Постановление

по делу №012/04/14.3-1038/2021 об административном правонарушении

«14» декабря 2021 года г. Йошкар-Ола

Я, заместитель руководителя – начальник отдела Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл <…>, рассмотрев протокол от «30» ноября 2021 года об административном правонарушении и материалы д е л а №012/04/14.3-1038/2021, возбужденного в отношении общества с ограниченной ответственностью «СПП-СПб» (<…>) по факту распространения 30.06.2021 в 15:52 на телефонный номер <...> (<...>) рекламной информации без согласия абонента, следующего содержания: «Добрый день. Юлия – компания СПП. Скажите, как я могу связаться с Вашим управляющим? По вопросу музыкального оформления Вашего фитнес-клуба, музыка авторская…Работаем со многими фитнес-клубами, это: …(перечисление и др.). Хотели бы Вам предложить аналогичную услугу» 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 генерального директора ООО «СПП-СПб» <…> при надлежащем извещении общества о дате, времени и месте рассмотрения дела,

УстановилА:

Марийским УФАС России возбуждено дело об административном правонарушении № 012/04/14.3-1038/2021 и проведении административного расследования в отношении ООО «СПП-СПб» по факту нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Определение о возбуждении дела об административно правонарушении № 012/04/14.3-1038/2021 и проведен административного расследования (исх.№ 03-07/898 от 17.11.2021) с указание места, даты, времени составления протокола об административно правонарушении направлены по юридическому адресу общества.

Согласно сведениям Почты России определение получено ООО «СПП-СП 23.11.2021.

Протокол об административном правонарушении от «30» августа 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 №012/04/14.3-1038/2021 об административно правонарушении (исх. №03-07/930 от 30.11.2021) с указанием дат времени, места рассмотрения дела об административном правонарушен направлена по юридическому адресу ООО «СПП-СП Согласно сведениям почты России 07.12.2021 протокол получен обществом.

Таким образом, ООО «СПП-СПб» на момент рассмотрения административно дела №012/04/14.3-1038/2021 надлежащим образом извещено о месте и време рассмотрения административного дела.

Событие административного правонарушения выразилось в следующем.

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республи Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) поступило заявление <…> (вх. 198-Г от 02.07.2021) о нежелательном рекламном звонке, поступившем 30.06.20 в 15:52 без согласия абонента, следующего содержания:

«Добрый день. Юлия – компания СПП. Скажите, как я могу связаться с Ваш управляющим? По вопросу музыкального оформления Вашего фитнес-клуб музыка авторская…Работаем со многими фитнес-клубами, это: …(перечислен и др.). Хотели бы Вам предложить аналогичную услугу».

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе реклама - информаци распространенная любым способом, в любой форме и с использовани любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование и поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Под объектом рекламирования понимают товар, средства индивидуализац юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товар результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том чис спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на рис игры, пари), на привлечение внимания, к которым направлена реклама (стат 3 Закона о рекламе).

В рассматриваемой рекламе объектом рекламирования являются услуги музыкальному оформлению фитнес-клуба.

Информация, направленная <…> в виде телефонного звонка, не обращена конкретному потребителю, из аудио-звонка не следует, что оно бы адресовано каким-либо определенным лицам, следовательно, являет неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее как конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информаци поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, его родственник, знакомый, которому передано право пользования, следовательно, получатели информации не могут быть определены.

Таким образом, информация, поступившая <…>, является рекламой, так как: звонок сделан посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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.

Так, указанная информация доводилась до абонента без предварительного согласия абонента на ее получение.

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, в случае, если будет доказана его вина.

При рассмотрении заявления антимонопольным органом установлен следующий механизм распространения указанного рекламного звонка.

Из материалов, представленных <…>, а именно аудио-звонка, Марийским УФАС России установлено, что звонок осуществлен Обществом с ограниченной ответственностью «Служба поддержки продаж-СПб» (далее – ООО «СПП-СПб»).

ООО «СПП-СПб» в письменных пояснениях в ответ на запрос (03-13/453 от 26.08.2021) указало, что звонок на номер <…> осуществлен сотрудниками компании ООО «СПП-СПБ» (<…>). Общество считает, что данный звонок не был направлен в адрес неопределенного круга лиц, а, наоборот, направлен в отношении конкретного абонента с предложением об услуге по музыкальному оформлению фитнес-клуба. СПП не оказывает услуг телемаркетинга или массового обзвона абонентов за вознаграждение. Звонки осуществляют штатные работники компании в ее интересах и в соответствии со своими служебными обязанностями. Как отмечает ООО «СПП-СПб» звонки делаются заранее определенному кругу лиц: представителям (сотрудникам, работникам) юридических лиц и индивидуальных предпринимателей с коммерческим предложением услуг, принятие информации о которых входит в их обязанности.

Однако, в соответствии с нормой, содержащейся в пункте 1 статьи 3 Закона о рекламе, 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.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение объекта рекламирования, в том числе, если она направляется по конкретному адресному списку (Письмо ФАС России №АД/45557/18 от 20.06.2018).

Следовательно, в рассматриваемом 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 «СПП СПб» и ООО «ЛайфТелеком» в такой форме, что данное согласие можно было бы трактовать как прямым и недвусмысленным волеизъявлением для получения информации рекламного характера о деятельности ООО «СПП СПб» и товарах, реализуемых данным обществом.

В рамках рассмотрения дела №012/05/18-805/2021 Марийским УФАС России установлено, что между ООО «СПП-СПб» и ООО «ЛайфТелеком» заключен агентский договор №SPP34067 от 15.06.2011. Предметом данного договора является исполнение ООО «ЛайфТелеком» поручения от ООО «СПП-СПб» на заключение договоров в пользу ООО «СПП-СПб» на предоставление услуг в сети Интернет, в том числе услуг связи и телематических услуг, то есть на заключение договоров с операторами связи. При этом ООО «ЛайфТелеком» само оператором не является и не оказывает услуг связи и телематических услуг своим клиентам.

Установлено, что в рамках данного договора у ООО «ЛайфТелеком» не было поручений на заключение договоров на предоставление услуг по передаче текстовых сообщений, соответственно таких услуг в рамках заключенных при участии ООО «ЛайфТелеком» договоров ООО «СПП-СПб» использовать не могло.

Кроме того, между ООО «ЛайфТелеком» и ООО «СПП-СПб» не были и сейчас не заключены договоры, предметом которых является размещение рекламно-информационных материалов, осуществление рассылок или каких-либо иных действий по распространению сообщений рекламного характера.

ООО «СПП-СПб» пояснило, что телефонная связь используется в интересах компании «Служба Поддержки Продаж».

На основании вышеизложенного, Марийским УФАС России установлено, что при осуществлении 30.06.2021 в 15:52 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.

Таким образом, Марийское УФАС России приходит к выводу, что в данном случае рекламодателем, рекламопроизводителем и рекламораспространителем рекламной информации является ООО «СПП-СПб».

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

Согласно части 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Статьей 26.1 КоАП РФ 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.

Согласно пункту 1 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое КоАП РФ или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

В силу статьи 2.2 КоАП РФ административное правонарушение признается совершенным умышленно, если лицо, его совершившее, сознавало противоправный характер своего действия (бездействия), предвидело его вредные последствия и желало наступления таких последствий или сознательно их допускало либо относилось к ним безразлично. Административное правонарушение признается совершенным по неосторожности, если лицо, его совершившее, предвидело возможность наступления вредных последствий своего действия (бездействия), но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывало на предотвращение таких последствий либо не предвидело возможности наступления таких последствий, хотя должно было и могло их предвидеть.

Антимонопольным органом установлено, что ООО «СПП-СПб» при должной внимательности и осмотрительности при размещении рекламы могло предвидеть последствия - возможность нарушения законодательства о рекламе, имел возможность выполнить возложенную на него обязанность, и предотвратить совершение административного правонарушения, но не предпринял всех зависящих от него мер по соблюдению действующего законодательства о рекламе.

Антимонопольный орган, на основе собранных по делу доказательств, приходит к выводу, что вина ООО «СПП-СПб» в нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе установлена.

Место, время совершения и событие административного правонарушения:

Место совершения административного правонарушения: г. Москва.

Время совершения административного правонарушения: 30.06.2021, 15:52 – время поступления звонка без согласия абонента.

Состав административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, совершенного ООО «СПП-СПб», 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 – ООО «СПП-СПб»;

- субъективная сторона – виновное совершение административного правонарушения, так как у ООО «СПП-СПб» 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 ООО «СПП-СПб». 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 admini стративного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и огра ничиться 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 ООО «СПП-СПб» содержат нарушение законодательства о рекламе и свидетельствуют о пренебрежительном отношении Общества к исполнению своих обязанностей по соблюдению норм в сфере законодательства о рекламе.

Совершенное ООО «СПП-СПб» 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 административно правонарушении (ст. 24.5 КоАП РФ), не установлено.

На рассмотрении дела об административном правонарушении генеральны директор ООО «СПП - СПб» поддержал доводы, изложенные ранее.

В соответствии с частью 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ являющимся субъектам малого и среднего предпринимательства лицам, осуществляющи предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, юридическим лицам, а также их работникам за впервые совершенно административное правонарушение, выявленное в ходе осуществлени государственного контроля (надзора), муниципального контроля, в случая если назначение административного наказания в виде предупреждения н предусмотрено соответствующей статьей раздела II КоАП РФ или закон субъекта Российской Федерации об административных правонарушения административное наказание в виде административного штрафа подлежи замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренны частью 2 статьи 3.4 КоАП РФ.

В силу части 2 статьи 3.4 КоАП РФ предупреждение устанавливается з впервые совершенные административные правонарушения при отсутстви причинения вреда или возникновения угрозы причинения вреда жизни здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающе среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры народов Российской Федерации, безопасности государства, угроз чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также пр отсутствии имущественного ущерба.

Совершенное обществом административное правонарушение предусмотренное частью 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административны правонарушениях, не относится к исключениям, установленным частью 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 ООО «СПП - СПб» ранее привлекалось за совершени аналогичного правонарушения, в материалах дела об административно правонарушении отсутствуют. Аналогично отсутствует документальн подтвержденная информация о возникновении причинения вреда ил возникновения угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей, объекта животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурног наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федераци безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного техногенного характера при совершении рассматриваемог

правонарушения, наличии материального ущерба.

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

Предупреждение является официальным предостережением лица недопустимости противоправного поведения. Вынесение предупреждени является профилактической мерой, которая призвана побудит правонарушителя к добровольному исполнению нарушенной им ж обязанности, способствовать выполнению им правовых обязанностей. Вмест с тем применение этой меры, как и других административных санкций, влече для правонарушителя неблагоприятные правовые последствия. Субъек ответственности в течение года считается лицом, привлекавшимся 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 ООО «СПП - СПб» 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 общество с ограниченной ответственностью «СПП-СПб» (<…>) к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ и назначить ему наказание в виде предупреждения.

В соответствии с частями 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