

ПРОТОКОЛ № 012/04/14.3-1038/2021

об административном правонарушении

«30» ноября 2021 года
Йошкар – Ола

г.

Протокол составлен ведущим специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов <...> соответствии со статьей 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО «СПП-СПб» (<...>) по факту в 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 данное административное правонарушение предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

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

Событие административного правонарушения:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) поступило заявление <...> (вх. № 198-Г от 02.07.2021) о нежелательном рекламном звонке, поступившем 30.06.2021 в 15:52 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».

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе реклама - информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная

на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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).

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

Информация, направленная <...> в виде телефонного звонка, не обращена к конкретному потребителю, из аудио-звонка не следует, что оно было адресовано каким-либо определенным лицам, следовательно, является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель 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 рекламодателе.

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 рекламодателя. Требование законодателя относительно обязанности рекламодателя 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 рекламодателя 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 рекламодателя. 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; рекламодатель - 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 рекламодателем 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 рекламодателем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

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

Согласно пункту 2 статьи 2.1 КоАП РФ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению, однако не совершило указанных действий.

В соответствии с пунктом 1 статьи 25.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами, в том числе правом обжаловать постановление по делу в течение 10 дней согласно статьям 30.1, 30.3 КоАП РФ.

Протокол составлен по правилам статьи 28.2 КоАП РФ в присутствии генерального директора ООО «СПП-СПб <...>, при надлежащем извещении о дате, времени и месте составления протокола об административном правонарушении ООО «СПП-СПб» (по юридическому адресу ООО «СПП-СПб» направлено определение о возбуждении дела об административном правонарушении №012/04/14.3-1038/2021 и проведении административного расследования исх. №03-07/898 от 12.11.2021, которое согласно сведениям почта России получено обществом 23.11.2021).

Дата, место и время рассмотрения дела об административном правонарушении: «14» декабря 2021 года в 11 час. 00 мин. по адресу: ул. Волкова, д. 164, г. Йошкар-Ола, Республика Марий Эл, 424000.

С протоколом ознакомлен(а),
права и обязанности разъяснены.

Даю согласие на

обработку персональных данных.

(ФИО, подпись лица, привлекаемого к

административной
ответственности)

<...>

(Ф.И.О. составившего протокол)

«30» ноября 2021 года

(подпись)

Объяснения лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении:

В ответ на определение о возбуждении дела об административном правонарушении №012/04/14.3-1038/2021 и проведении административного расследования ООО «СПП-СПб» представило письменные пояснения с приложением документов, которые ходатайствовало приобщить к материалам административного дела №012/04/14.3-1038/2021.

В пояснениях ООО «СПП-СПб» указало, что Общество не согласно с вменяемым правонарушением, так как фактически номер (495) 1663163 использовался ИП Голубев Е.А. (клуб AirFit) на бездоговорной основе в коммерческих целях.

ИП Голубев Е.А. не является абонентом. Часть 1 статьи 18 «Закона о рекламе» регулирует лишь права абонентов, т. е. лиц, являющихся стороной договора оказания услуг связи. Заявление подано от лица гражданина Голубева Е.А., который не являлся стороной во вменяемом правонарушении и к нему не обращено предложение о сотрудничестве. Заявление гражданина Голубева Е.А. основано на заведомо ложных сведениях, сделано умышленно и подкреплено договором абонента телефонной связи, вводящим ФАС РФ в заблуждение. Гражданин Голубев Е.А. не мог не знать, что в звонке представился «клуб AirFit», а, следовательно, стороной переговоров является ИП Голубев Е.А.

Содержание сообщения, указанное заместителем руководителя - начальником отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России Ерошкиной О.В., указанное в определении о возбуждении дела №12/05/18- 805/2021, начинается с 24 секунды предоставленной нами фонограммы. Требуется установить достоверность фонограммы, предоставленной Голубевым Е.А. на наличие признаков внесения изменений. Согласно справки ООО «ЛайфТелеком» исх.1125 от 21.09.2021, где указаны характеристики звонка, его длительность 2 минуты 10 секунд. В случае, если фонограмма Голубева Е.А. на 22-24 секунды короче, - она не будет отвечать требованию достоверности, т.е. будет содержать признаки внесения изменений (признаки фальсификации доказательства).

Доказательством Марийского УФАС России заявлен договор использования услуг связи на номер (495)1663163, заключенный гражданином Голубевым Е.А. Фактически считаем, это косвенное доказательство. Договор - соглашение сторон, по которому стороны приобретают права и обязанности. Выбрав себя абонентом связи гражданин Голубев Е.А. взял на себя обязанность использовать его только в личных целях (ч.1 ст.23 ГК РФ, ст.14.1 КоАП РФ). На момент заключения договора оказания услуг связи Голубев Е.А. зарегистрирован индивидуальным предпринимателем (ОГРИП 313504420700012 внесена в ЕГРИП запись 26.07.2013), и имел право и возможность заключить договор оказания услуг связи от лица гражданина Голубева Е.А. и ИП Голубева Е.А. Правила оказания услуг телефонной связи (утв. постановлением Правительства РФ от 9 декабря 2014 г. № 1342) (далее –

правила). Согласно п.2.ч.1 Правил «абонент» - пользователь услуг телефонной связи, с которым заключен договор об оказании услуг телефонной связи при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации. Согласно п.14.ч.3 Правил «Сторонами по договору выступают гражданин, юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, с одной стороны, и оператор связи, с другой стороны. Договор, заключаемый с гражданином, является публичным договором».

Кроме того, ООО «СПП-СПб» пояснило, что с целью получения доказательств обществом заключен договор оказания услуг по проведению исследования №439 от 20.09.2021 с Автономной некоммерческой организацией «Судебно-экспертный центр «Специалист», заключение №439-09/21 от 21 сентября 2021 года по исследованию цифровой информации и акт выполненных работ прилагается общество просит приобщить к материалам административного дела.

ООО «СПП –СПб» представило пояснения, в которых указало, что запись звонка выполняется автоматически, согласно регламенту компании СПП, для всех входящих\исходящих звонков. Длительность записи 2 минуты 9 секунд. Доказательством того, что запись содержит весь разговор является письмо от ООО «ЛайфТелеком» исх.1125 от 21.09.2021, подписанное ЭЦП ООО «ЛайфТелеком». В нем указаны характеристики звонка, в том числе длительность 2 минуты 10 секунд. Исходящий, начало звонка - 2021-06-30 15:49:02.

Согласно ч.1 ст.19 ГК РФ «Гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем... В случаях и в порядке, предусмотренных законом, гражданин может использовать псевдоним (вымышленное имя).» ч.1ст.1538 ГК РФ Коммерческое обозначение «...индивидуальные предприниматели могут использовать для индивидуализации принадлежащих им торговых, промышленных и других предприятий (статья 132) коммерческие обозначения, не являющиеся фирменными наименованиями и не подлежащие обязательному включению в учредительные документы и единый государственный реестр юридических лиц.» Вступительной частью договора-оферты оказания возмездных услуг — Индивидуальный Предприниматель Голубев Е.А. приравнял к использованию имени, под которым он выступает в сделках коммерческое обозначение «клуб AirFit».

С момента представления в записи на 22 секунде «Добрый день, клуб AirFit» гражданин Голубев Е.А. приобрел и осуществлял права и обязанности ИП Голубев Е.А. В письме № АД/45557/18 от 20.06.2018 «Об оценке неопределенного круга лиц в рекламе».

Согласно пункту 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» реклама – это 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. В данной норме 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.»

Участники события, зафиксированного на фонограмме в виде аудио-записи определены, они представились — это коммерческие организации: «клуб AirFit» (ИП Голубев Е.А. - основания изложены выше) и «компания СПП». От лица коммерческих организаций переговоры вели: Управляющий и Юлия. В процессе переговоров Управляющему клуба AirFit было сделано персональное предложение (о чем говорит фраза - «музыкальное оформление для Вашего фитнес-клуба»). Переговоры велись по телефону, поэтому целевая аудитория предложения не может быть расширена.

ООО «СПП-СПб» пояснило, что согласно пункту 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», письму № АД/45557/18 от 20.06.2018 «Об оценке неопределенного круга лиц в рекламе» данное сообщение не является рекламой. Это, персональное предложение сотрудничества, являющееся этапом заключения сделки (получения прибыли). Получение прибыли является основной целью предпринимательской деятельности, которая реализуется через заключение сделок.

Абз.3 ч.1 ст.2 ГК РФ «Гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, исходя из того, что предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, должны быть зарегистрированы в этом качестве в установленном законом порядке, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом.» Статья 153 ГК РФ «Сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей.» ч.4 ст.1 ГК РФ «Никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения.» ч.5 ст.1 ГК РФ «Товары, услуги и финансовые средства свободно перемещаются на всей территории Российской Федерации.»

В соответствии со ст. 28.2 КоАП РФ копию протокола получил:

(ФИО лица, получившего протокол)

« _____ » _____ 2020 г.

(подпись)

Также сообщаем, что возможность участия в составлении протокола будет организована посредством удаленного доступа через программу «TrueConf Server» по ссылке: **<https://fas1.tconf.rt.ru/c/7595541492>**.

Подключение к конференции возможно в том числе со смартфона или планшета под управлением операционной системы Android или iOS.

Инструкция для участников видеоконференцсвязи прилагается к настоящему уведомлению.

Информацию об участии в составлении протокола посредством удаленного доступа необходимо сообщить в Марийское УФАС России по телефону 8 (8362) 41-76-21.