 на телефонный номер «...» звонка от абонента «...». К заявлению приложена аудиозапись телефонного звонка (запись\_разговора, продолжительность – 00:32) следующего содержания:

*- Добрый день, меня зовут Ольга, я представитель Совкомбанка, Вам предварительно одобрена карта рассрочки «Халва» и у вас есть возможность воспользоваться суммой до 500 000 тысяч рублей без процентов. Вам перезвонит специалист Банка и ответит на все вопросы. Скажите да, если это Вам интересно.*

*- Я прошу больше не звонить и данное сообщение я передам в ФАС*

Согласно заявлению, согласие на получение данного рекламного звонка Заявитель не давал.

В рамках рассмотрения поступившего обращения, антимонопольной службой установлено следующее.

Оператором связи (ПАО «ВымпелКом») подтвержден факт принадлежности абонентского номера «...» Заявителю. Кроме того, представлена информация о выделении абонентский номер «...» «...» договору об оказании услуги связи

«Билайн» № 838281601 от 02.06.2022 года.

Дополнительным письмом ПАО «ВымпелКом» также подтвержден факт поступления звонка Заявителю в указанное время и дату от указанного лица (вх. № 16041-ЭП/22 от 26.10.2022 электронная почта).

26.10.2022 года Башкортостанским УФАС России, в порядке части 2 статьи 36 Закона о рекламе возбуждено дело № 002/05/18-1895/2022 по признакам нарушения требований ФЗ «О рекламе». К участию в деле привлечены:

• **Заявитель:**

- вх. № 12887-ЭП/22 от 31.08.2022.

• **Лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:**

- «...».

Рассмотрение дела назначено на 09.11.2022 года.

01.11.2022 года от «...» посредством электронной почты поступили запрошенные сведения (документы и материалы) и письменные пояснения относительно рассматриваемых обстоятельств (вх. № 16429-ЭП/22). Аналогичный пакет документов также поступил по почте России (вх. № 16795/22 от 08.11.2022).

09.11.2022 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-1895/2022 по признакам нарушения законодательства о рекламе «...» не присутствовала.

В связи с необходимостью получения дополнительных объяснений и документов, а также необходимостью получения по данному вопросу объективной и полной информации, Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. продлить срок рассмотрения дела № 002/05/18-1895/2022.

2. отложить рассмотрение дела на другую дату - 29.11.2022 года.

15.11.2022 года Заявителем представлены дополнительные пояснения (вх. № 17132-ЭП/22 электронная почта).

25.11.2022 года письменные пояснения и дополнительные материалы представлены «...» (вх. № 17800-ЭП/22 электронная почта). Указанные сведения также поступили по почте России (вх. № 18164/22 от 30.11.2022).

29.11.2022 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-1895/2022 по признакам нарушения законодательства о рекламе «...» не присутствовала. Ходатайство индивидуального предпринимателя (вх. № 17800-ЭП/22 от 25.11.2022 электронная почта) о рассмотрении дела без его участия удовлетворено.

В соответствии с пунктом 31 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, дело рассмотрено в отсутствие «...».

Исследовав материалы дела, Комиссия приходит к выводу, что реклама, распространенная путем телефонного звонка 28.06.2022 года в 13:32 на телефонный номер «...» от абонента «...» следующего содержания:

- *Добрый день, меня зовут Ольга, я представитель Совкомбанка, Вам предварительно одобрена карта рассрочки «Халва» и у вас есть возможность воспользоваться суммой до 500 000 тысяч рублей без процентов. Вам перезвонит*

*специалист Банка и ответит на все вопросы. Скажите да, если это Вам интересно.*

*- Я прошу больше не звонить и данное сообщение я передам в ФАС.*

нарушает часть 1, 2 статьи 18 и часть 3 статьи 28 ФЗ «О рекламе». При этом Комиссия исходит из следующего.

В соответствии с пунктами 1, 2, 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Объект рекламирования - товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

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

По смыслу законодательного определения рекламой считается та информация, которая, во-первых, была распространена, во-вторых, адресована неопределенному кругу лиц, в-третьих, направляет внимание и интерес на объект рекламирования, в-четвертых, имеет цель продвинуть объект рекламы на рынок. Иными словами, реклама призвана выделить рекламируемый объект из ряда других объектов и привлечь к нему внимание, а также побуждать лиц из числа неопределенного круга, среди которых распространялась реклама, обратиться за приобретением товара.

Распространенная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками:

- распространена путем использования телефонной связи (совершение звонка на абонентский номер «...»);
- является общедоступной для восприятия неопределенного круга лиц и не является персонифицированной;
- направлена на привлечения внимания потребителей к услугам и товарам, предоставляемым соответствующим рекламодателем (банк Совкомбанк) и осуществляемой им деятельности и способствует формированию интереса к реализуемым товарам (карта рассрочки «Халва») и их продвижение на рынке;
- объектом рекламирования выступает товар (услуги) – карта рассрочки «Халва». Рассматриваемая информация формирует и поддерживает потребительский интерес к данному товару – «у вас есть возможность воспользоваться суммой до 500 000 рублей без процентов».
- целью распространения рекламы является увеличение спроса на рекламируемый товар (услуги).

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

Требования к рекламе, распространяющейся по сетям электросвязи,

установлены статьей 18 Закона о рекламе.

Согласно части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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

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

Бремя доказывания наличия предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы по сетям электросвязи лежит на рекламодателе, при этом, заявитель не обязан доказывать факт отсутствия подобного согласия.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя (Постановление пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 28 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее – Пленум № 58).

В рассматриваемом случае под абонентом надлежит понимать владельца абонентского номера «...» (факт принадлежности номера заявителю подтвержден оператором связи), который сообщил антимонопольному органу о том, что он не давал согласия на получение рекламных сообщений от абонента «...».

Факт поступления указанного звонка Заявителю, а также принадлежность телефонного номера «...» «...» подтверждается материалами дела и сторонами не оспаривается.

Исходя из материалов дела, данный звонок был осуществлен в рамках исполнения агентского договора № 20220520-1 от 20.05.2022 года заключенного с ООО «ИДС».

Предмет указанного Договора:

- пункт 2.1. Агент («...») по заданию Принципала (ООО «ИДС») от своего имени и за счёт Принципала обязуется оказать рекламные услуги в соответствии с условиями, указанными в соответствующем Оффере на размещение рекламы, а Принципал обязуется принять и оплатить оказанные Услуги, исходя из количества

совершенных в следствии оказания Рекламных Услуг Целевых Действий.

- пункт 2.2. Для целей оказания Рекламных Услуг, Стороны, в отношении каждой рекламной компании Принципала, оформляют Оффер на размещение рекламы по форме, приведенной в Приложении № 1 к настоящему Договору. Агент размещает информацию, указанную в Оффер в Сервисе и осуществляет привлечение Пользователей для осуществления Целевых действий.

- пункт 2.5. Для оказания Услуг Агент самостоятельно привлекает Пользователей путем самостоятельного сбора персональных данных. При сборе Агент обеспечивает соответствие действующему законодательству РФ в том числе получение согласия на обработку ПДн.

Определения, используемые в Договоре:

- пункт 1.5. Услуги включают в себя, но не ограничиваются этим, распространение в сети Интернет любым способом, в любой форме и с использованием любых средств Рекламных Материалов с целью привлечения внимания или поддержания интереса пользователей Сети Интернет к товарам или услугам Принципала и/или клиентов Принципала (если Принципал на основании поручения) и совершения Целевых Действий, а также осуществление телефонных звонков Пользователем с донесением информации.

- пункт 1.6. Целевое Действие означает согласованное Сторонами в соответствующем Оффере за совершение которого, Принципал выплачивает Агенту вознаграждение. Цена Целевого Действия, а также другие существенные условия для совершения Целевого Действия указываются Сторонами в соответствующем Оффере на размещение рекламы.

- пункт 1.7. Целевая Страница означает любую внутреннюю страницу вебсайта в Сети Интернет, адрес которого указан Сторонами в соответствующем Оффере на размещение рекламы.

- пункт 1.9. Оффер - задание Принципала на размещение Рекламных материалов в сети Интернет, которое содержит определенный набор условий, соблюдение которых обязательно при размещении Рекламных материалов.

- пункт 1.10. Пользователь - физическое лицо, привлеченное Агентом, для совершения Целевых действий.

Согласно пункту 3.1.1. Договора Принципал обязуется предоставлять Агенту Рекламные Материалы в отношении каждого Оффера на размещение рекламы. Ответственность за содержание предоставленных Рекламных Материалов несёт Принципал.

Пункт 5.2. Агент несет ответственность за соблюдение при оказании услуг законодательства о рекламе, персональных данных.

Кроме этого в материалы дела представлен оффер на размещение рекламы № 1 от 20.05.2022 года по Договору № 20220520-1 от 20.05.2022 года по форме, приведенной в приложении № 1.

Условиями данного оффера, в частности определено:

- наименование рекламной компании – Карта «Халва»;

- срок проведения рекламной компании – с 20.05.2022 года по дату расторжения договора;

- адрес целевой страницы – <https://bestcard.icu>;

Также в данном оффере установлено, что все Рекламные Материалы предоставляются Принципалом, включая баннеры. При оказании Услуг Агент вправе использовать Рекламные Материалы, не только предоставленные Принципалом, но и подготовленные самостоятельно Агентом, при условии, что содержание таких Рекламных Материалов будет соответствовать законодательству РФ. Предоставление Рекламных Материалов, созданных Агентом самостоятельно для утверждения Принципалом не требуется.

Таким образом, именно на индивидуального предпринимателя условиями Агентского договора № 20220520-1 от 20.05.2022 года, возложена обязанность на получения предварительного согласия от лиц, среди которых распространяется рекламная информация о карте рассрочке «Халва».

В части доводов «...», изложенных в пояснениях, представленных в рамках рассмотрения дела, Комиссия отмечает следующее.

Довод о том, что индивидуальным предпринимателем получено согласие на направление рекламных сообщений на абонентский номер «...» после того, как данные с ФИО, датой рождения и номером телефона были введены на сайте <https://bestcard.icu>, правообладателем которого выступает «...».

Из пояснений ИП следует, «...«...» является правообладателем сайта <https://bestcards.icu/#> в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

В соответствии с пользовательским соглашением Сайта, размещенном на Сайте в постоянном доступе (далее - «Пользовательское соглашение») в отношении Сайта «...» выступает Владелец Сайта (лицензиаром), а лица, использующие Сайт для оставления Заявок — Пользователями (лицензиатами).

...Процедура подачи Заявки на получение банковской карты считается завершённой в результате выполнения Пользователем следующих действий:

- введения фамилии, имени, отчества;
- введения даты рождения (необязательно);
- введения номера мобильного телефона;
- указания региона, в котором Пользователь хочет получить банковскую карту (необязательно);
- проставления галочки в чекбоксе рядом с текстом: «Предоставляя свои персональные данные, я подтверждаю, что ознакомлен и согласен с условиями Пользовательского соглашения и Политики обработки персональных данных»;
- проставления галочки в чекбоксе рядом с текстом: «Даю согласие на обработку персональных данных»;
- нажатия кнопки «Заказать карту»;
- введения Кода подтверждения;
- нажатия кнопки «Подтвердить заявку».

Как видно из представленного положения Пользовательского соглашения, заполняя форму Заявки на получения Карты, Пользователь оставляет на Сайте свои персональные данные. Такими персональными данными являются: ФИО, номер телефона, день, месяц и год рождения. После введения персональных данных лицо, изъявившее желание заключить договор, проставляет галочки в чек-боксах с

текстом:

(1) «Предоставляя свои персональные данные, я подтверждаю, что ознакомлен и согласен с условиями Пользовательского соглашения, Политики обработки персональных данных»;

(2) «Даю согласие на обработку персональных данных»;

(3) «Даю согласие на получение рекламной рассылки» — при наличии желания.

Рекламораспространитель обращает внимание УФАС на то обстоятельство, что после активации чек-боксов 1 и 2 появляется возможность направить персональные данные Рекламораспространителю путем нажатия кнопки «Заказать карту». Таким образом, чек-бокс № 3 с текстом «Даю согласие на получение рекламной рассылки» является вариативным, а значит, у заявителей существует возможность отказаться от получения рекламных рассылок...».

После нажатия Пользователем кнопки «Заказать карту» на номер телефона, указанный им при заполнении Заявки, Рекламораспространителем осуществляется верификационный звонок. Для подтверждения верности указанных данных, а именно того факта, что телефонный номер, указанный при заполнении формы на Сайте, действительно принадлежит Пользователю, Пользователь должен ввести последние четыре цифры телефонного номера Рекламораспространителя в специальную графу на Сайте.

После ввода указанных четырех цифр и нажатия на кнопку «Подтвердить заявку» Заявка, оставленная Пользователем, считается подтвержденной, а Пользователь — надлежащим образом идентифицированным. Указанный вывод также подтверждается практикой:

- в решении Ярославского УФАС России от 20.09.2021 по делу N 076/05/18-718/2021 установлено, что процедура верификации телефонного номера путем направления на этот номер звонка или смс-сообщения судом не признается неправомерной;

- в решении Кемеровского УФАС России от 04.10.2021 по делу N 042/05/18-1566/2021 установлено, что процедура верификации телефонного номера путем направления смс-сообщения с кодом, который требуется ввести на сайте *ozon.ru* не рассматривается судом, как нарушающая ФЗ «О рекламе» и как не позволяющая идентифицировать пользователя;

- в апелляционном определении Московского городского суда от 30.08.2012 по делу N 11-18639 установлено, что допустима верификация телефонного номера через ввод на сайте кода, поступившего на указанный пользователем номер.

По совершении пользователем Сайта указанных действий условия Пользовательского соглашения считаются принятыми пользователем в полном объеме и без оговорок (абзац 3 Пользовательского соглашения).

Кроме того, Рекламораспространитель обращает внимание УФАС на то, что после заполнения Пользователем формы для оставления Заявки на получение информации о Карте и нажатия на кнопку «Получить карту» на экране устройства помимо поля для ввода четырехзначного кода подтверждения также появляется следующее уведомление:

*«После того, как Вы введете цифры и подтвердите свою заявку, Вы можете ответить на этот звонок и прослушать РЕКЛАМНОЕ сообщение. Если Вы не хотите прослушать РЕКЛАМНОЕ сообщение, то, пожалуйста, просто не отвечайте на звонок».*

*Таким образом, в случае, если лицо, оставляющее Заявку, не желает получать от Рекламодателя рекламное сообщение, у него существует реальная возможность оставить Заявку, избежав прослушивание рекламного сообщения, т.е. он может ввести цифры и не отвечать на поступивший телефонный звонок. Поскольку в рассматриваемом случае Заявителем было принято решение об ответе на поступивший звонок, такие действия дополнительно (помимо того, что было оставлено согласие на рекламную рассылку) подтверждают его намерение о прослушивании рекламного звонка.*

*...В распоряжении Рекламодателя имеются лог-файлы, регистрирующие все запросы к Сайту.*

*После исследования лог-файла Рекламодателем было установлено, что 28.06.2022 в 12:31:55 по московскому времени в форму на Сайте были введены следующие данные: ««...» - «...»», осуществлен «клик» (нажатие) на кнопку «Получить карту», а также введен четырехзначный код подтверждения «0858». Поступление данных «...» Рекламодателю само по себе свидетельствует об осуществлении им последовательности действий, описанных в пункте 3 настоящих Письменных пояснений.*

*Таким образом. Рекламодатель получил информацию об акцепте «...» Пользовательского соглашения, а также ознакомлении им с Политикой обработки персональных данных и согласии на обработку персональных данных и получение информационной и рекламной рассылки, что послужило основанием для обращения Рекламодателя к гражданину с уточняющим вопросом о необходимости «...» Карты.*

*...Кроме того, в судебной практике отмечается, что при указании одной из сторон договора своего номера телефона в сети Интернет, презюмируется добросовестность другой стороны договора, которая признает такой номер в качестве достоверного и принадлежащего контрагенту (например, Определение Чулымского районного суда Новосибирской области по делу № 11-15/2019 от 28.05.2019, Решение Савеловского районного суда г. Москвы по делу № 02-4925/2018 от 05.10.2018).*

*В этой связи Рекламодатель полагает, что использовал полученные им персональные данные для обращения к «...», сведения о котором были введены в специальную форму на Сайте, правомерно.*

*Согласно п. 4 Согласия на обработку персональных данных, полученного от Волчанского Романа Олеговича, обработка персональных данных осуществляется в том числе для подбора информации о различных банковских инструментах, предоставляемых третьими лицами, в частности, о кредитной карте «Халва» (Приложение № 5).*

*Таким образом, «...» выразил согласие на обработку Рекламодателем персональных данных с целью предоставления*



*Пользователю Сайта информации о Карте, а также поскольку «...» активировал чек-бокс с текстом «Даю согласие на получение рекламной рассылки», ввел код подтверждения и ответил на осуществленный им идентификационный звонок, т.е. совокупность совершенных заявителем действий может быть расценена как согласие на получение сообщений информационного и рекламного характера...*

В подтверждение данного факта «...» приложен скриншот лог-файла с указанными данными.

Проанализировав данный скриншот, антимонопольная служба отмечает, что из его содержания не возможно однозначно идентифицировать лицо, которое осуществило заявку на сайте.

Согласие, полученное посредством заполнения каких-либо форм на сайтах в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», не позволяющих однозначно установить, кто именно дал согласие на получение рекламы, является ненадлежащим и влечет нарушение указанного требования статьи 18 Федерального закона «О рекламе», поскольку не позволяет подтвердить волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Кроме того, из данного скриншота, невозможно установить факт того, что при заполнении заявки пользователем сайта было дано согласие на направление ему рекламной информации.

Кроме того, из пояснений Заявителя, следует, что им процедура регистрации на сайте <https://bestcard.icu> не производилась.

Комиссией Башкортостанского УФАС России также произведен осмотр сайта <https://bestcard.icu> (осмотр от 29.11.2022 года с приложением фотоматериалов), в ходе которого установлено, что для оформления заявки на получение карты необходимо заполнить следующие поля:

- ФИО, • дата рождения, • телефон, • регион, в обязательном порядке выразить согласие с условиями пользовательского соглашения, политикой обработки персональных данных. Также необходимо дать согласие на обработку персональных данных, и согласие на получение рекламной рассылки.

В ходе осмотра сайта информация о вариативности чек-боксов № 3 (согласие на получение рекламной рассылки) не нашла подтверждения. Установлено, что для завершения процедуры регистрации необходимо выразить согласие на получение рекламной рассылки.

Исходя из правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 Пленума № 58 от 08.10.2012, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем, согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

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, 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 части 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Таким образом, лица регистрируясь на сайте <https://bestcard.icu>, лишены возможности предварительного отказа от получения рекламной рассылки в свой адрес.

Управление ФАС по Республике Башкортостан также обращает внимание на тот факт, что согласно детализации услуг связи, представленной оператором Заявителя (ПАО «ВымпелКом»), спорный звонок поступил абоненту 28.06.2022 года в 13:32:06 (GTM+3) по московскому времени. Из скриншота лог-файла и письменных пояснений индивидуального предпринимателя следует, что данные на сайт были введены 28.06.2022 года в 12:31:55 по московскому времени. Таким образом, звонок осуществлен час спустя, что не может свидетельствовать о том, что рассматриваемый звонок представлял собой подтверждение процедуры регистрации. Кроме того, из содержания спорного звонка, также не следует, что Заявитель получил его в рамках каких-либо регистрационных процедур на сайте <https://bestcard.icu>.

В части ссылки индивидуального предпринимателя на практику территориальных органов ФАС России и судебную практику, Башкортостанское УФАС России отмечает.

Решение Ярославского УФАС России от 20.09.2021 года № 076/05/18-718/2021 и решение Кемеровского УФАС России от 04.10.2021 № 042/05/18-1566/2021 не содержат положений о правомерности и безусловной идентификации пользователя путем регистрации на сайте и введения последних четырех цифр позвонившего телефонного номера. Более того, указанными решениями рекламораспространители признаны нарушившими требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В части ссылки на определение Чулымского районного суда Новосибирской области по делу № 11-15/2019 от 28.05.2019, Решение Савеловского районного суда

г. Москвы по делу № 02-4925/2018 от 05.10.2018, а также на апелляционное определение Московского городского суда от 30.08.2012 года по делу № 11-18639, Комиссия отмечает.

В указанных судебных актах, в целях идентификация номеров телефонов, которые были указаны при регистрации на сайтах, были использованы простые электронные подписи, в частности абонентам направлялись проверочные коды в смс – сообщениях и, когда проверка достоверности данных давала положительный результат, завершалась процедура регистрации. На сайте <https://bestcard.icu> используется иная форма верификации зарегистрированных пользователей, следовательно, ссылка на данные судебные акты не состоятельна.

Принимая во внимание вышеизложенное, Комиссия приняла решение признать указанную рекламу нарушившей часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Помимо этого, Башкортостанским УФАС России в данной рекламе были усмотрены признаки нарушения части 2 статьи 18 и части 3 статьи 28 ФЗ «О рекламе».

- часть 2 статьи 18:

не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Для целей выявления нарушения требования части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» антимонопольным органам необходимо установить факт того, что:

- в ходе осуществления звонка абоненту или направления ему сообщения использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозвонивание и автоматическая рассылка);

- осуществление такого звонка абоненту или направление ему такого сообщения осуществлялось для распространения рекламы.

Так, запись телефонного разговора, предоставленная абонентом антимонопольному органу, содержащая в начале такого разговора воспроизведенный абоненту заранее записанный аудиофрагмент, представляющий собой последовательность звуков и/или речь человека (автоматизированная запись), позволяет сделать вывод о том, что в ходе осуществления такого звонка абоненту использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозвонивание).

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

Как следует из аудиозаписи рекламного звонка, вызов совершен при помощи средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозвонивание), о чем свидетельствует воспроизведение абоненту заранее записанного аудиофрагмента, представляющего собой речь человека (автоматизированная запись), а также предложение осуществления определенной

команды путем односложного положительного ответа – «да». При осуществлении звонка с абонентом не велся диалог, Заявителю не могли быть даны ответы на возможные вопросы, отсутствовала как таковая реакция на поведение абонента, в динамике лишь прокручивалась запись голоса. Таким образом, из представленной в адрес Башкортостанского УФАС России записи следует, что рассматриваемый звонок совершен с помощью автоматического набора номера и дальнейшего озвучивания рекламного сообщения, предварительно записанного либо созданного с помощью компьютерных программ, а равно звонок с сообщением рекламного характера совершен без участия человека.

«...» позиция по нарушению части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» не выражена, какие-либо пояснения не представлены.

В свою очередь, статья 28 ФЗ «О рекламе» устанавливает специальные требования и ограничения к рекламе финансовых услуг и финансовой деятельности.

Под финансовой услугой понимают, банковскую услугу, страховую услугу, услугу на рынке ценных бумаг, услугу по договору лизинга, а также услугу, оказываемую финансовой организацией и связанную с привлечением и (или) размещением денежных средств юридических и физических лиц (пункт 2 статьи 4 ФЗ «О защите конкуренции»).

Потребительский кредит (заем) - денежные средства, предоставленные кредитором заемщику на основании кредитного договора, договора займа, в том числе с использованием электронных средств платежа, в целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, в том числе с лимитом кредитования (пункт 1 части 1 статьи 3 ФЗ «О потребительском кредите (займе)»).

Из содержания рекламного звонка следует, что объектом рекламирования выступает услуги кредитования (займа), то есть финансовая услуга.

- часть 3 статьи 28:

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.

В соответствии с частью 4 статьи 5 Закона о займе к условиям договора потребительского кредита (займа) отнесены, в том числе: 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; диапазоны значений полной стоимости потребительского кредита (займа), определенных с учетом требований настоящего Федерального закона по видам потребительского кредита (займа).

В пункте 25 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указано, что 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 (в том числе по страхованию рисков).

В спорном рекламном звонке озвучены условия - максимальная сумма кредита (займа) до 500 000 рублей и размер процентной ставки (без процентов), вместе с тем не указаны условия о сроке кредита, платежах и комиссиях по кредитным операциям, сроки в течении которого проценты не начисляются, а также о дополнительных расходах заемщика, связанных с получением кредита (в том числе по страхованию рисков).

Так как указание в рассматриваемой рекламе условий предоставления кредита направлено на формирование у потенциального заемщика желания воспользоваться финансовой услугой - кредитованием, то существенной является не только информация, привлекательная для потребителя, но и информация, способная обмануть ожидания, сформированные у потребителей такой рекламой.

Рассматриваемая реклама не предоставляет лицу, имеющему намерение воспользоваться рекламируемыми финансовыми услугами, возможность объективной оценки стоимости кредитного продукта. Отсутствие в рекламе какой-либо существенной части информации о выдаче кредита приводит к искажению смысла рекламы и способствует введению в заблуждение потребителей, имеющих намерение воспользоваться рекламируемым видом финансовых услуг, а именно: получить кредитную карту с суммой до 500 000 рублей без процентов, как указано в рекламном предложении.

Указание в рекламе всех условий определяющих полную стоимость кредита (займа) является одной из гарантий соблюдения информационного права потребителей.

Таким образом, рассматриваемая рекламная информация не содержит всех условий, определяющих полную стоимость кредита (займа) для заемщика.

На основании изложенного, данная реклама, нарушает часть 1, 2, статьи 18 и часть 3 статьи 28 Закона о рекламе.

Ответственность за нарушение указанных статей, в соответствии с частью 6 и 7 статьи 38 Закона о рекламе, возложена на рекламодателя и на рекламораспространителя.

Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо (пункт 5 статьи 3 Закона о рекламе).

Рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму (пункт 6 статьи 3 Закона о рекламе).

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

В соответствии с частью 8 статьи 38 Закона о рекламе, рекламопроизводитель несет ответственность за нарушение требований, указанных в частях 6 и 7

настоящей статьи, в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

Исходя из материалов дела, «...» как владелец абонентского номера, с которого был совершен неправомерный звонок, выступил рекламодателем данной рекламы. Факт признания рекламодателем Ответчиком не оспаривается.

Также индивидуальный предприниматель выступил рекламопроизводителем данной рекламы, так как скрипт (текст) звонка был сформирован Агентом самостоятельно в соответствии с пунктом 4 оферты на размещение рекламы.

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

В силу пункта 54 Правил при добровольном устранении лицом (лицами) совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В этом случае основания нецелесообразности выдачи предписания излагаются в мотивировочной части решения по делу.

Комиссией принято решение предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе «...» не выдавать, так как индивидуальным предпринимателем представлены пояснения, из которых следует, что абонентский номер «...» удален из базы данных Агента (акт об уничтожении персональных данных № 03/2906), а Заявителем доказательства повторного получения рекламных звонков не представлено.

Административная ответственность за данное правонарушение предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях:

- нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем 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 статье 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.

В силу статьи 2.4 КоАП РФ административной ответственности подлежит должностное лицо в случае совершения им административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей. Лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, совершившие административные правонарушения, несут административную ответственность как должностные лица, если настоящим кодексом не установлено иное.

В действиях «...» содержатся признаки административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

На основании изложенного, УФАС по РБ в адрес «...» направлено уведомление о составлении протокола (от 12.12.2022 исх. № ЮД/13310/22). Назначена дата для дачи объяснений по факту нарушения, а также для подписания протокола об административном правонарушении – 29.12.2022 года.

19.12.2022 года от «...» поступило ходатайство (вх. № 19346-ЭП/22 электронная почта) о составлении протокола без её участия и направлении копии протокола, в том числе посредством электронной почты на адрес - «...». Аналогичное по смыслу и содержанию ходатайство также поступило по почте России (вх. № 20031/22 от 27.12.2022).

29.12.2022 года в соответствии с частью 4.1 статьи 28.2 КоАП РФ протокол № 002/04/14.3-2441/2022 об административном правонарушении составлен в отсутствие «...» извещенной в установленном порядке Поступившее ходатайство о составлении протокола в отсутствие индивидуального предпринимателя, удовлетворено.

Копия протокола для ознакомления и подписания направлена в адрес индивидуального предпринимателя. Рассмотрение дела назначено на 11.01.2023 года.

10.01.2023 года от «...» поступила подписанная копия протокола, а также ходатайство о рассмотрении дела без её участия (вх. № 153-ЭП/23 электронная почта).

11.01.2023 года в соответствии с пунктом 4 части 1 статьи 29.7 КоАП РФ дело рассмотрено в отсутствие «...» извещенной в установленном порядке. Поступившее ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие индивидуального предпринимателя, удовлетворено.

Событие административного правонарушения вменяемое «...» выражается в распространении ненадлежащей рекламы, поскольку в ней нарушены требования части 1, 2 статьи 18 и части 3 статьи 28 ФЗ «О рекламе».

Объектом рассматриваемого правонарушения являются отношения в области получения потребителем надлежащей рекламы, соответствующей требованиям законодательства о рекламе.

Субъект правонарушения – «...».

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

У индивидуального предпринимателя имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Доказательств, подтверждающих отсутствие у «...» реальной возможности предпринять все возможные меры, направленные на недопущение нарушения требований действующего законодательства, в материалы административного дела не представлено. Указанный материал также не содержит доказательств того, что совершение правонарушения было вызвано чрезвычайными, объективно непредотвратимыми обстоятельствами либо непреодолимыми препятствиями.

Таким образом, состав административного правонарушения имеется.

Место совершения административного правонарушения – Республика Башкортостан.

Время совершения административного правонарушения – 28.06.2022 года.

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

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

В силу части 2 статьи 4.1 КоАП РФ при назначении административного наказания физическому лицу учитываются характер совершенного им административного правонарушения, личность виновного, его имущественное положение, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

Обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность, не выявлено

В силу статьи 4.6 КоАП РФ лицо, которому назначено административное наказание за совершение административного правонарушения, считается подвергнутым данному наказанию со дня вступления в законную силу постановления о назначении административного наказания до истечения одного года со дня окончания исполнения данного постановления.



В информационной базе платформы «Дело» (ЕИАС-Дело) по состоянию на 11.01.2023 года сведения о привлечении индивидуального предпринимателя к административной ответственности за нарушения Закона о рекламе отсутствуют.

Руководствуясь статьями 2.1, 2.4, 4.1, 4.1.2, 4.2, 4.3, 4.6, 14.3, 23.48, 29.10 КоАП РФ,

### **ПОСТАНОВИЛ:**

Признать «...» виновной в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ и подвергнуть административному наказанию в виде **административного штрафа в размере четырех тысяч рублей (4 000 рублей)**.

**ВНИМАНИЕ!** платежный документ в **ОБЯЗАТЕЛЬНОМ ПОРЯДКЕ** должен содержать сведения о номере идентификатора начисления УИН, указанного в назначении платежа.

Реквизиты для перечисления штрафа:

«...»

Об уплате штрафа необходимо сообщить в Башкортостанское УФАС России, представив копию платежного документа на адрес электронной почты антимонопольного органа - [to02@fas.gov.ru](mailto:to02@fas.gov.ru).

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

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

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного штрафа.

В соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 30.1 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано лицами, указанными в статьях 25.1 - 25.5.1 КоАП РФ, вынесенное должностным лицом – в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в районный суд по месту рассмотрения дела.

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

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

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

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

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

«...»

«...»