

Постановление

по делу №012/04/14.3-793/2021 об административном правонарушении

«13» октября 2021 года
Йошкар-Ола

Г.

Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) в лице заместителя руководителя-начальника отдела Ерошкиной Оксаны Вадимовны, рассмотрев протокол от «29» сентября 2021 года об административном правонарушении и материалы д е л а №012/04/14.3-793/2021, возбужденного в отношении генерального директора ООО «Спринтсейлз» <...> (<...>) по факту распространения рекламы посредством звонка с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: «Здравствуйте...меня зовут...компания «Геон». Мы производители спортивного питания. Хотелось бы узнать по поводу сотрудничества и поставки спортивного питания...Компания «Геон» уже более 11 лет на рынке, Вы слышали про нас?» с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), в присутствии представителя <...>, действующего на основании доверенности от 21.05.2021 и удостоверения № 1539, при надлежащем извещении должностного лица о дате, времени и месте рассмотрения дела,

Установила:

Марийским УФАС России возбуждено дело об административном правонарушении № 012/04/14.3-793/2021 и проведении административного расследования в отношении генерального директора ООО «Спринтсейлз» <...> по факту нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Определение о возбуждении дела об административном правонарушении № 012/04/14.3-793/2021 и проведен административного расследования (исх.№ 03-07/705 от 31.08.2021), уведомлен о составлении протокола с указанием места, даты, времени составлен протокола об административном правонарушении (исх. №03-07/737 22.09.2021), а также телеграмма №1613 направлены по адресу мес регистрации <...>

Протокол об административном правонарушении от «29» сентября 2021 го, составлен ведущим специалистом-экспертом отдела аналитической работы

контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России <...> соответствии со статьями 28.2, 28.3 КоАП РФ.

Копия протокола №012/04/14.3-793/2021 об административном правонарушении (исх. №03-07/759 от 29.09.2021) с указанием дат времени, места рассмотрения дела об административном правонарушении направлена по адресу места регистрации <...> Согласно сведениям почтой России 09.10.2021 <...> протокол получен.

Таким образом, должностное лицо <...> на момент рассмотрения административного дела №012/04/14.3-793/2021 надлежащим образом извещено о месте и времени рассмотрения административного дела.

Событие административного правонарушения выразилось в следующем.

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) поступило заявление <...> (вх. №60-Г от 18.03.2021) о нежелательном рекламном звонке, поступившем 18.03.2021 в 09:38 на его телефонный номер (<...>), распространенном с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: «Здравствуйте...меня зовут...компания «Геон». Мы производим спортивное питание. Хотелось бы узнать по поводу сотрудничества и поставок спортивного питания...Компания «Геон» уже более 11 лет на рынке, Вы слышали про нас?».

В соответствии с п. 1 ст. 3 Федерального закона от 26.03.2006 года № 37-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 и поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, характеризующий ее предназначенность для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и восприятие которых реклама направлена.

Под объектом рекламирования понимают 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 (статья 3 Закона о рекламе).

Товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга) предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (статья

Закона о рекламе).

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.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования (организации «Геон» и товарам, реализуемым обществом), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

<...> сообщил об отсутствии его согласия на получение рассматриваемой рекламы, а также указал, что на сайте: www.airfit.ru размещен номер телефона (<...>) для личных клиентов, которым им оказываются услуги физкультурно-оздоровительного характера. Информация, что по данному номеру телефона могут быть приняты заявки на сотрудничество отсутствует.

При рассмотрении заявления установлен следующий механизм распространения указанного рекламного звонка.

Марийским УФАС России установлено, что звонок на телефонный номер <...> осуществлен ООО «Спринтсейлз» (<...>) на основании договора № 10-02/2021 об оказании услуг от 11.02.2021 по аутсорсингу продаж ООО «Геон» (<...>).

П. 1.1 данного договора предусмотрено, что ООО «Спринтсейлз» обязуется по заданию ООО «Геон» предоставлять последнему услуги, указанные в дополнительном соглашении № 1 к договору, а заказчик обязуется принять и оплатить эти услуги.

Согласно п. 2.2 дополнительного соглашения № 1 к договору об оказании услуг № 10-02/2021 от 11.02.2021 ООО «Спринтсейлз» осуществляет исходящие телефонные вызовы Клиентам, указанным в списке Контактных в соответствии со Сценарием.

Также, ООО «Геон» и ООО «Спринсейлз» пояснили, что письменного согласия абонента с номером телефона +74951663161 Обществами получено не было.

Кроме того, Общества полагают, что данный звонок не был направлен в адрес неопределенного круга лиц, а, наоборот, направлен в отношении конкретного абонента с предложением об услуге по поставке спортивного питания.

Однако исходя из договора №10-02/2021 между ООО «Геон» и ООО

«Спринтсейлз» и дополнительного соглашения №1 к договору об оказании услуг № 10-02/2021 от 11.02.2021 (пункт 2.3) целевой аудиторией, которой распространяются звонки, является: магазины и дилеры спортивного питания, фитнес клубы, эко-лавки, аптеки и аптечные сети.

Таким образом, в данном случае отсутствуют указания о лицах, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования, что свидетельствует о направлении информации неопределенному кругу лиц.

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. Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

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.

Согласно части 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 частью 3 статьи 10 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» при использовании для распространения информации средств, позволяющих определять получателей информации, в том числе телефонных звонков, лицо, распространяющее информацию, обязано обеспечить получателю информации возможность отказа от 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.

Буквальное толкование изложенных 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. Требование законодателя относительно обязанности рекламораспространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов императивно и, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Соответственно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно предварительно получить от потребителя явно выраженное согласие, а только потом осуществлять соответствующую рассылку.

Из содержания части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие.

Однако в рамках рассмотрения дела Марийским УФАС России не установлено, что <...> предоставлено согласие ООО «Геон» и ООО «Спринсейлз» в такой форме, что данное согласие можно было бы трактовать как прямым и недвусмысленным волеизъявлением для получения информации рекламного характера о деятельности ООО «Геон» и товарах, реализуемых данным обществом.

На основании вышеизложенного, Марийским УФАС России установлено, что при осуществлении 18.03.2021 в 09:38 звонка на телефонный номер <...> (<...>) нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

На основании частей 7, 8 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 данного Закона, возложена на рекламораспространителя либо рекламопроизводителя, в случае, если будет установлено, что нарушение произошло по его вине.

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.

Согласно договору об оказании услуг № 10-02/2021 от 11.02.2021 ООО «Геон» является заказчиком услуг, а ООО «Спринтсейлз» - исполнителем услуг. П. 2.4.1 договора предусмотрено, что заказчик обязан передать всю необходимую информацию, согласованную сторонами в договоре, для предоставления

услуг, при этом самостоятельно обеспечивать полноту, актуальность, точность, достоверность такой информации. В соответствии с п. 2.2 дополнительного соглашения № 1 к договору исполнитель осуществляет исходящие телефонные вызовы Клиентам. Также в материалы дела представлено информационное письмо от 18.02.2021, из которого следует, что ООО «Спринтсейлз» самостоятельно определяло список клиентов, до сведения которых будут доведены существенные условия реализации продукции ООО «Геон», и в дальнейшем согласовывало его с ООО «Геон». Однако в заключенных между сторонами договоре и дополнительном соглашении не определена процедура и последовательность получения согласия лиц, которым осуществляется телефонный звонок, на получение информации рекламного характера, следовательно, данное согласие должно быть получено лицом, непосредственно доведшим данную информацию до абонентов (рекламораспространителем).

Таким образом, Марийского УФАС России приходит к выводу, что в данном случае рекламодателем и рекламопроизводителем рекламной информации является ООО «Геон», а рекламораспространителем ООО «Спринтсейлз» в лице генерального директора <...>.

В ответ на определение о возбуждении дела об административном правонарушении №012/04/14.3-793/2021 и проведении административного расследования в отношении генерального директора ООО «Спринтсейлз» <...> представлены письменные пояснения и документы, а также ходатайство о применении в отношении должностного лица меры административной ответственности в виде предупреждения, так как во исполнение предписания от 06.08.2021 исх. №03-21/255 ООО «Спринтсейлз» были проведены мероприятия по предупреждению и недопущению нарушений законодательства о рекламе. Кроме того, генеральным директором <...> был издан приказ №01-08-2021 «О недопущении нарушения законодательства о рекламе».

Ответственность за данное нарушение предусмотрена статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ).

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей.

Статьей 26.1 КоАП РФ также предусмотрено, что одним из обстоятельств, подлежащих выяснению по делу об административном правонарушении, является виновность лица в совершении административного правонарушения.

Согласно части 1 статьи 1.5 КоАП РФ лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

В соответствии со статьей 2.2 КоАП РФ 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.

Согласно статье 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, совершившего 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.

Марийским УФАС России установлено, что ответственным за распространении рекламы: «Здравствуйте...меня зовут...компания «Геон». Мы производители спортивного питания. Хотелось бы узнать по поводу сотрудничества и поставки спортивного питания...Компания «Геон» уже более 11 лет на рынке, Вы слышали про нас?» является генеральный директор ООО «Спринтсейлз» <...>.

Кроме того, в соответствии с должностной инструкцией генерального директора от 18.02.2016 генеральный директор осуществляет руководство всеми видами деятельности в организации с учетом основных положений законодательства РФ, действующих и принятых нормативных актов. Руководитель ответственный за принятые в компании решения и за итогами своей работы.

В должностные обязанности генерального директора входит прямое участие в деятельности в компании, обеспечивая при этом достижение поставленных целей. Генеральный директор следит за эффективным взаимодействием разных отделов, сотрудников. Следит за исполнением сотрудниками своих прямых

обязанностей по должности и внутреннего распорядка. Принимает меры при выявлении нарушений.

Между <...> и ООО «Спринтсейлз» заключен трудовой договор №1 от 18.02.2016. Согласно пункту 2.2 трудового договора работник обязан осуществлять руководство всей деятельностью Общества.

Должностное лицо, в силу возложенных на него обязанностей, должно знать требования законодательства о рекламе и соблюдать их. <...> не приняла всех зависящих от нее мер при наличии необходимой степени заботливости и осмотрительности, которые требовались от нее по соблюдению требований действующего законодательства, а, следовательно, в действиях <...> имеется вина в совершении административного правонарушения в форме неосторожности.

Место, время совершения и событие административного правонарушения:

Место совершения административного правонарушения: г. Москва.

Время совершения административного правонарушения: 18.03.2021, 09:38 – время поступления звонка без согласия абонента.

Состав административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, совершенного <...>, образуют:

- объект административного правонарушения - установленный порядок производства, размещения и распространения рекламы;
- объективная сторона – распространение рекламы с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»;
- субъект правонарушения – генеральный директор ООО «Спринтсейлз» <...>;
- субъективная сторона – виновное совершение административного правонарушения, так как у <...> имелась возможность соблюдения законодательства о рекламе, но им не были приняты все зависящие от него меры по его соблюдению.

Следовательно, установлено, что имело место событие административного правонарушения и факт его совершения должностным лицом <...>. Кроме того, имелись основания для составления протокола об административном правонарушении, юридические признаки (противоправность, виновность, наказуемость) и все элементы состава административного правонарушения, предусмотренные нормой права (объект, объективная сторона, субъект, субъективная сторона).

Обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении (ст. 24.5 КоАП РФ) не установлено.

Дополнительно должностным лицом Марийского УФАС России исследован вопрос о малозначительности.

Согласно статье 2.9 КоАП РФ при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

Согласно разъяснениям Верховного Суда Российской Федерации в пункте 21 постановления Пленума от 24.03.2005 №5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений. При этом такие обстоятельства, как, например, личность и имущественное положение привлекаемого к ответственности лица, добровольное устранение последствий правонарушения, возмещение причиненного ущерба, не являются обстоятельствами, характеризующими малозначительность правонарушения.

По смыслу статьи 2.9 КоАП РФ оценка малозначительности деяния должна соотноситься с характером и степенью общественной опасности, причинением вреда либо угрозой причинения вреда личности, обществу или государству. Таким образом, административные органы обязаны установить не только формальное сходство содеянного с признаками того или иного административного правонарушения, но и решить вопрос о социальной опасности деяния.

Действия <...> содержат нарушение законодательства о рекламе и свидетельствуют о пренебрежительном отношении должностного лица к исполнению своих обязанностей по соблюдению норм в сфере законодательства о рекламе.

Совершенное <...> правонарушение посягает на установленные нормативными правовыми актами гарантии на защиту потребителей от ненадлежащей рекламы, поскольку требования законодательства о рекламе, а также установление в части 1 статьи 14.3 КоАП РФ административной ответственности за их нарушение направлены на охрану прав потребителей от ненадлежащей рекламы, поскольку потребители признаются слабой стороной данных отношений, не обладающей специальными познаниями.

Марийское УФАС России приходит к выводу, что совершенное правонарушение несет существенную угрозу правоохраняемым отношениям, в связи с чем, отсутствуют основания для признания его малозначительным.

Обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении (ст. 24.5 КоАП РФ), не установлено.

В соответствии с частью 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ 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 КоАП РФ 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 КоАП РФ.

В силу части 2 статьи 3.4 КоАП РФ 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.

Совершенное <...> административное правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, не относится к исключениям, установленным частью 2 статьи 4.1.1 КоАП РФ. Предупреждение не входит в число наказаний, предусмотренных санкциями части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Сведения о том, что <...> ранее привлекалась за совершение аналогичного правонарушения, в материалах дела об административном правонарушении отсутствуют. Аналогично отсутствует документально подтвержденная информация о возникновении 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 при совершении рассматриваемого правонарушения, наличии материального ущерба.

В соответствии со статьей 3.4 КоАП РФ предупреждение - мера административного наказания, выраженная в официальном порицании физического или юридического лица. Предупреждение выносится в письменной форме.

Предупреждение является официальным предостережением лица о недопустимости противоправного поведения. Вынесение предупреждения является профилактической мерой, которая призвана побудить правонарушителя к добровольному исполнению нарушенной им же обязанности, способствовать выполнению им правовых обязанностей. Вместе с тем применение этой меры, как и других административных санкций, влечет для

правонарушителя неблагоприятные правовые последствия. Субъект ответственности в течение года считается лицом, привлекавшимся к административной ответственности.

Должностное лицо Марийского УФАС России, оценив представленные доказательства в их совокупности, принимает во внимание вышеизложенные конкретные обстоятельства совершения административного правонарушения, отсутствие отягчающих ответственность обстоятельств и считает, что для достижения целей административного наказания, установленных частью 1 статьи 3.1 КоАП РФ генеральному директору ООО «Спринтсейлз» <...> достаточно такой меры административного наказания как предупреждение.

Руководствуясь ст. 2.1, 2.2, 2.10, 3.4, 4.1, 4.1.1, 4.2, 4.3, ч. 1 ст. 14.3, 23.48, ч. 1 ст. 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛА:

Привлечь <...> (<...>) к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 КоАП и назначить ей наказание в виде предупреждения.

В соответствии с частью 1, 3 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 суд по месту рассмотрения дела в течение 10 дней 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-

начальник отдела