

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о наложении штрафа по делу № 04-5/2-10-2018

об административном правонарушении

«14» июня 2018 года

г. Тверь

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Тверское УФАС России) Посохова Л.В., рассмотрев протокол об административном правонарушении от 01.06.2018, составленный в отношении юридического лица Акционерного общества «ЭР-Телеком Холдинг» (614990, г. Пермь, шоссе Космонавтов, д. 111, корп. 43, ОГРН 1065902028620, ИНН 5902202276, КПП 590501001, дата регистрации 22.03.2006, далее – АО «ЭР-Телеком Холдинг») события административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), и материалы дела № 04-5/2-10-2018 об административном правонарушении, а также и материалы дела № 04-6/2-28-2017 о нарушении законодательства о рекламе,

УСТАНОВИЛ:

02.03.2018 Тверское УФАС России по заявлению К. (далее – заявитель) рассмотрело дело № 04-6/2-28-2017 о нарушении законодательства о рекламе и признало рекламу, распространенную 18.10.2017 в 16:45 посредством телефонной связи на номер <...> , выделенный заявителю (г. Тверь), без предварительного ее согласия ненадлежащей; действия АО «ЭР-Телеком Холдинг» - нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

В соответствии со статьей 3 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; объект рекламирования - товар, средство его индивидуализации, 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; товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

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

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством телефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонализированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования являются услуги компании под брендом Дом.ru.

Согласно части 1 статьи 5 Закона о рекламе, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются. Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона о рекламе недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте.

В соответствии с частью 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**. 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.

Таким образом, обязанность доказать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламодателя.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее: «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. При этом необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, 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».

Телефонный номер абонента +79066529060 отнесен к ресурсу нумерации оператора связи ПАО «ВымпелКом». На вышеуказанный телефонный номер <...> .10.2017 в 16:33 поступил звонок с абонентского номера +74822781724, звонивший представился

представителем компании «Дом.ru» и предложил заявителю воспользоваться услугами связи вышеуказанной компании. Заявитель отказался от предложенных услуг и просил в будущем не звонить по аналогичному поводу. Несмотря на отказ заявителя, 18.10.2017 в 16:45 поступил звонок с вышеуказанного номера от представителя той же компании «Дом.ru».

Содержание телефонных разговоров 06.10.2017 и 18.10.2017 однозначно свидетельствует о том, что их целью является ознакомление с услугами связи АО «ЭР-Телеком Холдинг». При этом заявитель не является абонентом АО «ЭР-Телеком Холдинг», а является абонентом иного оператора связи, АО «ЭР-Телеком Холдинг» это обстоятельство известно, следовательно, звонки направлены на привлечение внимания к услугам АО «ЭР-Телеком Холдинг», формирование или поддержание интереса именно к услугам вышеуказанной компании и их продвижение на рынке, т.е. имеют рекламную цель.

В подтверждение вышеуказанного факта Заявителем представлены аудиозапись телефонных соединений и детализация звонков, предоставленных ПАО «ВымпелКом» в период с 04.10.2017 по 18.10.2017.

Законом о рекламе предусмотрена обязанность рекламодателя по получению предварительного согласия абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя, АО «ЭР-Телеком Холдинг» не представило доказательства наличия такого согласия заявителя, Заявитель подтвердил отсутствие согласия.

Действия АО «ЭР-Телеком Холдинг» по распространению 18.10.2017 в 16:45 рекламы посредством телефонной связи на выделенный заявителю телефонный номер <...> совершены без предварительного согласия абонента и с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Позиция АО «ЭР-Телеком Холдинг» изложена в письме от 31.05.2018 № б/н и заключается в следующем. АО «ЭР-Телеком Холдинг» полагает, что не допустило нарушение Закона о рекламе, поскольку звонок 18.10.2017 не носил рекламный характер.

Однако содержание разговора свидетельствует о том, что звонки имели именно рекламную цель, поскольку имели целью ознакомить абонентов иных операторов связи с условиями оказания услуг связи АО «ЭР-Телеком Холдинг», заинтересовать, т.е. направлены на увеличение количества абонентов. Звонки поступили дважды в течение октября 2017 года, о чем свидетельствует детализация входящих звонков от оператора связи – ПАО «ВымпелКом», заявитель не являлся абонентом АО «ЭР-Телеком Холдинг», не выразил заинтересованность в получении информации об услугах АО «ЭР-Телеком Холдинг», напротив, вполне определенно во время первого звонка выразил отказ на получение информации об услугах связи, оказываемых АО «ЭР-Телеком Холдинг», однако, АО «ЭР-Телеком Холдинг» проигнорировало такой отказ.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

Нарушение рекламодателем законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой административную ответственность в соответствии со статьей 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 статьи 14.3, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц -

от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

В действиях АО «ЭР-Телеком Холдинг» имеется событие административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Дата совершения административного правонарушения – 18.10.2017.

Место совершения административного правонарушения: г. Тверь.

В соответствии с частями 1 и 2 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 соответствии с частью 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 КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

При рассмотрении дела учитываются положения пункта 16.1 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, согласно которому при рассмотрении дел об административных правонарушениях следует учитывать, что понятие вины юридических лиц раскрывается в части 2 статьи 2.1 КоАП РФ, при этом в отличие от физических лиц в отношении юридических лиц КоАП РФ формы вины не выделяет. Следовательно, и в тех случаях, когда в соответствующих статьях Особенной части КоАП РФ возможность привлечения к административной ответственности за административное правонарушение ставится в зависимость от формы вины, в отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению (часть 2 статьи 2.1 КоАП РФ).

В соответствии со статьей 24.1 АП РФ задачами производства по делу об административных правонарушениях является всестороннее, полное и объективное выяснение обстоятельств дела, разрешению его в соответствии с законом.

Согласно части 1 статьи 3.1 КоАП РФ административное наказание является установленной государством мерой ответственности за совершение административного правонарушения и применяется в целях предупреждения совершения новых правонарушений как самим правонарушителем, так и другими лицами.

Административное правонарушение совершено АО «ЭР-Телеком Холдинг» виновно, так как общество обязано было обеспечить соблюдение требований, предусмотренных Законом о рекламе, имело такую возможность, но не обеспечило соблюдение вышеуказанных требований, в результате чего нарушены права потребителя на надлежащую рекламу. Требования статьи 18 Закона о рекламе абсолютны и легко исполнимы, их исполнение не сопряжено с какими-либо сложностями технического или иного характера.

Виновность АО «ЭР-Телеком Холдинг» в совершении административного правонарушения подтверждается материалами дела № 04-5/2-10-2018 об административном правонарушении, материалами дела № 04-6/2-28-2017 о нарушении

законодательства о рекламе.

В соответствии со статьей 4.5 КоАП РФ срок давности привлечения к административной ответственности за нарушения законодательства о рекламе составляет 1 год, т.е. на момент вынесения настоящего постановления срок давности не истек.

При решении вопроса о возможности применения положений статьи 2.9 КоАП РФ учитывается следующее. В соответствии со статьей 2.9 КоАП РФ малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, с учетом характера, степени общественной опасности, наличия или угрозы причинения вреда личности, обществу или государству. Квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится с учетом положений пункта 21 постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 24.03.2005 № 5 и пункта 18 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 применительно к обстоятельствам конкретного совершенного лицом деяния. Каких-либо чрезвычайных и не зависящих от АО «ЭР-Телеком Холдинг» обстоятельств, которые препятствовали последнему исполнить требования Закона о рекламе, не установлено. Заявитель полагает свои права существенно нарушенными, в связи с чем и обратился в Тверское УФАС России с настоящим заявлением. Действия АО «ЭР-Телеком Холдинг» свидетельствуют о пренебрежительном отношении юридического лица к требованиям действующего законодательства, что повлекло ущемление интересов Заявителя, в связи с чем не усматривается оснований для применения статьи 2.9 КоАП РФ.

Основания для применения статьи 4.1.1 КоАП РФ не установлены, поскольку АО «ЭР-Телеком Холдинг» не значится в Реестре субъектов малого и среднего предпринимательства.

В соответствии с частью 3.2 статьи 4.1 КоАП РФ при наличии исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением привлекаемого к административной ответственности юридического лица, судья, орган, должностное лицо, рассматривающие дела об административных правонарушениях либо жалобы, протесты на постановления и (или) решения по делам об административных правонарушениях, могут назначить наказание в виде административного штрафа в размере менее минимального размера административного штрафа, предусмотренного соответствующей статьей, в случае, если минимальный размер административного штрафа для юридических лиц составляет не менее ста тысяч рублей.

В соответствии с частью 3.3 статьи 4.1 КоАП РФ при назначении административного наказания в соответствии с [частью 3.2](#) КоАП РФ размер административного штрафа не может составлять менее половины минимального размера административного штрафа, предусмотренного для юридических лиц соответствующей статьей.

При рассмотрении настоящего дела учтен характер административного правонарушения, ходатайство АО «ЭР-Телеком Холдинг» от 14.06.2018 о применении положений части 3.2 статьи 4.1 КоАП РФ, в связи с чем размер штрафа определен в размере половины минимального размера административного штрафа, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Руководствуясь ст. 33 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», частью 1 статьи 14.3, статьями 4.1, 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать юридическое лицо Акционерное общество «ЭР-Телеком Холдинг» (ОГРН 1065902028620, ИНН 5902202276, КПП 590501001) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Наложить на Акционерное общество «ЭР-Телеком Холдинг» (ОГРН 1065902028620, ИНН 5902202276, КПП 590501001) административный штраф в размере 50 000 (пятьдесят тысяч) рублей.

Реквизиты для перечисления штрафа: ХХХ

*Согласно части 1 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, **не позднее 60 дней** со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.*

*При отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, **по истечении 60 дней** Управлением Федеральной антимонопольной службы по Тверской области будут направлены соответствующие материалы судебному приставу-исполнителю для взыскания сумм штрафа в порядке, предусмотренном федеральным законодательством (пункт 5 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях). Кроме того, Управление вправе принять решение о привлечении лица, не уплатившего административный штраф, к административной ответственности в соответствии со статьей 20.25 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.*

Постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в соответствии со статьями 30.1 - 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в суд в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

Заместитель руководителя управления

Л.В. Посохова