

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания по делу

об административном правонарушении № 003/04/14.3-60/2022

«21» февраля 20122 года

г. Улан-Удэ

Я, руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Бурятия (далее - Бурятское УФАС России) <...>, рассмотрев дело об административном правонарушении № 003/04/14.3-60/2022, возбужденное в отношении ООО «Юнисофт» (ОГРН: 1206700017721; юридический адрес: 214020, г. Смоленск, ул. Попова, 5 пом. 208),

21.02.2022 в помещении Бурятского УФАС России, по адресу: Республика Бурятия, г. Улан-Удэ, ул. Ленина, 55, кабинет № 106,

в отсутствие сторон, извещена в установленном порядке

УСТАНОВИЛ:

В Бурятское УФАС России через ФАС России поступило обращение К. на предмет выявления признаков нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) в части распространения рекламы без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

29.11.2021 в отношении ООО «Юнисофт» (ОГРН 1206700017721) возбуждено дело № 003/05/18-1158/2021 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, по результатам рассмотрения которого Комиссия Бурятского УФАС России, установила следующее.

04.09.2021 на принадлежащий К. номер мобильного телефона +7926... поступил звонок следующего содержания: *«Бесплатное обследование глаз. Наши врачи проведут комплексную диагностику, по результатам которой максимально точно определим и спланируем предстоящее лечение. Обследование проводится на высококачественном оборудовании немецкого и американского производства. Имеются противопоказания. Необходима консультация специалиста».*

Звонок поступил с номера +79174803434; на получение рекламы К. согласия не давал.

ПАО «Мегафон» подтверждено, что номер телефона +7926... выделен К. на основании договора на оказание услуг связи от 28.11.2006; также подтвержден факт телефонного соединения 04.09.2021 в 13 час. 48 мин. с абонентского номера +79174803434 на абонентский номер +7926.... Согласно информации ПАО «Мобильные ТелеСистемы» абонентский номер +79174803434 принадлежит ООО «Юнисофт» с 04.06.2021 на основании договора об оказании услуг связи.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе рекламой является 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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - 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.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер телефонного звонка.

Под неопределенным кругом лиц следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В случае направления посредством телефонного звонка информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение (упоминание имени и отчества абонента), представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

Из содержания телефонного разговора установлено, что объектом рекламирования является комплексная диагностика заболеваний глаз, а целью рекламы являлось привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке и к оказываемым рекламодателем услугам.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе рекламой является 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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - 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.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер телефонного звонка.

Под неопределенным кругом лиц следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее

адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В случае направления посредством телефонного звонка информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение (упоминание имени и отчества абонента), представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Таким образом, содержание телефонного звонка, поступившего К., соответствует понятию рекламы.

В соответствии с частью 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 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.

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.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Согласно поступившему заявлению физического лица согласие на получение рекламы он не давал, а доказательств обратного в материалах дела об административном правонарушении отсутствуют.

Согласно части 1 статьи 18 Закона о рекламе недопустимо осуществление телефонных звонков в целях привлечения внимания к объекту рекламирования.

Следует отметить, что согласно пункту 2 Правил оказания услуг телефонной связи, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 09.12.2014 № 1342, под телефонным соединением понимается установленное в результате вызова взаимодействие между средствами связи, позволяющее абоненту и (или) пользователю услуг телефонной связи передавать и (или) принимать голосовую и (или) не голосовую информацию.

Соответственно, в случае, когда взаимодействие инициируется рекламодателем, моментом начала распространения посредством телефонного звонка рекламной информации является момент поступления телефонного звонка на телефонный номер абонента, а не момент непосредственного оглашения рекламной информации абоненту.

Обязанность рекламодателя предварительно получить согласие абонента на получение рекламы предполагает совершение им действий, направленных на получение согласия абонента, до начала распространения рекламы по сетям электросвязи, т.е. в случае с распространением рекламы посредством телефонного звонка до поступления телефонного звонка на телефонный номер абонента.

Распространение рекламной информации посредством сетей электросвязи (телефонного звонка) предполагает предварительное определение рекламодателем перечня абонентов, которым должен быть совершен телефонный звонок.

При этом, исходя из части 1 статьи 18 Закона о рекламе согласие на получение рекламы должно быть получено именно от абонента телефонного номера.

В рассматриваемом случае рекламодатель не имел предварительного согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение рекламы на телефонный номер +79262396670 посредством телефонного звонка является нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

За совершение описанного правонарушения предусмотрена административная ответственность в соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ 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.

07.02.2022 в отношении ООО «Юнисофт» составлен протокол об административном

правонарушении.

По результатам рассмотрения дела об административном правонарушении установлено, что событие административного правонарушения имело место, состав административного правонарушения образуют:

Объектом правонарушения выступают охраняемые правом общественные отношения, связанные с запретом на распространение рекламы информационной продукции, подлежащей классификации в соответствии с требованиями Федерального закона от 29.12.2010 № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию», без указания категории данной информационной продукции.

Объективная сторона правонарушения выражена в распространении рекламы по сетям электросвязи в отсутствие согласия абонента.

Место совершения административного правонарушения: 214020, г. Смоленск, ул. Попова, 5 пом. 208 - юридический адрес ООО «Юнисофт».

Время совершения административного правонарушения: 04.09.2021.

Субъективная сторона правонарушения - правонарушение совершено по неосторожности, юридическое лицо не предвидело возможности наступления таких последствий, хотя должно было и могло их предвидеть при проявлении должной осмотрительности.

Субъектом правонарушения является - ООО «Юнисофт».

В соответствии с частью 2 статьи 2.1 КоАП РФ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению. У ООО «Юнисофт» имелась возможность для соблюдения требований действующего законодательства в сфере закупок, но Обществом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Основания для признания правонарушения малозначительным в соответствии со статьей 2.9 КоАП РФ отсутствуют, поскольку в данном случае имеет место нарушение, допущенное в отношении конкретного абонента.

В силу пункта 1 части 1 статьи 3.2 КоАП за совершение административных правонарушений могут устанавливаться и применяться административные наказания, в частности, предупреждение.

Предупреждение - мера административного наказания, выраженная в официальном порицании физического или юридического лица.

Согласно части 1 статьи 4.1.1 КоАП являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, и юридическим лицам, а также их работникам за впервые совершенное административное правонарушение, выявленное в ходе осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля, в случаях, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей раздела II настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных частью 2 статьи 3.4 настоящего Кодекса, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 настоящей статьи.

Предупреждение устанавливается за впервые совершенные административные правонарушения при отсутствии причинения вреда или возникновения угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также при отсутствии имущественного ущерба (часть 2 статьи 3.4 КоАП).

В соответствии с единым реестром субъектов малого и среднего предпринимательства, опубликованным на официальном сайте ФНС России, ООО «Юнисофт» является микропредприятием.

Административное правонарушение совершено ООО «Юнисофт» впервые, отсутствуют причинения вреда или угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей; объектам животного и растительного мира; окружающей среде; объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации; безопасности государства; угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также отсутствие имущественного ущерба.

Обстоятельством, смягчающим административную ответственность, является совершение административного правонарушения впервые.

Обстоятельства, отягчающие административную ответственность, не установлены.

На основании изложенного и, руководствуясь статьями 2.1, 4.1, 4.1.1, 14.3, 23.48, 24.5, 29.7, 29.9, 29.10, 29.11 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛА:

1. Признать ООО «Юнисофт» виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации.

2. Назначить ООО «Юнисофт» административное наказание в виде предупреждения.

В соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в районный суд по месту рассмотрения дела в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления; юридические лица и лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица вправе обжаловать постановление в арбитражный суд в соответствии с арбитражным процессуальным законодательством в указанный срок.

Согласно статье 31.1 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении вступает в законную силу после истечения срока, установленного для обжалования постановления по делу об административном правонарушении, если указанное постановление не было обжаловано или опротестовано.