

РЕШЕНИЕ

по делу № 043/05/18-739/2020

г. Киров

Резолютивная часть решения оглашена 10 сентября 2020 года

В полном объеме решение изготовлено 15 сентября 2020 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

Председателя Комиссии: <...> – руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области;

Членов Комиссии: <...> – главного специалиста – эксперта отдела финансовых рынков и рекламы Кировского УФАС России, <...> – специалиста 1 разряда отдела финансовых рынков и рекламы Кировского УФАС России,

рассмотрев материалы дела № 043/05/18-739/2020, возбужденного по признакам нарушения ИП <...> частей 1, 2 статьи 18, части 1 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»), по факту распространения ИП <...> в 10:52 18.06.2020 рекламной информации о приобретении недвижимого имущества с использованием телефонной связи с номера +7965<...> на абонентский номер +7916<...> без предварительного согласия абонента посредством автоматического дозвонивания,

УСТАНОВИЛА:

в Кировское УФАС России поступило обращение физического лица от 23.06.2020 (вх. № 4290 от 23.06.2020) по вопросу получения 18.06.2020 в 10:52 на номер мобильного телефона +7916<...> рекламы, следующего содержания: *«Здравствуйтесь, хотим предложить вам квартиры комфорт-класса в городе Мытищи. Цены начинаются от 2 млн 200 тыс. рублей. Развитая инфраструктура, возможность свободной планировки. Десять километров от МКАД. Ипотека от 4%. Интересно? Нажмите 1. Не интересно - нажмите 2»* с номера +7965<...> в отсутствие согласия на ее получение посредством автоматического дозвонивания.

По факту распространения вышеназванной рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента посредством автоматического дозвонивания определением от 12.08.2020 было возбуждено дело № 043/05/18-

739/2020 в отношении ИП <...> по признакам нарушения частей 1, 2 статьи 18, части 1 статьи 28 Федерального закона «О рекламе». Рассмотрение дела № 043/05/18-739/2020 назначено на 10.09.2020.

Заявитель – физическое лицо, извещенный о дате, времени и месте рассмотрения дела, на рассмотрение дела № 043/05/18-739/2020 не явился, представителя не направил, ходатайств не заявлял.

Ответчик – ИП <...>, извещенный о дате, времени и месте рассмотрения дела, надлежащим образом на рассмотрение дела № 043/05/18-739/2020 не явился, представителя не направил, ходатайств не заявлял, запрошенные документы представил не в полном объеме.

Согласно представленным пояснениям от 22.08.2020 (вх. № 5953 от 24.08.2020) ответчик поддержал заявленную ранее в письме от 09.08.2020 (вх. № 5623 от 10.09.2020) позицию.

В соответствии с ответом на запрос от 09.08.2020 (вх. № 5623 от 10.09.2020) ИП <...> факт нарушения частей 1, 2 статьи 18, части 1 статьи 28 Федерального закона «О рекламе» не признает, обосновывает свою позицию тем, что стенограмма звонка, поступившего с номера +7965<...> на абонентский номер +7916<...> 18.06.2020 в 10:52, отсутствует в материалах дела, достоверно установить содержание данного звонка и факт наличия/отсутствия согласия абонента на получение рекламной информации по сетям электросвязи с помощью телефонной связи не представляется возможным.

Также ответчик считает, что целью совершения телефонного звонка с номера +7965<...> на абонентский номер +7916<...> 18.06.2020 в 10:52 с вышеуказанным содержанием является получение статистических данных, которые не являются рекламой.

Комиссия Кировского УФАС России, рассмотрев материалы дела, пришла к следующим выводам.

При рассмотрении заявления физического лица от 23.06.2020 (вх. № 4290 от 23.06.2020) установлено, что 18.06.2020 в 10:52 на абонентский номер заявителя +7916<...> поступил телефонный звонок посредством автоматического дозвонивания с рекламной информацией о приобретении недвижимого имущества в отсутствие согласия на ее получение.

Заявителем в антимонопольный орган были представлены следующие документы и сведения:

- согласие на обработку персональных данных, что дает Кировскому УФАС России правовые основания для получения необходимой информации от оператора мобильной связи заявителя;

- запись поступившего телефонного звонка, подтверждающая поступление нежелательной рекламной информации на абонентский номер +7916<...> с номера +7965<...>, следующего содержания: *«Здравствуйте, хотим предложить вам квартиры комфорт-класса в городе Мытищи. Цены начинаются от 2 млн 200 тыс. рублей. Развитая инфраструктура, возможность свободной планировки. Десять*

километров от МКАД, Ипотека от 4%. Интересно? Нажмите 1. Не интересно - нажмите 2» (длительность записанного телефонного звонка 0:24 сек.);

- детализация входящих телефонных звонков абонента с номером +7916<...> за 18.06.2020, подтверждающая поступление звонка 18.06.2020 в 10:52:19 с номера +7965<...>.

Факт поступления звонка с рекламной информацией с вышеуказанным содержанием с номера +796<...> на абонентский номер +7916<...> также подтверждается представленной оператором связи ПАО «МТС» в письме исх. № П 03/000172и от 06.07.2020 детализацией соединений между номерами +7916<...> и +7965<...> 18.06.2020 в 10:52:19. Кроме того, оператором связи в подтверждение принадлежности абонентского номера +7916<...> заявителю был представлен скриншот карточки абонента автоматизированной системы расчетов ПАО «МТС».

Таким образом, при возбуждении дела № 043/05/18-739/2020 Кировским УФАС России была учтена специфика надлежащих доказательств при выявлении нарушения частей 1, 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

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

Согласно пункту 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», объект рекламирования – это 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.

Под неопределенным кругом лиц применительно к Федеральному закону «О рекламе» следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования (неперсонифицированный характер).

Согласно пункту 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», объект рекламирования – это 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.

В соответствии с пунктом 3 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.

Как указано в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 04.03.1997 N 4-П, реклама рассматривается законодателем как средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации.

Согласно Международному кодексу рекламной практики, принятому Международной торговой палатой в 1937 г., под потребителем рекламы понимается любое лицо, которому адресована реклама или которого она может достичь, вне зависимости от того, является ли он конечным потребителем, торгующим субъектом или пользователем.

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

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

Аудиозапись информации, поступившей на номер телефона абонента +7916<...> и приложенная к заявлению от 23.06.2020 (вх. № 4290 от 23.06.2020), следующего содержания: *«Здравствуйтесь, хотим предложить вам квартиры комфорт-класса в городе Мытищи. Цены начинаются от 2 млн 200 тыс. рублей. Развитая инфраструктура, возможность свободной планировки. Десять километров от МКАД. Ипотека от 4%. Интересно? Нажмите 1. Не интересно - нажмите 2»* содержит все юридически значимые признаки рекламы:

- распространена по сетям электросвязи, а именно по телефонной связи посредством автоматического дозвонивания (в ходе осуществления звонка абоненту использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека) на номер телефона +7916<...>;

- адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из содержания вышеуказанной аудиозаписи не ясно, для кого именно создано данное сообщение (предложение) и на восприятие кого данное сообщение направлено (неперсонифицированный характер звонка);

- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования: продаваемому недвижимому имуществу, формированию интереса к нему и его продвижению на рынке при помощи указания привлекательных условий («квартиры комфорт-класса» «развитая инфраструктура, возможность свободной планировки», «десять километров от МКАД», «Ипотека от 4%»).

Таким образом, вышеуказанная информация содержит все признаки рекламы, перечисленные в пункте 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» и, следовательно, является рекламой.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Федеральным законом «О рекламе».

Согласно части 1 статьи 5 Федерального закона «О рекламе», реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

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

Согласно пункту 35 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ «О связи» под электросвязью понимаются любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее: «Согласно части 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом 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 Федеральный закон «О рекламе» не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. 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».

Таким образом, обязанность доказывания наличия предварительного согласия абонента на получение рекламы возложено на рекламораспространителя – ИП <...>.

Согласно информации, представленной в заявлении физического лица от 23.06.2020 (вх. № 4290 от 23.06.2020), абонент своего согласия на получение вышеуказанной рекламы с номера +7965<...> на номер +7916<...> не давал.

В ходе рассмотрения дела № 043/05/18-739/2020 запросом от 10.07.2020 № 3904/04, а также определением от 12.08.2020 № 4562/04 у ответчика запрашивались документы и сведения, необходимые для полного и всестороннего рассмотрения дела, в том числе запрашивались документы, подтверждающие наличие у ИП <...> согласия владельца абонентского номера +7916<...> на получение вышеуказанной рекламы с номера +7965<...>. В материалах дела не имеется документальных подтверждений, свидетельствующих о наличии у ответчика согласия абонента на

получение рекламы о приобретении недвижимого имущества с использованием телефонной связи с номера +7965<...>.

Таким образом, распространение вышеуказанной рекламной информации содержит признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», поскольку нарушает однозначный запрет на распространение рекламы по сетям электросвязи при отсутствии согласия абонента.

В соответствии с частью 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Из содержания записи телефонного разговора, произведенной 18.06.2020 в 10:52 между номерами +7916<...> и +7965<...> и предоставленной абонентом в заявлении от 23.06.2020 (вх. № 4290 от 23.06.2020) следует, что в ходе осуществления данного звонка абоненту использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозвонивание), поскольку предоставленный аудиофайл содержит заранее записанный аудиофрагмент, представляющий собой последовательность речи человека.

Данный вывод подтверждается тем, что после воспроизведения рекламной информации следует предложение нажать на нужную цифру для соединения с оператором или разъединения телефонного разговора («Интересно? Нажмите 1. Не интересно - нажмите 2»).

Таким образом, спорная реклама содержит признаки нарушения части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», так как распространяется посредством автоматического дозвонивания.

В рекламе: *«Здравствуйте, хотим предложить вам квартиры комфорт-класса в городе Мытищи. Цены начинаются от 2 млн 200 тыс. рублей. Развитая инфраструктура, возможность свободной планировки. Десять километров от МКАД. Ипотека от 4%. Интересно? Нажмите 1. Не интересно - нажмите 2»*, в том числе предлагается приобрести недвижимое имущество под ипотеку 4%.

Согласно части 1 статьи 28 Федерального закона «О рекламе» реклама банковских, страховых и иных финансовых услуг и финансовой деятельности должна содержать наименование или имя лица, оказывающего эти услуги или осуществляющего данную деятельность (для юридического лица - наименование, для индивидуального предпринимателя - фамилию, имя и (если имеется) отчество).

Согласно пункту 2 статьи 4 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Федеральный закон «О защите конкуренции») финансовая услуга - банковская услуга, страховая услуга, услуга на рынке ценных бумаг, услуга по договору лизинга, а также услуга, оказываемая финансовой организацией и связанная с привлечением и (или) размещением денежных средств юридических и физических лиц.

Согласно Федеральному закону «О защите конкуренции» под финансовую услугу подпадают конкретные услуги, прямо указанные в данном определении, а также

иные услуги, связанные с привлечением, размещением денежных средств, но только в случае, если они оказываются финансовой организацией. При этом перечень финансовых организаций содержится в пункте 6 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции». Данный перечень является закрытым.

Учитывая приоритет норм Федерального закона «О рекламе», перед нормами Федерального закона «О защите конкуренции», применительно к оценке рекламы, из анализа положений статьи 28 Федерального закона «О рекламе» следует, что под финансовой услугой понимаются не только услуги, прямо указанные в Федеральном законе «О защите конкуренции», но также и другие услуги, связанные с привлечением денежных средств иных лиц.

При этом основным содержательным признаком отнесения той или иной услуги к финансовой, указанным в пункте 2 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции», является существо осуществляемой деятельности – то есть привлечение или размещение денежных средств физических и юридических лиц, либо одновременное привлечение и размещение таких денежных средств.

Понятие финансовой услуги для целей Федерального закона «О рекламе» включает не только услуги, прямо указанные в Федеральном законе «О защите конкуренции», но также и другие услуги, связанные с привлечением либо предоставлением денежных средств.

Согласно части 1 статьи 819 Гражданского кодекса Российской Федерации от 26.01.1996 N 14-ФЗ (далее – ГК РФ) по кредитному договору банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуются предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты за пользование ею, а также предусмотренные кредитным договором иные платежи, в том числе связанные с предоставлением кредита.

В соответствии с пунктом 1 статьи 1 Федерального закона от 16.07.1998 N 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» по договору о залоге недвижимого имущества (договору об ипотеке) одна сторона - залогодержатель, являющийся кредитором по обязательству, обеспеченному ипотекой, имеет право получить удовлетворение своих денежных требований к должнику по этому обязательству из стоимости заложенного недвижимого имущества другой стороны - залогодателя преимущественно перед другими кредиторами залогодателя, за изъятиями, установленными федеральным законом.

Следовательно, ипотека представляет собой способ обеспечения обязательств – уплату залогодержателю основной суммы долга по кредитному договору или иному обеспечиваемому ипотекой обязательству полностью либо в части, предусмотренной договором об ипотеке.

Из смысла вышеуказанной рекламы следует, что под ипотекой в рассматриваемом случае следует понимать ипотечный жилищный кредит – кредит или, предоставляемый банком (кредитной организацией) физическому лицу (гражданину) для приобретения жилья под залог приобретаемого жилья в качестве обеспечения обязательств.

Таким образом, целью рассматриваемой рекламы является не только

формирование и поддержания интереса потребителей лишь к объекту рекламирования – квартирам комфорт-класса, но и привлечение внимания потенциальных заемщиков к получению ипотечного кредита.

Таким образом, рассматриваемая реклама также является рекламой финансовой услуги – кредита (ипотечного кредита).

Указание соответствующего наименования организации, предоставляющей финансовые услуги, является одной из гарантий соблюдения информационного права потребителей.

Комиссия, исследовав материалы дела, оценив рекламную информацию, пришла к выводу, что она не содержит информации о наименовании юридического лица, оказывающего финансовую услугу – предоставление ипотеки (ипотечное кредитование), что противоречит части 1 статьи 28 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частью 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований законодательства РФ о рекламе по части 1 статьи 28 Федерального закона «О рекламе» несет рекламодаделец.

Согласно пункту 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламодаделец – изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований законодательства РФ о рекламе по части 1 статьи 18, части 2 статьи 18, части 1 статьи 28 Федерального закона «О рекламе» несет рекламодатель.

Согласно пункту 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно информации, представленной ПАО «ВымпелКом» (исх. от 07.07.2020), абонентский номер +7965<...>, с которого был совершен указанный звонок, выделен абоненту ИП <...> (ИНН: <...>).

Исходя из способа распространения рекламы, а также имеющимся в деле материалам, Комиссия Кировского УФАС России приходит к выводу, что рекламодателем и рекламодателем спорной рекламы, исходя из понятий, установленных статьей 3 Федерального закона «О рекламе», является ИП <...> (ИНН: <...>, ОГРНИП: <...>), который несет ответственность за нарушение требований частей 1, 2 статьи 18, части 1 статьи 28 Федерального закона «О рекламе».

Порядок выдачи антимонопольным органом предписаний о прекращении нарушения требований законодательства Российской Федерации о рекламе установлен Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 (далее – Правила).

Согласно пункту 44 Правил при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу, обязанному устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Поскольку в материалах дела не имеется документальных подтверждений добровольного устранения нарушений рекламного законодательства, Комиссия Кировского УФАС России решила выдать ИП <...> предписание об устранении нарушения рекламного законодательства.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе 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.

Комиссия считает необходимым передать материалы уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении ИП <...> (ИНН: <...>, ОГРНИП: <...>).

Руководствуясь статьями 1, 3, 21 и 38 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 - ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37 – 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, Комиссия Кировского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, следующего содержания: *«Здравствуйте, хотим предложить вам квартиры комфорт-класса в городе Мытищи. Цены начинаются от 2 млн 200 тыс. рублей. Развитая инфраструктура, возможность свободной планировки. Десять километров от МКАД. Ипотека от 4%. Интересно? Нажмите 1. Не интересно - нажмите 2»*, распространявшуюся по сетям электросвязи, а именно по телефонной связи посредством автоматического дозвонивания в 10:52 18.06.2020 с номера +7965<...> на абонентский номер +7916<...> без предварительного согласия абонента; а также без указания наименования юридического лица, оказывающего финансовую услугу, поскольку она противоречит требованиям частей 1, 2 статьи 18, части 1 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 - ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ИП <...> (ИНН: <...>, ОГРНИП: <...>) предписание об устранении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы уполномоченному должностному лицу Кировского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении ИП <...> (ИНН: <...>, ОГРНИП: <...>).

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в суд общей юрисдикции в порядке, предусмотренном ст. 219 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации.

Председатель Комиссии

Члены Комиссии