

ПРОТОКОЛ № 012/04/14.3-95/2021

об административном правонарушении

«10» февраля 2021 года

г. Йошкар-Ола

Протокол составлен главным специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов <...> в соответствии со статьей 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО «Фирма Поликон» (<...>) по факту нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), выразившегося в распространении ООО «Фирма Поликон» рекламы пищевых добавок, поступившей на адрес электронной почты Марийского УФАС России: to12@fas.gov.ru.

Ответственность за данное правонарушение предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

Место совершения административного правонарушения: Республика Марий Эл, город Йошкар-Ола.

Время совершения административного правонарушения: 13.11.2020 - дата поступления на адрес электронной почты Марийского УФАС России: to12@fas.gov.ru сообщения без согласия получателя г. Йошкар-Ола.

13.11.2020 на адрес электронной почты Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России): to12@fas.gov.ru поступило письмо ООО «Фирма Поликон», содержащее информацию рекламного характера следующего содержания:

«пищевая добавка E-461 - метилцеллюлоза МС

пищевая добавка E-464 -гидроксипропилметилцеллюлоза ГМПЦ НРМС),

Продукты разной вязкости

Упаковка мешки 25 кг нетто. Поставка от 5 кг.

Поставщик Германия.

МС – растворима в холодной воде, при нагревании дает гель.

Загущает , делает более вязкими жидкие продукты.

Применяется также в фаршах для колбас, пельменей, сосисок .

В пельменях придает целостность и плотность фаршу при варке ,

в сосисках придает упругость при варке ,

в вареных колбасах и сосисках позволяет заменить часть более дорогого сырья..

добавка E-462 этилцеллюлоза N-100 , K-100 по 2700 руб/кг , мешки по 20 кг .

Поставка от 5 кг мин. с отгрузкой через 1-5 рабочих дней после оплаты.

В пищевой промышленности: для загущения и пр., в частности в шоколаде « тает во рту, а не в руках» .) ,

Применяется для изготовления капсул для БАДов.

Убедительная просьба в любом случае ответить на мое письмо .

С уважением ООО «Фирма Поликон», Москва

<...>, <...>

Ген. директор <...>» (далее – Реклама).

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон 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 6 статьи 3 Закона о рекламе рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В пункте 2 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» установлено, что при анализе информации на предмет наличия в ней признаков рекламы 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, поскольку в названных случаях для привлечения внимания и поддержания интереса к товару достаточно изображения части сведений о товаре.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 Закона о рекламе, 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.

В соответствии с пунктом 3 статьи 3 Закона о рекламе товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Из анализа текста рекламной информации следует, что объектом рекламирования выступают пищевые добавки, реализуемые ООО «Фирма Поликон».

Если рекламная информация представляет интерес и доступна также и иным лицам, не только входящим в ее целевую аудиторию, то направленность такой рекламы выходит за пределы целевой аудитории и относится к неопределенному кругу лиц.

Согласно Письму ФАС России от 05.04.2007 года исх. № АЦ/4624 под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Согласно Письму ФАС России от 20.06.2018 № АД/45557/18 «Об оценке неопределенного круга лиц в рекламе» квалификация информации как рекламы либо иного рода информации зависит от совокупности направленности и содержания сути сведений, приведенных в такой информации.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 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 Законом о рекламе.

Таким образом, указанная информация содержит следующие признаки рекламы: распространена посредством электронной связи, адресована неопределенному кругу лиц, неперсонифицирована, направлена на привлечение внимания к объектам рекламирования - пищевым добавкам, реализацию которых осуществляет ООО «Фирма Поликон», а также к самому обществу, формирование или поддержание интереса к ним, и их продвижение на рынке. Следовательно, указанная информация по своему содержанию и целевой направленности является рекламой.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 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 Законом о рекламе.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» электросвязь - это любое излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам; абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

В пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 октября 2012 года № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» разъяснено, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

На основании 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 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.

В соответствии с частью 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи, допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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.

При этом в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе.

Таким образом, распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы. Абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями сообщений.

Вместе с тем, согласие на получение вышеуказанной рекламы Марийское УФАС России ООО «Фирма Поликон» не предоставляло, доказательств, подтверждающих обратное, данным обществом не представлено.

Более того, письмом от 30.11.2020 вх. № 11037 ООО «Фирма Поликон» указало, что данное письмо в адрес Марийского УФАС России направлено ошибочно.

В соответствии с частью 4 статьи 3 Закона о рекламе ненадлежащей рекламой признается реклама, не соответствующая

требованиям законодательства Российской Федерации.

ООО «Фирма Поликон» не исполнило в должной мере положения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, распространив на адрес электронной почты Марийского УФАС России: to12@fas.gov.ru рекламу пищевых добавок, без предварительного согласия получателя.

На основании изложенного, Марийское УФАС России пришло к выводу, что при распространении рассматриваемой рекламы, были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя. Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

На основании частей 7, 8 статьи 38 Закона о рекламе рекламораспространитель, рекламопроизводитель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 данного Закона.

Марийским УФАС России установлено, что рекламодателем, рекламораспространителем и рекламопроизводителем является ООО «Фирма Поликон», поскольку именно обществом реализуется товар, указанный в рассматриваемой рекламе (пищевые добавки), обществом создан текст рекламного сообщения и именно обществом направлена рассматриваемая информация.

В ходе рассмотрения дела Комиссией установлено, что в материалах дела отсутствуют документальные доказательства, подтверждающие прекращение распространения рекламы ООО «Фирма Поликон» с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе установлена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ. нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем 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 юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Согласно пункту 1 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое КоАП РФ или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

В силу статьи 2.2 КоАП РФ административное правонарушение признается совершенным умышленно, если лицо, его совершившее, сознавало противоправный характер своего действия (бездействия), предвидело его вредные последствия и желало наступления таких последствий или сознательно их допускало либо относилось к ним безразлично. Административное правонарушение признается совершенным по неосторожности, если лицо, его совершившее, предвидело возможность наступления вредных последствий своего действия (бездействия), но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывало на предотвращение таких последствий либо не предвидело возможности наступления таких последствий, хотя должно было и могло их предвидеть.

ООО «Фирма Поликон» при размещении рассматриваемой рекламы не были предприняты все зависящие от него меры по соблюдению законодательства о рекламе, по предотвращению совершения правонарушения.

Согласно статье 51 Конституции Российской Федерации никто не обязан свидетельствовать против самого себя, своего супруга и близких родственников.

В силу части 2 статьи 24.2 КоАП РФ лицам, участвующим в производстве по делу об административном правонарушении и не владеющим языком, на котором ведется производство по делу, обеспечивается право выступать и давать объяснения, заявлять ходатайства и отводы, приносить жалобы на родном языке, либо на другом свободно избранном указанными лицами языке общения, а также пользоваться услугами переводчика.

В соответствии с пунктом 1 статьи 25.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами, в том числе правом обжаловать постановление по делу в течение 10 дней согласно статьям 30.1, 30.3 КоАП РФ.

Протокол составлен по правилам статьи 28.2 КоАП РФ в отсутствие законного представителя ООО «Фирма Поликон» <...>, надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте составления протокола. В адрес ООО «Фирма Поликон» 12.01.2021 направлено уведомление о составлении протокола исх. № 03-07/2, которое адресатом не получено и возвращено отправителю в Марийское УФАС России. Согласно пункту 24.1 постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» не могут считаться не извещенными лица, отказавшиеся от получения направленных материалов или не явившиеся за их получением несмотря на почтовое извещение.

При составлении протокола ООО «Фирма Поликон» пояснило, что не согласно с протоколом, поскольку отсутствует состав и событие административного правонарушения, поскольку обществом рассматриваемое письмо на электронную почту Марийского УФАС России to12@fas.gov.ru не направлялось. Общество подтвердило, что использует адрес электронной почты policon2@yandex.ru для осуществления деловой переписки, в том числе письмо рассматриваемого содержания направлялось в адрес хозяйствующих субъектов, с которыми сотрудничает ООО «Фирма Поликон», по их запросу. Электронная почта policon2@yandex.ru не является единственным почтовым ящиком общества, который ведется для осуществления деловой переписки.

Дата, место и время рассмотрения дела об административном правонарушении: «19» февраля 2021 года в 14 час. 30 мин. по адресу: ул. Волкова, д. 164, г. Йошкар-Ола, Республика Марий Эл, 424000.

С протоколом ознакомлен(а),

права и обязанности разъяснены.

(ФИО, подпись лица, привлекаемого

<...>

(Ф.И.О. составившего протокол)

_____ 2021 г.

_____ (подпись)

Объяснения лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении:

В соответствии со ст. 28.2 КоАП РФ копию протокола получил:

_____ (ФИО лица, получившего протокол)

« _____ » _____ 2021 г.

_____ (подпись)

Также сообщаем, что возможность участия в рассмотрении дела будет организована посредством удаленного доступа через программу «TrueConf Server» по ссылке <https://fas1.fconf.rt.ru/c/0794191527>.

Подключение к конференции возможно в том числе со смартфона или планшета под управлением операционной системы Android или iOS.

Инструкция для участников видеоконференцсвязи прилагается к настоящему уведомлению.

Информацию об участии в составлении протокола посредством удаленного доступа необходимо сообщить в Марийское УФАС России по телефону 8 (8362) 41-76-21.