

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу об административном правонарушении №03-32/2018-09

26 марта 2018 г. о Д а
город Иваново

Я, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Ивановской области <...>, рассмотрев протокол №03-32/2018-09 от 27 февраля 2018 года и другие материалы дела об административном правонарушении №03-32/2018-09, возбужденного в отношении ООО «Клиника Здоровья» (ИНН 3702126828, юридический адрес 153000 г. Иваново, ул. Палехская, д.6, оф. 509), в присутствии представителя по доверенности – <...>,

УСТАНОВИЛ:

27 февраля 2018 года главный специалист-эксперт аналитического отдела Управления Федеральной антимонопольной службы по Ивановской области <...> составила протокол об административном правонарушении №03-32/2018-09 по ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП РФ) в отношении ООО «Клиника Здоровья».

В Ивановское УФАС России поступили сведения о том, что 24.11.2017 в 16:52 абоненту с телефонным номером +<...> с телефонного номера +79203582175 позвонила оператор с предложением пройти диагностику в медицинском центре г.Иваново по адресу: ул. Палехская, д.6. Однако своего согласия на получение подобной рекламы абонент не давал.

Следовательно, при распространении указанной рекламы могли быть нарушены требования ч.1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), согласно которой 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.

Факт распространения рекламы подтверждается: аудиозаписью телефонного разговора с абонентом по телефонному номеру +<...>, письменными пояснениями абонента, ООО «ГКК №1» и ООО «Клиника Здоровья».

По данному факту Ивановским УФАС России 29 декабря 2017 года возбуждено дело №03-31/2017-42 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

29 января 2018 года по результатам рассмотрения указанного дела Комиссией Ивановского УФАС России была оглашена резолютивная часть решения о признании рассматриваемой рекламы ненадлежащей, нарушающей требования ч.1 ст.18 Закона о рекламе. Материалы дела переданы должностному лицу Ивановского УФАС России для решения вопроса в соответствии со статьями КоАП РФ.

Понятия «сеть связи», «средства связи», «абонент» приведены в ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи».

Так, сеть связи – это технологическая система, включающая в себя средства и линии связи и предназначенная для электросвязи или почтовой связи.

Средства связи – технические и программные средства, используемые для формирования, приема, обработки, хранения, передачи, доставки сообщений электросвязи или почтовых отправлений, а также иные технические и программные средства, используемые при оказании услуг связи или обеспечении функционирования сетей связи.

Абонент – это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие «адресат» содержится в ст.2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которой адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

В соответствии с п. 4 ст. 3 Закона о рекламе ненадлежащей является реклама не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно ст. 3 Закона о рекламе реклама – это информация, распространяемая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирования и поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке.

Федеральной антимонопольной службой России в письме №АЦ/4624 от 05.04.2007 разъяснено, что 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.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

В материалы дела представлена аудиозапись телефонного разговора с абонентом по телефонному номеру +<...>, согласно которой оператор медицинского центра «Клиника здоровья» предлагает гражданину либо всей его семье пройти по акции бесплатное обследование по адресу: г.Иваново, ул.Палехская, д.6, 1 этаж. Кроме того, женщина подтверждает абоненту, что телефонные номера абонентов, которым она звонит, генерирует компьютер «случайным образом», таким образом, какой-либо базы абонентов нет.

Рассматриваемая информация подпадает под определение рекламы и содержит все её признаки:

- адресована неопределенному кругу лиц;
- направлена на привлечение внимания к медицинскому центру «Клиника здоровья», а также предоставляемой по акции услуге - бесплатному обследованию по адресу: г.Иваново, ул.Палехская, д.6, 1 этаж;
- призвана формировать и поддерживать интерес к объектам рекламирования, способствует их продвижению на рынке.

За нарушение требований ч.1. ст.18 Закона о рекламе согласно ч.7 ст. 38 данного закона ответственность несет рекламораспространитель.

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

Согласно лицензии №ЛО-37-01-001162 от 07.02.2017 медицинскую деятельность по адресу: г.Иваново, ул.Палехская, д.6 осуществляет ООО «Городская косметологическая клиника №1» (далее – ООО «ГКК №1»).

Ранее Ивановским УФАС России в отношении ООО «ГКК №1» уже было возбуждено дело №03-31/2017-27 по ч.1 ст.18 Закона о рекламе. По результатам его рассмотрения 30.08.2017 Обществу выдано предписание антимонопольного органа о прекращении нарушения законодательства о рекламе, которое было исполнено в установленный срок.

Из письменных пояснений ООО «ГКК №1» (вх. №4040 от 04.12.2017) следует, что распространением информации о деятельности медицинского центра в

рассматриваемом случае занималось ООО «Клиника Здоровья». В подтверждение изложенного в материалы дела предоставлен заключенный с ООО «Клиника Здоровья» договор от 01.09.2017, согласно которому телефонный номер <...> предоставлен данному Обществу в аренду.

Вместе с тем, оба юридических лица находятся в одном здании, на момент распространения рассматриваемой рекламы их руководителем являлось одно и то же лицо.

ООО «Клиника Здоровья» представило в Ивановское УФАС России запись указанного телефонного разговора, указав в письменных пояснениях (вх. №4283 от 22.12.2017), что абонент в разговоре сам выяснял месторасположения и виды оказываемых услуг, чем провоцировал оператора на доведение информации. Изложенное ООО «Клиника Здоровья» не трактует как согласие абонента на получение рекламной информации, но настаивает на отсутствии признаков нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе (вх. №4314 от 25.12.2017).

Дополнительно в письменных пояснениях ООО «Клиника Здоровья» (вх. №160 от 22.01.2018) указало на то, что абонент в телефонном разговоре не требовал его прекращения. Вместе с тем, в соответствии с ч. 1 ст.18 Закона о рекламе, рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Доводы ООО «Клиника Здоровья» являются несостоятельными и основанными на неверном толковании законодательства в виду следующего.

Из материалов дела следует, что у оператора медицинского центра отсутствовали сведения о лице, до которого доводилась соответствующая информация и на восприятие которого непосредственно она была направлена.

В данном случае вопросы абонента не могут трактоваться как согласие на получение рекламной информации. Кроме того, из записи телефонного разговора следует, что оператор медицинского центра не пыталась каким-либо образом получить необходимое согласие абонента, а сразу озвучила информацию о бесплатном обследовании и клинике.

При этом императивные требования ч.1 ст.18 Закона о рекламе заключаются в необходимости рекламодателя предварительно запрашивать в какой-либо форме согласие абонентов на получение рекламной информации.

Законодательством Российской Федерации не определен порядок и форма предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, что предполагает допустимым любую форму предварительного согласия абонента.

Однако согласно ч.1 ст. 18 Закона о рекламе реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

В п.15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», разъяснено следующее: «согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем, согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы».

Следовательно, распространение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи должно осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламной информации. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получения рекламы лежит на лице ее распространившем.

Таким образом, ООО «Клиника Здоровья» не подтвердило наличие согласия абонента с телефонным номером +<...> на получение рекламы.

Согласно протоколу заседания от 29 января 2018 года представитель ООО «Клиника Здоровья» сообщила, что Общество не обладает лицензией на осуществление медицинской деятельности, занимается продажей медицинских изделий. Бесплатное обследование, о котором говорится в телефонном разговоре, проводит ООО «ГКК №1» в соответствии со своей лицензией и включает в себя забор анализов (гематологический общий, биохимия крови (холестерин, глюкоза) и гормональный). Проведение лабораторных исследований биологического материала пациентов осуществляется по договору №0037/17-ЯР от 01.06.2017, заключенному между ООО «ГКК №1» и ООО «КДЛ Ярославль-ТЕСТ». Поскольку Общество специализируется на проблемах лишнего веса, прием ведет косметолог либо гирудотерапевт, которые после забора анализов могут дать, например, рекомендации по режиму питания. Далее может быть заключен договор на оказание платных услуг.

Кроме того, на заседании представитель ООО «Клиника Здоровья» признала факт осуществления звонка абоненту и вину Общества в допущенном нарушении. Просила обратить внимание на то, что со всеми операторами клиники проводится инструктаж об обязательности получения предварительного согласия абонента до озвучивания информации об услугах.

Исходя из изложенного, прихожу к выводу о том, что в рассматриваемом случае требования ч.1 ст.18 Закона о рекламе были нарушены.

В письменных пояснениях ООО «Клиника Здоровья» (вх. №4283 от 22.12.2017) сообщило об исключении телефонного номера +<...> из «случайного обзвона».

Вместе с тем, ООО «Клиника Здоровья» не представило в Ивановское УФАС России доказательств невозможности продолжения распространения рекламы с нарушением требований ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

На основании решения Ивановского УФАС России от 08 февраля 2018 года по делу №03-31/2017-42, возбужденному по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, ООО «Клиника Здоровья» было выдано предписание о прекращении распространения ненадлежащей рекламы.

Во исполнение указанного предписания Общество отчиталось о принятых следующих мерах: исключении указанного номера абонента из списка «обзвона», доведении до операторов порядка ведения разговора с абонентами, предусматривающего получение согласия на озвучивание рекламной информации (вх. №491 от 21.02.2018).

Ответственность за данное правонарушение предусмотрена ч.1 ст.14.3 КоАП РФ.

Объектом вменяемого административного правонарушения являются общественные отношения, складывающиеся в процессе распространения рекламы.

Объективная сторона административного правонарушения состоит в нарушении ООО «Клиника Здоровья» при распространении рекламы требований Закона о рекламе.

Субъект административного правонарушения – рекламораспространитель ООО «Клиника Здоровья». В соответствии со статьей 2.10. КоАП РФ юридическое лицо подлежит административной ответственности в случае совершения административного правонарушения.

Субъективная сторона: согласно ч. 2 ст. 2.1. КоАП РФ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения требований законодательства, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

ООО «Клиника Здоровья» имело возможность исполнить требования законодательства о рекламе, однако не сделало этого, при этом, объективные обстоятельства, делающие невозможным выполнение Обществом требований Закона о рекламе, в материалах дела отсутствуют.

Таким образом, ООО «Клиника Здоровья» совершило административное правонарушение, предусмотренное ч.1 ст.14.3 КоАП РФ, выразившееся в нарушении рекламораспространителем законодательства Российской Федерации о рекламе.

Общество было надлежащим образом извещено о месте, дате и времени составления протокола об административном правонарушении.

Письмо от 09 февраля 2018 года №03-31/352 с указанием даты, времени и места составления протокола об административном правонарушении по ст. 14.3 КоАП РФ было направлено ООО «Клиника Здоровья» по юридическому адресу: 153000 г. Иваново, ул. Палехская, д.6, оф.509, а также на указанную представителем по доверенности электронную почту. Согласно почтовому уведомлению №15300019224995 указанная корреспонденция получена адресатом 16 февраля 2018 года.

Кроме того, в ответ на указанное уведомление в Ивановское УФАС России поступило письмо ООО «Клиника Здоровья» от 21 февраля 2018 года об исполнении соответствующего предписания антимонопольного органа (вх. №491 от 21.02.2018).

27 февраля 2018 года на составление протокола об административном правонарушении в Ивановское УФАС России явилась представитель ООО «Клиника Здоровья» по доверенности.

Протокол об административном правонарушении с указанием даты, времени и места рассмотрения дела об административном правонарушении по ст. 14.3 КоАП РФ выдан в день составления представителю Общества на руки, а также направлен ООО «Клиника Здоровья» по юридическому адресу: 153000 г. Иваново, ул. Палехская, д.6, оф.509. Согласно почтовому уведомлению №15300019226869 указанная корреспонденция получена адресатом 02.02.2018.

Следовательно, ООО «Клиника Здоровья» было надлежащим образом извещено о дате, времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении №03-32/2018-09.

На рассмотрении дела об административном правонарушении представитель ООО «Клиника Здоровья» признала вину Общества в совершении указанного административного правонарушения и поддержала ранее представленные письменные доводы.

Согласно материалам дела виновность ООО «Клиника Здоровья» в совершении административного правонарушения подтверждается следующими доказательствами: решением Комиссии Ивановского УФАС России по делу №03-31/2017-42 от 08 февраля 2018 года, протоколом от 27 февраля 2018 года по делу об административном правонарушении №03-32/2018-09, договором от 01.09.2017 между ООО «ГКК №1» и ООО «Клиника

Здоровья».

Кроме того, исследовав процесс распространения рассматриваемой рекламы, изучив принятые Обществом на себя обязательства, прихожу к выводу о том, что ООО «Клиника Здоровья» имело возможность проконтролировать порядок исполнения требований ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

В соответствии с постановлением от 14 сентября 2017 года по делу об административном правонарушении №03-32/2017-30 ООО «ГКК №1» уже привлекалось к административной ответственности в виде предупреждения по аналогичному факту распространения рекламы в отсутствие согласия абонента.

Сведения об аффилированности ООО «ГКК №1» и ООО «Клиника Здоровья» свидетельствуют о том, что ООО «Клиника Здоровья» было известно об этих обстоятельствах, и оно могло предпринять все необходимые меры во избежание повторения идентичной ситуации. Однако не сделало этого.

В соответствии с ч.1 ст. 4.1.1 КоАП РФ (в ред. Федерального [закона](#) от 03.07.2016 №316-ФЗ) 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](#) настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных [ч. 2 ст. 3.4](#) настоящего Кодекса.

Согласно ч.2 ст.3.4 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.

Понятие «субъекты малого и среднего предпринимательства» приведено в п. 1 ст.3 Федерального закона от 24.07.2007 №209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» (далее – Закон о развитии предпринимательства), где это хозяйствующие субъекты (юридические лица и индивидуальные предприниматели), отнесенные в соответствии с условиями, установленными настоящим Федеральным законом, к малым предприятиям, в том числе к микропредприятиям, и

средним предприятиям.

В соответствии с ч. 1 и ч.9 ст. 4.1. Закона о развитии предпринимательства сведения о юридических лицах и об индивидуальных предпринимателях, отвечающих условиям отнесения к субъектам малого и среднего предпринимательства, вносятся в единый реестр субъектов малого и среднего предпринимательства. Указанные сведения, содержащиеся в едином реестре субъектов малого и среднего предпринимательства, размещаются в сети Интернет на официальном сайте уполномоченного органа и являются общедоступными <...>.

Однако согласно сведениям официального Интернет-сайта Федеральной налоговой службы России ООО «Клиника Здоровья» не включено в реестр субъектов малого и среднего предпринимательства.

При вынесении постановления по делу об административном правонарушении была рассмотрена возможность применения к ООО «Клиника Здоровья» ст. 2.9 КоАП РФ (малозначительность совершенного правонарушения).

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

Из разъяснений Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, содержащихся в пункте 18 Постановления Пленума от 02 июня 2004 года №10 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» следует, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях (пункт 18.1. Постановления Пленума ВАС РФ от 02 июня 2004 года №10, введенный постановлением Пленума ВАС РФ от 20 ноября 2008 года №60).

По смыслу статьи 2.9. КоАП РФ оценка малозначительности деяния должна соотноситься с характером и степенью общественной опасности, причинением вреда либо с угрозой причинения вреда личности, обществу или государству.

Как указал Конституционный Суд РФ в Постановлении от 25.02.2014 № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 7.3, 9.1, 14.43, 15.19, 15.23.1 и 19.7.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с запросом Арбитражного суда Нижегородской области ...» меры административной ответственности и правила их применения, устанавливаемые законодательством об административных

правонарушениях, должны не только соответствовать характеру правонарушения, его опасности для защищаемых законом ценностей, но и обеспечивать учет причин и условий его совершения, а также личности правонарушителя и степени его вины, гарантируя тем самым адекватность порождаемых последствий для лица, привлекаемого к административной ответственности, тому вреду, который причинен в результате административного правонарушения, не допуская избыточного государственного принуждения и обеспечивая баланс основных прав индивида (юридического лица) и общего интереса, состоящего в защите личности, общества и государства от административных правонарушений <...> устанавливаемые КоАП РФ размеры административных штрафов должны соотноситься с характером и степенью общественной опасности административных правонарушений и обладать разумным сдерживающим эффектом, необходимым для соблюдения находящихся под защитой административно-деликтного законодательства запретов.

В рассматриваемом случае ООО «Клиника Здоровья» при соблюдении той степени добросовестности, которая требовалась от Общества в целях выполнения законодательно установленной обязанности, а также осуществления надлежащего контроля соблюдения законодательства при размещении рекламы, могло не допустить совершения административного правонарушения.

Оценив характер и конкретные обстоятельства совершенного правонарушения, роль правонарушителя в совершенном правонарушении, прихожу к выводу, что рассматриваемое правонарушение несет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям, в связи с этим не допустимо применение статьи 2.9. КоАП РФ. Применение в рассматриваемом случае статьи 2.9. КоАП РФ не обеспечит адекватную защиту охраняемым общественным отношениям, а главное, не приведет к достижению установленной законом цели предупреждения совершения новых правонарушений.

С учетом изложенного, основания для применения статьи 2.9 КоАП РФ в рассматриваемом случае отсутствуют.

Место совершения административного правонарушения – г. Иваново.

Дата совершения административного правонарушения – 24 ноября 2017 года.

Обстоятельством, смягчающим административную ответственность ООО «Клиника Здоровья», является совершение административного правонарушения, предусмотренного ст. 14.3 КоАП РФ, формально впервые.

Обстоятельств, отягчающих административную ответственность Общества, предусмотренных ст. 4.3 КоАП РФ, не установлено.

Обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении, предусмотренных ст. 24.5 КоАП, не установлено.

Руководствуясь статьями ст. 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

признать ООО «Клиника Здоровья» виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного ч.1 ст.14.3 КоАП РФ, и назначить административное наказание в виде штрафа в размере 100 000 (Сто 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. Реквизиты для перечисления суммы штрафа:

Платательщик ООО «Клиника Здоровья»

Получатель УФК по Ивановской области (Ивановское УФАС России)

Банк получателя ГРКЦ ГУ Банка России по Ивановской области г. Иваново

БИК банка 042406001

Счет 40101810700000010001

ИНН получателя 3728012720

КПП получателя 370201001

КБК получателя 16111626000016000140

Код ОКТМО 24701000

Назначение платежа: оплата штрафа по постановлению о наложении штрафа по делу об административном правонарушении №03-32/2018-09 от 26 марта 2018 года.

Копию документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, лицо, привлеченное к административной ответственности, направляет должностному лицу, вынесшему постановление (факс: 32-63-60).

Согласно ч. 1 ст. 20.25 КоАП неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного штрафа либо административный арест на срок до пятнадцати суток.

В соответствии с ч. 7 ст. 21 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об

исполнительном производстве» постановление о наложении штрафа может быть предъявлено к исполнению в течение двух лет со дня его вступления в законную силу.

В соответствии с ч. 3 ст. 30.1 и ч. 1 ст. 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражный суд в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно ч. 1 ст. 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.

Подпись должностного лица