

ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 045/04/14.3-196/2021

«25» марта 2022 года г. Курган

Я, заместитель руководителя управления – начальник отдела контроля товарных, финансовых рынков и рекламного законодательства Управления Федеральной антимонопольной службы по Курганской области (далее – Курганское УФАС России) <...>, рассмотрев на основании ст. 23.48 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) и в порядке ст. 29.7 КоАП РФ протокол № 045/04/14.3-196/2021 от 14.12.2021 и иные материалы дела, возбужденного в отношении генерального директора ООО «Медстарт» (ОГРН: 1207700362870, Дата присвоения ОГРН: 01.10.2020, ИНН: 9705148362, КПП: 770501001) <...> по ч. 1, 5 ст. 14.3 КоАП РФ,

при участии:

от потерпевшего: явки нет, извещен;

от лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении: явки нет, извещено,

УСТАНОВИЛ:

Определением от 16.11.2021 возбуждено дело об административном правонарушении № 045/04/14.3-196/2021, проведено административное расследование.

Старшим государственным инспектором отдела контроля товарных, финансовых рынков и рекламного законодательства Курганского УФАС России <...> составлен протокол по делу № 045/04/14.3-196/2021 от 14.12.2021 об административном правонарушении в отношении генерального директора ООО «Медстарт» <...>

Определением от 11.03.2022 назначены время и место рассмотрения дела на 25.03.2022 в 11 час. 30 мин.

От ООО «Медстарт» поступили письменные пояснения, в которых просит производство по делу прекратить, ограничиться предписанием, привлечь к административной ответственности должностное лицо, передать дело на рассмотрение территориальному органу ФАС России по месту нахождения в г. Москву.

В Курганское УФАС России поступило заявление <...> по факту распространения рекламы посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента.

<...> сообщает, что 30.03.2021 18 час. 17 мин. посредством телефонной связи с

номера <...> на его номер <...> совершен нежелательный рекламный звонок. В подтверждение заявления прилагает аудиозапись телефонного звонка.

В вышеуказанной рекламе сообщается об осуществлении деятельности, связанной с оказанием стоматологических услуг. Рекламный звонок содержит следующую информацию:

«- Слушаю.

- Здравствуйте, стоматология приглашает на бесплатную панорамную 3D-томографию и процедуру фторирования зубов. Предложение только для граждан Российской Федерации от 25 лет. Если вы хотите записаться нажмите любую цифру.

- Добрый день! Регистратура центра отделения номер один. Здравствуйте!

- Здравствуйте, т.к. я не давал разрешения на рекламу, отключите, пожалуйста, рассылку спама на мой номер».

<...> считает, что указанные действия по распространению рекламы являются нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе, поскольку своего предварительного согласия на получение указанной рекламы не давал.

В соответствии с ч. 1 ст. 33 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий федеральный государственный контроль (надзор) в сфере рекламы; возбуждение и рассмотрение дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. Кроме того, в силу п. 7 ч. 2 ст. 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе применять меры ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решением по делу № 045/05/18-21/2021 от 17.06.2021 установлено, что нежелательный звонок, осуществленный 30.03.2021 18 час. 17 мин. посредством телефонной связи с номера <...> на номер заявителя <...> в силу ст. 3 Закона о рекламе является рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы, направлен на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей.

В соответствии с ч. 1 ст. 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.

Заявитель отмечает, что не давал согласия на получение вышеуказанной рекламы, поступившей на его абонентский номер. Доказательств обратного ООО «Медстарт» Комиссии не представлено.

Таким образом, вышеуказанная реклама распространялась посредством использования телефонной связи (электросвязи) с нарушением ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

В соответствии ч. 2 ст. 18 Закона 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).

В соответствии с Письмом ФАС России от 26.12.2019 № ДФ/114009/19 «О применении ч. 2 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» для целей выявления нарушения требования ч. 2 ст. 18 Закона о рекламе антимонопольным органам необходимо установить факт того, что:

- в ходе осуществления звонка абоненту или направления ему сообщения использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозвонивание и автоматическая рассылка);
- осуществление такого звонка абоненту или направление ему такого сообщения осуществлялось для распространения рекламы.

Вместе с тем для целей реализации ФАС России возложенных на него полномочий антимонопольный орган должен обладать документами и доказательствами, необходимыми для принятия обоснованного решения.

Так, запись телефонного разговора, предоставленная абонентом антимонопольному органу, содержащая в начале такого разговора воспроизведенный абоненту заранее записанный аудиофрагмент, представляющий собой последовательность звуков и/или речь человека (автоматизированная запись), позволяет сделать вывод о том, что в ходе осуществления такого звонка абоненту использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозвонивание).

Такие обстоятельства могут рассматриваться антимонопольными органами как нарушение рекламодателем требований ч. 2 ст. 18 Закона о рекламе.

Комиссией установлено, что аудиозапись телефонного разговора, предоставленная заявителем, содержит заранее записанный аудиофрагмент, представляющий собой последовательность звуков и/или речь человека (автоматизированная запись), которая позволяет сделать вывод о том, что в ходе осуществления такого звонка абоненту использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозвонивание).

Таким образом, вышеуказанная реклама распространялась посредством использования телефонной связи (электросвязи) с нарушением ч. 2 ст. 18 Закона о рекламе.

Указанные обстоятельства также установлены решением по делу № 045/05/18-21/2021 от 17.06.2021.

В соответствии с ч. 7 ст. 24 Закона о рекламе реклама 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. В рекламе, распространяемой в радиопрограммах, продолжительность такого предупреждения должна составлять не менее чем три секунды, в рекламе, распространяемой в телепрограммах и при кино- и видеообслуживании, - не менее чем пять секунд и должно быть отведено не менее чем семь процентов площади кадра, а в рекламе, распространяемой другими способами, - не менее чем пять процентов рекламной площади (рекламного пространства). 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, утвержденной приказом Минздрава России от 13.10.2017 № 804н, свидетельствует о том, что медицинские услуги, о которых идет речь в нежелательном рекламном звонке, в Номенклатуре отсутствуют, при этом указаны следующие наименования согласно перечню медицинских услуг под которые подпадают рекламируемые услуги: 064 - стоматология детская, 065 - стоматология терапевтическая и стоматология общей практики, 066 - стоматология ортопедическая, 067 - стоматология хирургическая, кроме того, в перечне представлен широкий перечень медицинских исследований под различными наименованиями.

Учитывая изложенное, рассматриваемая реклама является рекламой медицинских услуг и должна распространяться с учётом требований ч. 7 ст. 24 Закона о рекламе.

Рассматриваемая реклама не сопровождается предупреждением о необходимости получения консультации специалистов, что указывает на нарушение ч. 7 ст. 24 Закона о рекламе.

В соответствии с п. 7 ст. 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 официального сайта Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения <https://roszdravnadzor.gov.ru/services/licenses>, у ООО «Медстарт» имеется лицензия ЛО-77-01-020921 от 18.12.2020.

Вместе с тем, Департаментом здравоохранения города Москвы указано, что указанной лицензией ООО «Медстарт» не разрешены работы (услуги) по стоматологии, стоматологии профилактической, ортодонтии, стоматологии общей практики, стоматологии ортопедической, стоматологии терапевтической и стоматологии хирургической.

Таким образом, рекламирование ООО «Медстарт» медицинских услуг было

осуществлено без наличия соответствующей лицензии, что указывает на нарушение п. 7 ст. 7, ч. 7 ст. 24 Закона о рекламе.

Законом о рекламе определены понятия «рекламодатель», «рекламораспространитель» и «рекламопроизводитель». В соответствии с п. 5 – 7 ст. 3 Закона о рекламе рекламодатель - это изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - это лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В силу ч. 6, 7 ст. 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных п. 7 ст. 7, ч. 1, 2 ст. 18, ч. 7 ст. 24 несет рекламораспространитель, за нарушение требований, установленных п. 7 ст. 7, ч. 7 ст. 24 указанного закона несет рекламодатель.

Согласно информации, представленной ПАО «Вымпел-Коммуникации» на запрос информации в Курганское УФАС России, номер <...>, с которого осуществлен звонок на абонентский номер заявителя <...>, выделен ООО «Медстарт» на основании договора на оказание услуг «Билайн» №<...>. Вызов был осуществлен через транк мобильной карусели. У заявителя на экране отобразился номер <...>, фактическая детализация по этому вызову находится на номере <...>, который также выделен ООО «Медстарт» на основании договора на оказание услуг связи «Билайн» № <...>.

Таким образом, рекламораспространителем и рекламодателем рассматриваемого рекламного звонка является ООО «Медстарт».

Ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ установлено, что нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных ч. 2 – 6 настоящей статьи, ч. 4 ст. 14.3.1, ст. 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса.

Ч. 5 ст. 14.3 КоАП РФ установлено, что нарушение установленных законодательством о рекламе требований к рекламе лекарственных средств, медицинских изделий и медицинских услуг, в том числе методов лечения, а также биологически активных добавок влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от двухсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

Согласно п. 24 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» в случае совершения лицом двух и более административных правонарушений за каждое из них в силу ч. 1 ст. 4.4 КоАП РФ назначается наказание, предусмотренное санкцией соответствующей ст. КоАП РФ или закона субъекта Российской Федерации, даже если дела об этих правонарушениях рассматриваются судьей одновременно.

Если лицом совершено одно действие (бездействие), содержащее составы административных правонарушений, ответственность за которые предусмотрена

двумя и более статьями (частями статей) КоАП РФ и рассмотрение дел о которых подведомственно одному и тому же судье, административное наказание назначается в пределах санкции, предусматривающей более строгое административное наказание в соответствии с ч. 3 и 4 ст. 4.4 КоАП РФ.

Поскольку в действиях генерального директора ООО «Медстарт» <...> содержатся нарушения п. 7 ст. 7, ч. 1, 2 ст. 18 Закона о рекламе, подразумевающие административную ответственность по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, и ч. 7 ст. 24 Закона о рекламе, подразумевающие административную ответственность по ч. 5 ст. 14.3 КоАП РФ, наказание подлежит назначению по ч. 5 ст. 14.3 КоАП РФ как более строгое.

Причастность генерального директора ООО «Медстарт» <...> к совершению административного правонарушения проявляется в распространении на него требований законодательства Российской Федерации о рекламе.

Место совершения административного правонарушения: г. Москва.

Время совершения административного правонарушения: 30.03.2021 в 18 час. 17 мин.

Объектом административного правонарушения являются общественные отношения, складывающиеся в ходе осуществления контроля (надзора) антимонопольным органом в сфере законодательства Российской Федерации о рекламе.

Объективную сторону административного правонарушения составляют действие генерального директора ООО «Медстарт» <...> по распространению рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия заявителя на получение рекламы, без наличия соответствующей лицензии, разрешения на оказание медицинских услуг.

У генерального директора ООО «Медстарт» <...> имелась возможность не нарушать требования действующего законодательства Российской Федерации о рекламе, однако лицо допустило указанное нарушение.

Срок давности привлечения к административной ответственности, установленный ст. 4.5 КоАП РФ, не истек.

Оснований для передачи дела на рассмотрение дела в другой территориальный орган не имеется в силу ч. 2 ст. 29.5 КоАП РФ.

Доводы о малозначительности правонарушения так же подлежат отклонению как не состоятельные.

В соответствии со ст. 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.

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.

Обстоятельств, позволяющих признать совершенное генеральным директором ООО «Медстарт» <...> правонарушение малозначительным, не установлено.

Немотивированные случаи прекращения производства по делу по малозначительности и освобождения от административной ответственности за допущенные нарушения неизбежно ведут к формированию у подотчетных субъектов халатного отношения к исполнению своих обязанностей, уверенности в собственной безнаказанности.

Необоснованное применение ст. 2.9 КоАП РФ противоречит задачам производства по делам об административных правонарушениях, сформулированным в ст. 24.1 КоАП РФ, основополагающей из которых является обеспечение исполнения вынесенного постановления.

Выявленное правонарушение совершено генеральным директором ООО «Медстарт» <...> повторно, что подтверждается постановлениями Челябинского УФАС России по делам №№ 074/04/14.3-3094/2021, 074/04/14.3-3090/2021.

Согласно пункту 2 части 1 статьи 4.3 КоАП РФ обстоятельствами, отягчающими административную ответственность, признаются повторное совершение однородного административного правонарушения, то есть совершение административного правонарушения в период, когда лицо считается подвергнутым административному наказанию в соответствии со статьей 4.6 настоящего Кодекса за совершение однородного административного правонарушения.

Однородными считаются правонарушения, ответственность за совершение которых предусмотрена одной статьей Особенной части КоАП РФ (абзац 2 пункта 19.1 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях»).

Поскольку генеральный директор ООО «Медстарт» <...> уже привлекался за однородные нарушения статьи 14.3 КоАП РФ в пределах срока, установленного статьей 4.6 КоАП РФ, должностное лицо считает необходимым назначить административный штраф, предусмотренный санкцией части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, в размере 10 000 рублей.

Обстоятельств, смягчающих административную ответственность не установлено. Обстоятельств, исключających производство по делу об административном правонарушении (ст. 24.5 КоАП РФ), не выявлено. Причины и условия, способствовавшие совершению административного правонарушения, не выявлены.

На основании вышеизложенного, руководствуясь ч. 1, 5 ст. 14.3, ст. ст. 23.48, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

Признать генерального директора ООО «Медстарт» <...> виновным в совершении административного правонарушения, административная ответственность за которое установлена ч. 1, 5 ст. 14.3 КоАП РФ, и назначить ему административное наказание в виде административного штрафа в размере 10 000 (десять тысяч) рублей.

В соответствии с ч. 1 ст. 32.2 КоАП РФ штраф должен быть уплачен не позднее 60 дней со дня вступления постановления о наложении штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных ст. 31.5 КоАП РФ.

В соответствии с ч. 5 ст. 3.5 КоАП РФ сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.