

РЕШЕНИЕ

по делу № 055/05/18-587/2021

29 июня 2021 года
город Омск

Комиссия Омского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее также – Комиссия) в составе:

председатель Комиссии – (...)

члены Комиссии: (...)

рассмотрев дело № 055/05/18-587/2021 по признакам нарушения (...) требований, предусмотренных частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие заявителя (...), лица, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (...), извещенных надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России (...) направлено обращение по факту получения им 26.03.2021 в 11:16 часов на его абонентский номер +7(...) телефонного звонка от абонента +7(...).

Заявителем приложена аудиозапись телефонного звонка следующего содержания:

«- Уделите мне минутку?

- А чем занимаетесь, что вы хотите?

- Мы предлагаем услуги по ремонту, отделке, строительству по низким ценам, бесплатный вызов мастера на замеры и консультации по ремонту. Что-нибудь планировали?

- Нет, ничего...не планировал. Почему вы названиваете? Откуда номер взяли?

- Я вам первый раз звоню. Почему я названиваю? Я вас чем-то обидела? Я предложила услуги. Нет, значит нет. Всего доброго.

- До свидания».

По мнению заявителя, указанная информация является рекламой, при этом распространена без его предварительного согласия на ее получение.

В силу части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», согласно которой 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.

ООО «Тинькофф мобайл» указало, что абонентский номер +7(...) выделен в пользование физическому лицу – (...) по договору оказания услуг связи от 09.03.2021.

Оператор связи заявителя (...) подтвердил наличие входящего телефонного звонка на абонентский номер +7(...) от абонента +7(...).

Определением от 03.06.2021 в отношении (...) возбуждено дело № 055/05/18-587/2021 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В ответ на определение о возбуждении дела (...) направлены пояснения от 17.06.2021, согласно которым: (...)

При этом (...) не оспаривается факт осуществления телефонного звонка с выделенного ей абонентского номера +7(...) на абонентский номер заявителя в указанные время и дату.

При рассмотрении дела Комиссией установлено следующее.

В соответствии с пунктом 1 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.

Объектом рекламирования является 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 (пункт 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (пункт 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Цель рекламы состоит в том, чтобы проинформировать потребителей о работах и услугах, а также показать отличительные свойства товаров (услуг) с целью привлечения внимания потребителей.

Согласно п. 2 Постановление ВАС РФ № 58 от 8 октября 2012 г. при анализе информации на предмет наличия в ней признаков рекламы судам необходимо

учитывать, что размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителя ассоциацию с определенным товаром, имеющее своей целью привлечение внимания к объекту рекламирования, должно рассматриваться как реклама этого товара.

Таким образом, при квалификация информации как рекламы либо иного рода информации необходимо учитывать совокупность направленности и содержания сути сведений, приведенных в такой информации.

Комиссией установлено, что обозначенная информация полностью соответствует законодательному определению понятия «реклама», направленная на привлечение внимания неопределенного круга лиц к услугам по *ремонт, отделке, строительству по низким ценам*, способствует поддержанию интереса к указанным объектам (услугам) рекламирования и продвижению их на рынке.

При этом, исходя из смысла переданной информации, основной целью звонка является привлечение внимания потребителей (заявителя) к предоставлению услуг и продвижения их на рынке.

Таким образом, спорное информационное объявление является рекламным и полностью подпадает под действие Федерального закона «О рекламе».

Также, по мнению Комиссии в данном случае присутствуют все признаки осуществляемой предпринимательской деятельности.

Довод (...) о том, что рассматриваемая информация является частным объявлением физического лица, не осуществляющего предпринимательскую деятельность, на которое требования Федерального закона «О рекламе» не распространяется, Комиссия отклоняет в силу следующего.

В силу пункта 6 части 2 статьи 2 Федерального закона «О рекламе» настоящий Федеральный закон не распространяется на объявления физических лиц или юридических лиц, не связанные с осуществлением предпринимательской деятельности.

В соответствии со статьей 2 Гражданского кодекса Российской Федерации предпринимательской деятельностью является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, должны быть зарегистрированы в этом качестве в установленном законом порядке, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом.

Исходя из содержания текста разговора, в спорной рекламе содержится слова «услуги по ремонту», «строительство по низким ценам», что безусловно предполагает вознаграждение за предоставление соответствующих действий, направленных на услуги по ремонту.

Таким образом, можно сделать вывод о деятельности, направленной на систематическое получение прибыли, что является признаком предпринимательской деятельности. Отсутствие регистрации (...) в качестве индивидуального предпринимателя в Федеральной налоговой службе не свидетельствует о том, что она не может рекламировать услуги, т.е. являться субъектом рекламных правоотношений – рекламодателем.

Кроме того, осуществление субъектом какой-либо деятельности, направленной на получение дохода, без соответствующей регистрации не делает данную деятельность заведомо не попадающей под понятие предпринимательской, а лишь свидетельствует о незаконности осуществления такой предпринимательской деятельности.

Однако, данный вопрос не входит в компетенцию Федеральной антимонопольной службы и не может рассматриваться в рамках данного дела.

Исходя из вышеизложенного, очевиден факт рекламного характера спорного информационного сообщения, а также полного распространения на него законодательства Российской Федерации о рекламе.

Также, по мнению Комиссии, стоит учитывать специфику распространения рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, которая допускается только с предварительного согласия абонента или адресата на получении информации.

Таким образом, информация *«Мы предлагаем услуги по ремонту, отделке, строительству по низким ценам, бесплатный вызов мастера на замеры и консультации по ремонту»* является рекламой, соответственно, на нее распространяются требования Федерального закона «О рекламе».

В пункте 26 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указано согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Согласие абонента +7(...) на получение рекламы получено не было.

(...) является рекламораспространителем, т.е. лицом, осуществляющим распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

В соответствии с частью 6 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Нарушение физическими или юридическими лицами законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с гражданским законодательством (часть 1 статьи 38 Федерального закона «О рекламе»).

Рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к выводу о нарушении (...) требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы по сетям электросвязи на абонентский номер +7(...).

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы, в целях обеспечения реализации права потребителя на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства о рекламе.

В силу пункта 1 части 2 статьи 33 Федерального закона «О рекламе»

антимонопольный орган вправе выдавать рекламоделателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства о рекламе, 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 Федерального закона «О рекламе».

Учитывая отсутствие в настоящее время фактов повторного осуществления (...) телефонных звонков с абонентского номера +7(...) на абонентский номер +7(...), Комиссией принято решение об отсутствии необходимости в выдаче предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Руководствуясь статьями 33, 36 Федерального закона «О рекламе», в соответствии с пунктами 42-55 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать нарушившими требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» действия (...), выразившиеся в распространении рекламы с абонентского номера +7(...) на абонентский номер +7(...) без предварительного согласия на ее получение.
2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (...) не выдавать.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 02.07.2021.

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