

ПРОТОКОЛ № 012/04/14.3-184/2021

об административном правонарушении

«03» марта 2021 года
Ола

г. Йошкар-

Протокол составлен ведущим специалистом - экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) <...> в соответствии со статьей 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении должностного лица 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 административное правонарушение предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

Место, время совершения и событие административного правонарушения:

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 Марийского 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

985-7645798, 499-1507715

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

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 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.

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.

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 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 08.10.2012 № 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.

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.

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 с частью 4 статьи 3 Закона о рекламе ненадлежащей рекламой признается реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

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, а также не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

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

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 рекламораспространителя.

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, распространенной ООО «Фирма Поликон», Марийское УФАС России 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.

ООО «Фирма Поликон» не исполнило в должной мере положения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, распространив на адрес электронной почты Марийского УФАС России: fo12@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 обществом реализуется товар, указанный в рассматриваемой рекламе (пищевые добавки), обществом создан текст рекламного сообщения и именно обществом направлена рассматриваемая информация.

Ответственность за данное нарушение установлена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ. В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати 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.

В соответствии со статьей 2.4 КоАП РФ административной ответственности подлежит должностное лицо в случае совершения им административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей.

Под должностным лицом в КоАП РФ следует понимать лицо – руководителя, работника организации, а также сотрудника, временно исполняющего обязанности основного сотрудника совершившее административное правонарушение в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций.

Организационно-распорядительные функции включают в себя руководство коллективом, расстановку и подбор кадров, организацию труда или службы подчиненных, поддержание дисциплины, применение мер поощрения и наложение дисциплинарных взысканий и иные.

К административно-хозяйственным функциям могут быть, в частности, отнесены полномочия по управлению и распоряжению имуществом и денежными средствами, находящимися на балансе и банковских счетах организаций и учреждений, воинских частей и подразделений, а также совершение иных действий: принятие решений о начислении заработной платы, премий, осуществление контроля за движением материальных ценностей, определение порядка их хранения и т.п.

Согласно выписке из Единого государственного реестра юридических лиц, а также сведениям, представленным обществом, должностным лицом ООО «Фирма Поликон» является генеральный директор общества – <...>.

Следовательно, <...> не предприняты все меры по соблюдению законодательства о рекламе.

В ответ на уведомление о составлении протокола <...> представил пояснения вх. № 1627 от 25.02.2021, согласно которым рассматриваемое сообщение, направленное на электронную почту Марийского УФАС России: to12@fas.gov.ru, содержит информацию о товаре, его характеристиках и цене, направлялось конкретным лицам, которые выразили заинтересованность в получении детальной информации о данных продуктах, и не носит рекламный характер. Термины «пищевые» регламентирует по соответствующим стандартам количество примесей микроорганизмов, грибов, плесени и тяжелых элементов (свинец, ртуть). Далее называется приемлемый для технологии растворитель (вода) и условия растворения. Кроме того, приводится цена расчета экономической целесообразности использования данного сырья в производстве.

Текст предназначен для специалистов (в частности, технологов) и отсылается по запросам, поступившим на электронный адрес ООО «Фирма Поликон». Первичную информацию об упомянутом в тексте сырье контрагенты получали при посещении сайтов по химии, где обществом размещались объявления по указанному в тексте

сырью. Адрес электронной почты Марийского УФАС России: to12@fas.gov.ru отсутствует в списке адресов, который сформирован в соответствии с внутренними правилами компании для отправки информации, <...> рассматриваемое сообщение в адрес Марийского УФАС России не направлялось.

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, в присутствии Яковлева М.Н., надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте составления протокола об административном правонарушении (уведомление о составлении протокола получено 09.02.2021).

Дело об административном правонарушении будет рассматриваться 18 марта 2021 года в 11 часов 00 минут (по Московскому времени) по адресу: ул. Волкова, д. 164, г. Йошкар-Ола, Республика Марий Эл.

С протоколом ознакомлен(а),

права и обязанности разъяснены.

(ФИО, подпись лица, привлекаемого
к административной ответственности)

<...> _____
(Ф.И.О. составившего протокол)

_____ 2021 г.

(подпись)

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

Яковлев М.Н. поддерживает доводы, изложенные в письменных пояснениях от 25.02.2021 вх. № 1627. Дополнительно указывает, что ООО Фирма Поликон» является микропредприятием, состоит в Едином реестре субъектов малого и среднего предпринимательства. К административной ответственности общество ранее не привлекалось. Также, сообщает, что в списке адресов лиц, которым направлено рассматриваемое сообщение, Марийское УФАС России не значится. <...> рассматриваемое сообщение в адрес Марийского УФАС России не направлялось. Текст рассматриваемого сообщения не является рекламой, данный текст отправлялся по запросу хозяйствующих субъектов. Копию составленного протокола просит направить на электронную почту: policon2@yandex.ru.

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

(ФИО лица, получившего протокол)

« _____ 2021 г.

(подпись)

Обращаем внимание, что пропуск в здание Марийского УФАС России ограничен: при входе необходимо иметь при себе средства индивидуальной защиты (медицинская маска, одноразовые перчатки).

Также сообщаем, что возможность участия в рассмотрении дела будет организована посредством удаленного доступа через программу «TrueConf Server» по ссылке: <https://fas1.tconf.rt.ru/c/7127548099>.

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