

ИП <...>

**Заявитель: вх. № 17905-ЭП/22 от
28.11.2022**

РЕШЕНИЕ

по делу № 002/05/18-84/2023

15.03.2023 года

г. Уфа, ул. Пушкина, 95

Решение в полном объеме изготовлено «24» марта 2022 года

Комиссия Башкортостанского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:
ВРИО председателя Комиссии:

<...>;

Члены Комиссии:

<...>;

<...>;

рассмотрев дело № 002/05/18-84/2023 возбужденное по обращению физического лица в отношении ИП <...>, по факту распространения рекламы с признаками нарушения части 1, 2 статьи 18 и части 3 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе», Закон о рекламе),

в отсутствие лиц, участвующих в деле, надлежащим образом извещенных о дате и времени рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

28.11.2022 года в Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан (далее - УФАС по РБ, антимонопольная служба) посредством электронной почты, через ФАС России (ВХ044729) поступило обращение гражданина (вх. № 17905-ЭП/22 срок рассмотрения продлен), указывающее на признаки нарушения ФЗ «О рекламе».

В обращении Заявитель сообщил о неправомерном поступлении 25.11.2022 года в 12:25 на телефонный номер звонка от абонента +7(905) 141-44-03. К заявлению приложена аудиозапись телефонного звонка (call_12-25-45_OUT_, продолжительность – 00:44) 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 рублей без процентов. Вам перезвонит специалист Банка и ответит на все вопросы. Скажите да, если вам это интересно.

- Нет.

- Карта позволяет зарабатывать до 10 процентов годовых на остаток, а это как на хорошем банковском вкладе. Более того, еще два пункта, о которых вам подробнее расскажет специалист банка. Скажите, да, если готовы заказать карту прямо сейчас.

- Нет.

- Спасибо, мы вас больше не беспокоим.

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

В рамках рассмотрения поступившего обращения, антимонопольной службой установлено следующее.

Оператором связи (ООО «Скартел») подтвержден факт поступления звонка Заявителю в указанное время и дату от абонента +7(905) 141-44-03, а также принадлежность абонентского номера Заявителю (вх. № 163-ЭП/23 от 10.01.2023 электронная почта).

Согласно данным о принадлежности номеров к операторам связи, полученным из базы данных перенесенных абонентских номеров ФГУП «ЦНИИС» (<https://zniis.ru>), абонентский номер с которого совершен рассматриваемый звонок, принадлежит ПАО «ВымпелКом».

На запрос антимонопольного органа, ПАО «ВымпелКом» представлена информация, что абонентский номер +7(905) 141-44-03 принадлежит ИП <...> на основании Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 838281601 от 02.06.2022 года.

23.01.2023 года Башкортостанским УФАС России, в порядке части 2 статьи 36 Закона о рекламе возбуждено дело № 002/05/18-84/2023 по признакам нарушения требований ФЗ «О рекламе». К участию в деле привлечены:

• **Заявитель:**

- вх. № 17905-ЭП/22 от 28.11.2022.

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

- ИП <...>.

Рассмотрение дела назначено на 17.02.2023 года.

15.02.2023 года ИП <...> представлены письменные пояснения относительно рассматриваемых обстоятельств и сведения (документы и материалы) в рамках дела (вх. № 2363-ЭП/23 электронная почта).

17.02.2023 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-84/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе ИП <...> не присутствовала. Ранее поступившее ходатайство о рассмотрении дела без её участия (вх. № 2363-ЭП/23 от 15.02.2023 электронная почта) удовлетворено.

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 № 002/05/18-84/2023.
2. отложить рассмотрение дела на другую дату - 15.03.2023 года.

20.02.2023 года Заявителем представлены дополнительные пояснения (вх. № 2589-ЭП/23 электронная почта).

21.02.2023 года дополнительные материалы представлены ИП <...> (вх. № 2699-ЭП/23 электронная почта). Указанные сведения также поступили по почте России (вх. № 3137/23 от 28.02.2022).

15.03.2023 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-84/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе ИП <...> не присутствовала. Ходатайство индивидуального предпринимателя (вх. № 2699-ЭП/23 от 21.02.2023 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 ИП <...>

Исследовав материалы дела, Комиссия приходит к выводу, что реклама, распространенная путем телефонного звонка 25.11.2022 года в 12:25 на телефонный номер <...> от абонента +7(905) 141-44-03 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 рублей без процентов. Вам перезвонит специалист Банка и ответит на все вопросы. Скажите да, если вам это интересно.

- Нет.

- Карта позволяет зарабатывать до 10 процентов годовых на остаток, а это как на хорошем банковском вкладе. Более того, еще два пункта, о которых вам подробнее расскажет специалист банка. Скажите, да, если готовы заказать карту прямо сейчас.

- Нет.

- Спасибо, мы вас больше не беспокоим.

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 привлечение внимания потребителей к услугам и товарам, предоставляемым соответствующим рекламодателем (банк Совкомбанк) и осуществляемой им деятельности и способствует формированию интереса к реализуемым товарам и их продвижению 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... карта позволяет зарабатывать до 10 процентов годовых на остаток»*, что направлено на положительное выделение услуг организации и стимулирование потенциальных потребителей рекламы к обращению к данному хозяйствующему субъекту.
- 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Каждый рекламораспространитель обязан соблюдать требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной

связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

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

Согласие на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было не только однозначно идентифицировать такого абонента, но и подтвердить волеизъявление данного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно, во-первых, относиться к конкретному рекламодателю либо рекламодателю, во-вторых – должно быть выражено явно.

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 № 58 «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 +7(905) 141-44-03.

Факт поступления указанного звонка Заявителю, а также принадлежность телефонного номера +7(905) 141-44-03 ИП <...> 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 (ИП) 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 совершённых 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 Оффере 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 ИП <...>, 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, «...ИП <...> 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 ИП <...> 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;
- 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 Рекламораспространителя 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 Рекламораспространителя имеются лог-файлы, регистрирующие все запросы к Сайту.

После исследования лог-файла Рекламораспространителем было установлено, что 25.11.2022 в 10:24:48 по московскому времени в форму на Сайте были введены следующие данные: «<...>», осуществлен «клик» (нажатие) на кнопку «Получить карту», а также введен четырехзначный код подтверждения «4403». Поступление данных <...> Рекламораспространителю само по себе свидетельствует об осуществлении им последовательности действий, описанных в пункте 3 настоящих Письменных пояснений.

Таким образом, Рекламораспространитель получил информацию об акцепте Заявителем 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 Рекламораспространителя к гражданину с уточняющим вопросом о необходимости Заявителю 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 Рекламораспространитель 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 <...>, 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, Заявителю выразил согласие на обработку Рекламораспространителем персональных данных с целью предоставления Пользователю Сайта информации о Карте, а также поскольку Заявителем 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 ИП <...> 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.

Из пояснений Заявителя, следует, что им процедура регистрации на сайте <https://bestcard.icu> не производилась, запросов каких бы-то не было банковских карт рассрочки не исходило.

Комиссией Башкортостанского УФАС России также произведен осмотр сайта <https://bestcard.icu> (осмотр от 17.02.2023 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-бокса № 3 (согласие на получение рекламной рассылки) не нашла подтверждения. Установлено, что для завершения процедуры регистрации необходимо выразить согласие на получение рекламной рассылки. Об этом, в том числе свидетельствует ролик, размещенный на сайте, в котором в формате видео описывается процедура регистрация, для завершения которой необходимо выразить согласие на получение рекламной рассылки (информация с видеоролика - ...и последнее поле данной формы – согласие на получение рекламной рассылки. Пожалуйста ознакомьтесь с текстом согласия, поставьте галочку в это поле. Если это согласие не будет предоставлено, мы не сможем связаться с вами для подтверждения вашей заявки...).

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 из содержания спорного звонка, 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). При осуществлении звонка с абонентом не велся диалог. Заявителю не могли быть даны ответы на возможные вопросы, отсутствовала как таковая реакция на поведение абонента.

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.

ИП <...> 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. Позиция по нарушению указанной нормы, индивидуальным предпринимателем также не выражена, какие-либо пояснения не представлены.

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).

Рекламораспространитель - 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, ИП <...> как владелец абонентского номера, с которого был совершен неправомерный звонок, выступил рекламораспространителем данной рекламы. Факт признания рекламораспространителем Ответчиком не оспаривается.

Также индивидуальный предприниматель выступил рекламопроизводителем данной рекламы, так как скрипт (текст) звонка был сформирован Агентом самостоятельно в соответствии с пунктом 4 оффера 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 ИП <...> не выдавать, так как индивидуальным предпринимателем представлены пояснения, из которых следует, что абонентский номер удален из базы данных Агента (акт об уничтожении персональных данных № 04/2811), а Заявителем доказательства повторного получения рекламных звонков (после обращения в антимонопольный орган) не представлено.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 42-48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ИП рекламораспространителем и рекламопроизводителем рекламы.

2. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную путем телефонного звонка 25.11.2022 года в 12:25 на телефонный номер <...> от абонента +7(905) 141-44-03, поскольку в ней нарушены требования части 1, 2 статьи 18 и части 3 статьи 28 Федерального закона «О рекламе».

3. В соответствии с пунктом 54 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

Федерации о рекламе, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать.

4. Передать материалы для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ИП <...>

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

ВРИО председателя Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>