

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 045/04/14.3-170/2021

ОБ АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРАВОНАРУШЕНИИ
статьи 14.3 КоАП РФ)

(часть 1

06 декабря 2021 года
Курган

г.

<...>, рассмотрев на основании статьи 23.48 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) и в порядке статьи 29.7 КоАП РФ протокол № 045/04/14.3-170/2021 от 22.11.2021 и иные материалы дела об административном правонарушении № 045/04/14.3-170/2021, возбужденного в отношении должностного лица – генерального директора Общества с ограниченной ответственностью «Стоматологическая компания СПб» (далее – ООО «Стоматологическая компания СПб») (ИНН 7841079604, ОГРН 1187847364055, адрес: 191023, город Санкт-Петербург, ул. Набережная реки Фонтанки, д. 13 лит. А, помещение 1-Н) <...>,

при участии: явка должностного лица ООО «Стоматологическая компания СПб» -<...> не обеспечена, уведомлена надлежащим образом,

УСТАНОВИЛ:

Поводом к возбуждению дела согласно пункту 1 части 1 статьи 28.1 КоАП РФ и примечания к ней явилось непосредственное обнаружение должностным лицом Курганского УФАС России достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения, при принятии Решения Курганского УФАС России от 14.04.2021 по делу № 045/05/18-14/2021, а именно распространения ненадлежащей рекламы 24 февраля 2021 г. в 15:55 на абонентский номер Заявителя +7 (921) 8616177 посредством телефонного звонка с номера +7(925)335-50-65, следующего содержания: «Здравствуйте, звонок из стоматологии. Приглашаем вас на панорамный снимок всех зубов и корней. Также завершающим этапом вам произведут чистку зубов в один этап. И в подарок вы получите фирменную зубную пасту и щетку от нашей стоматологии. Если хотите услышать подробную информацию нажмите, любую цифру», нарушающей требования частей 1, 2 статьи 18, части 7 статьи 24, пункта 7 статьи 7 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Старшим государственным инспектором отдела контроля товарных,

финансовых рынков и рекламного законодательства Курганского УФАС России Струнгарь Г.К. составлен протокол об административном правонарушении № 045/04/14.3-170/2021 от 22.11.2021 в отсутствие должностного лица <...>, извещение о явке на составление протокола содержалось в определении о возбуждении дела об административном правонарушении и проведении административного расследования (исх. № 04-13/3576-11 от 11.10.2021), в последующем в извещении (исх. № 04-13/395-11 от 12.11.2021), в котором определены дата и время составления протокола об административном правонарушении.

Определением от 22.11.2021 (исх. № 04-13/4114-11 от 23.11.2021) назначены время и место рассмотрения дела на 06.12.2021 в 16 час. 00 мин.

Вышеуказанный протокол и определение направлено <...> посредством почтовой связи заказным письмом, согласно отчету об отслеживании отправления с почтовым идентификатором № 80098066663051, размещенным на сайте АО «Почта России» (<https://www.pochta.ru/>), корреспонденция, направленная по адресу регистрации <...>, была получена 04.12.2021.

Оценив в порядке статьи 26.11 КоАП РФ имеющиеся в деле доказательства, должностное лицо, осуществляющее производство по делу, приходит к следующим выводам относительно подлежащих согласно статье 26.1 КоАП РФ выяснению обстоятельств.

26 февраля 2021 года в Курганское УФАС России поступило заявление <...> с жалобой на получение нежелательного телефонного звонка от абонента <...> с информацией рекламного характера.

Заявитель сообщил, что 24.02.2021 года в 15 часов 55 минут на свой телефон с абонентским номером <...> получил рекламный звонок с номера <...>.

Из представленной заявителем аудиозаписи разговора следует:

- «Здравствуйте, звонок из стоматологии. Приглашаем вас на панорамный снимок всех зубов и корней. Также завершающим этапом вам произведут чистку зубов в один этап. И в подарок вы получите фирменную зубную пасту и щетку от нашей стоматологии. Если хотите услышать подробную информацию нажмите, любую цифру».

Заявитель согласия на получение указанной рекламы на свой абонентский номер не давал. По мнению заявителя, указанные действия по распространению рекламы являются нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

По данному факту определением Курганского УФАС России от 22.03.2021 года в отношении ООО «Стоматологическая компания СПб» возбуждено дело № 045/05/18-14/2021 по признакам нарушения требований частей 1, 2 статьи 18, части 7 статьи 24, пункта 7 статьи 7 Закона о рекламе.

Исследовав материалы дела №045/05/18-14/2021, Комиссией Курганского УФАС России установлены следующие обстоятельства.

Согласно информации, полученной на официальном сайте Россвязи <https://rossvyaz.gov.ru/deyatelnost/resurs-numeracii/vypiska-iz-reestra-sistemy-i-plana-numeracii>, абонентский номер (перенесен от другого оператора), указанный заявителем <...>, выделен оператору ПАО «МТС».

Согласно информации, представленной ПАО «МТС» в Курганское УФАС России (вх. № 1009 от 16.03.2021 года), подтверждено осуществление звонка на номер <...> 24.02.2021 г. в 15 час. 55 мин. с абонентского номера <...>. Также, согласно представленным данным абонентский номер <...> выделен по договору оказания услуг связи от 06.07.2017 абоненту <...>.

Вместе с тем, согласно данным, представленным в Курганское УФАС России ПАО «Мегафон» на запрос информации (вх. 855 от 05.03.2021 года) установлено, что абонентский номер +79253355065 принадлежит абоненту ООО «Стоматологическая компания СПб» (ИНН 7841079604) на основании договора об оказании услуг связи №100303645 от 27.11.2020 года.

Согласно части 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.

Таким образом, квалифицирующими признаками рекламы являются:

- информативный характер;
- направленность от субъекта рекламного сообщения к адресату - неопределенному кругу лиц;
- цель рекламного сообщения – привлечение внимания к объекту рекламирования с целью его продвижения на рынке. В рассматриваемом случае объектом рекламирования выступают услуги стоматологической компании «Стоматологическая компания СПб».

С учётом изложенного, информация, поступившая на абонентский номер заявителя, содержит все квалифицирующие признаки рекламы, определенные статьей 3 Закона о рекламе.

Комиссия Курганского УФАС России, рассмотрев материалы дела, ознакомившись с доводами ООО «Стоматологической компании СПб», изложенными в письменных возражениях, установила следующее.

На основании документов и материалов, имеющихся в Управлении, озвученная запись (установленный скрипт) информации при помощи робота и средства набора попадает под понятие «реклама», поскольку обладает

всеми ее признаками — распространена по сетям электросвязи с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки) и направлена на привлечение внимания к услугам стоматологической клиники (в том числе, панорамный снимок всех зубов и корней, чистку зубов), формированию и поддержанию интереса к услугам стоматологической клиники и продвижению стоматологической клиники на рынке.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона о рекламе, реклама — это информация, распространенная любым способом, в любой форме и использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке.

Согласно пункта 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.

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

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Заявитель отмечает, что не давал согласия на получения вышеуказанной рекламы, поступившей на его абонентский номер. Доказательство обратного ответчиком в Курганское УФАС России не представлено.

В соответствии части 2 статьи 18 ФЗ «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).

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1, частью 2 статьи 18 данного Федерального закона, несёт рекламодатель.

Признание конкретного лица рекламодателем осуществляется в каждом конкретном случае, исходя из всех обстоятельств размещения рекламы, с учетом непосредственных действий (бездействия), осуществлявшихся таким лицом при размещении (распространении) рекламы.

Исходя из материалов дела и доказательств, имеющихся в Управлении, рекламодателем вышеуказанной рекламы является ООО «Стоматологическая компания СПб» (191023, город Санкт-Петербург, ул. Набережная реки Фонтанки, д. 13 лит. А, помещение 1-Н, ОГРН 1187847364055, ИНН 7841079604), зарегистрировано в качестве юридического лица 05.12.2018). Документов, подтверждающих обратное, ООО «Стоматологическая компания СПб», не представило.

В соответствии с требованиями части 1 статьи 18 Закона о рекламе, реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

Согласно Письму ФАС России от 11.11.2019 №ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе: «...Федеральным законом «О рекламе» установлен однозначный запрет на распространение рекламы по сетям электросвязи при отсутствии согласия абонента.

Закон о рекламе возлагает обязанность доказывания факта наличия согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи на рекламодателя.

При этом согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было не только однозначно идентифицировать такого абонента, но и подтвердить волеизъявление данного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя (пункт 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58).

Так, по мнению ФАС России, согласие, полученное посредством заполнения каких-либо форм на сайтах в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», не позволяющих однозначно установить, кто именно дал согласие на получение рекламы, является ненадлежащим и влечет нарушение указанного требования статьи 18 Закона о рекламе, поскольку не позволяет подтвердить волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя....».

Таким образом, в материалы дела № 045/05/18-14/2021 не представлено согласие заявителя на получение рекламы услуг ООО «Стоматологическая компания СПб», распространённой в адрес заявителя посредством рекламного звонка с использованием робота и средства набора.

Вместе с тем, в соответствии с частью 7 статьи 5 Закона о рекламе не допускает умолчание в рекламе информации (ее части), которая является значимой и необходимой для того, чтоб сделать верный вывод о свойствах рекламируемого объекта, приобрести его и использовать надлежащим образом. Условие: отсутствие этой информации или неправильное ее изложение не позволяет правильно, адекватно воспринимать информацию, вводит в заблуждение и влияет на оценку и решение потребителей относительно товара.

Введение в заблуждение представляет собой умышленное создание об объекте рекламирования впечатления, которое на самом деле не соответствует его реальным качествам и характеристикам.

Признание той или иной информации рекламой влечет повышенные требования к качеству такой информации.

В соответствии с частью 7 статьи 24 Закона о рекламе лекарственных препаратов, медицинских услуг, в том числе методов профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации, медицинских изделий должна сопровождаться предупреждением о наличии противопоказаний к их применению и использованию, необходимости ознакомления с инструкцией по применению или получения консультации специалистов. Требования настоящей части не распространяются на рекламу, распространяемую в местах проведения медицинских или фармацевтических выставок, семинаров, конференций и иных подобных мероприятий, а также в предназначенных для медицинских и фармацевтических работников специализированных печатных изданиях, и на иную рекламу, потребителями которой являются исключительно медицинские и фармацевтические работники.

Анализ Номенклатуры медицинских услуг, утв. приказом Минздрава России от 13.10.2017 № 804н (далее - Номенклатура), свидетельствует о том, что медицинская услуга «панорамный снимок зубов и корней» в Номенклатуре отсутствует, при этом медицинская услуга «панорамный снимок зубов и корней» указана следующим образом: «А06.07.001 Панорамная рентгенография верхней челюсти», «А06.07.002 Панорамная рентгенография нижней челюсти», «А06.07.003 Прицельная внутриротовая контактная рентгенография», «А06.07.004 Ортопантомография», «А06.07.004.001 Спиральная компьютерная ортопантомография», «А06.07.006 Телерентгенография челюстей», «А06.07.007 Внутриротовая рентгенография в прикус», «А06.07.008 Рентгенография верхней челюсти в косой проекции», «А06.07.009 Рентгенография нижней челюсти в боковой проекции».

Учитывая вышеизложенное, рассматриваемая реклама является рекламой медицинских услуг и должна распространяться с учётом требований части 7 статьи 24 Закона о рекламе.

Рассматриваемая реклама не сопровождается предупреждением о необходимости получения консультации специалистов, что указывает на признаки нарушения части 7 статьи 24 Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 7 статьи 7 Закона о рекламе установлено, что не допускается реклама товаров, на производство и (или) реализацию которых требуется получение лицензий или иных специальных разрешений, в случае отсутствия таких разрешений.

Согласно информации, полученной с сайта Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения <https://roszdravnadzor.gov.ru/services/licenses>, сведения о лицензии в едином реестре лицензий, в том числе лицензий, выданных органами государственной власти субъектов Российской Федерации в соответствии с переданными полномочиями по лицензированию отдельных видов деятельности (ООО «Стоматологическая компания СПб» (ИНН 7841079604), отсутствуют.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации является ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

Данные обстоятельства установлены решением Курганского УФАС России от 14.04.2021 по делу № 045/05/18-14/2021.

Ответственность за нарушение требований, установленных части 1 статьи 18 закона о рекламе несет рекламодатель (часть 7 статья 38 Закона о рекламе).

Рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Закона о рекламе).

Рекламодателем рассматриваемой рекламы является ООО «Стоматологическая компания СПб».

Данные обстоятельства подтверждаются решением Курганского УФАС России по делу по делу № 045/05/18-14/2021 от 14.04.2021.

Согласно части 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 4 настоящей статьи, 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.

Как следует из материалов дела, извещением от 12.11.2021 исх. № 04-13/3935-11 должностное лицо – генеральный директор ООО «Стоматологическая компания СПб» <...> вызвана для составления протокола об административном правонарушении на 29.11.2021 года в 11.00 часов, вместе с тем фактически протокол об административном правонарушении по делу № 045/04/14.3-170/2021 составлен 22.11.2021 года.

В соответствии с частью 1 статьи 1.6 КоАП РФ лицо, привлекаемое к административной ответственности, не может быть подвергнуто административному наказанию и мерам обеспечения производства по делу об административном правонарушении иначе как на основаниях и в порядке, установленных законом.

Положения названной статьи КоАП РФ в обеспечение законности при применении мер административного принуждения предполагают не только наличие законных оснований для применения административного взыскания, но и соблюдение установленного законом порядка привлечения лица к административной ответственности.

В соответствии с частью 1 статьи 28.2 КоАП РФ о совершении административного правонарушения составляется протокол, за исключением случаев, предусмотренных статьей 28.4, частями 1, 3 и 4 статьи 28.6 названного Кодекса.

В протоколе об административном правонарушении указываются дата и место его составления, должность, фамилия и инициалы лица, составившего протокол, сведения о лице, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, фамилии, имена, отчества, адреса места жительства свидетелей и потерпевших, если имеются свидетели и потерпевшие, место, время совершения и событие административного правонарушения, статья указанного Кодекса или закона субъекта Российской Федерации, предусматривающая административную ответственность за данное административное правонарушение, объяснение физического лица или законного представителя юридического лица, в отношении которых возбуждено дело, иные сведения, необходимые для разрешения дела (часть 2 статьи 28.2 КоАП РФ).

Физическому лицу или законному представителю юридического лица, в отношении которых возбуждено дело об административном правонарушении, должна быть предоставлена возможность ознакомления с протоколом об административном правонарушении. Указанные лица вправе представить объяснения и замечания по содержанию протокола, которые прилагаются к протоколу (часть 4 статьи 28.2 КоАП РФ).

Согласно части 6 статьи 28.2 КоАП РФ физическому лицу или законному

представителю юридического лица, в отношении которых возбуждено дело об административном правонарушении, а также потерпевшему вручается под расписку копия протокола об административном правонарушении.

На основании 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 и отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами в соответствии с настоящим Кодексом.

В случае неявки физического лица, или законного представителя физического лица, или законного представителя юридического лица, в отношении которых ведется производство по делу об административном правонарушении, если они извещены в установленном порядке, протокол об административном правонарушении составляется в их отсутствие. Копия протокола об административном правонарушении направляется лицу, в отношении которого он составлен, в течение трех дней со дня составления указанного протокола (частью 4.1 статьи 28.2 КоАП РФ).

Соблюдение и возможность реализации вышеуказанных прав лицом, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, при составлении протокола об административном правонарушении, обеспечено не было.

Доказательства надлежащего извещения <...> о составлении протокола 22.11.2021 г. в материалах дела отсутствуют.

Данный недостаток протокола является существенным и неустранимым в ходе рассмотрения дела.

Доказательствами по делу об административном правонарушении являются любые фактические данные, на основании которых судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело, устанавливают наличие или отсутствие события административного правонарушения, виновность лица, привлекаемого к административной ответственности, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела (часть 1 статьи 26.2 КоАП РФ).

Эти данные устанавливаются протоколом об административном правонарушении, иными протоколами, предусмотренными настоящим Кодексом, объяснениями лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, показаниями потерпевшего, свидетелей, заключениями эксперта, иными документами, а также показаниями специальных технических средств, вещественными доказательствами (часть 2 статьи 26.2 КоАП РФ).

Не допускается использование доказательств по делу об административном

правонарушении, в том числе результатов проверки, проведенной в ходе осуществления государственного контроля (надзора) и муниципального контроля, если указанные доказательства получены с нарушением закона (часть 3 статьи 26.2 КоАП РФ).

С учетом выявленных нарушений, допущенных должностным лицом при составлении протокола, полагаю состав административного правонарушения, вменяемого должностному лицу – генеральному директору ООО «Стоматологическая компания СПб» < ... > административного правонарушения, не установлен.

На основании части 2 статьи 24.5 КоАП РФ производство по делу об административном правонарушении не может быть начато, а начатое производство подлежит прекращению, в том числе, при отсутствии состава административного правонарушения.

На основании вышеизложенного, руководствуясь статьями 2.4, 14.3, 24.5, 28.9, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

Производство по делу об административном правонарушении № 045/04/14.3-170/2021, возбужденному в отношении должностного лица – генерального директора ООО «Стоматологическая компания СПб» <...> по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ прекратить в связи отсутствием состава административного правонарушения.

В соответствии с пунктом 3 части 1, частью 3 статьи 30.1 и статьей 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано вышестоящему должностному лицу, в Федеральную антимонопольную службу России либо в арбитражный суд в соответствии с арбитражным процессуальным законодательством Российской Федерации в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 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.

Заместитель руководителя

<...>

<...> Τηλ. 8 (3522) 46-39-55