

Индивидуальному підприємателю

<...>

Постановление о назначении административного наказания

по делу об административном правонарушении

№ 042/04/14.3-785/2023

«05» июля 2023г. г. Кемерово, ул. Ноградская, 5

Резолютивная часть объявлена – 05.07.2023

Полный текст постановления изготовлен – 06.07.2023

Я, <...>, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области, рассмотрев протокол и материалы дела об административном правонарушении № 042/04/14.3-785/2023, возбужденного протоколом от 21.06.2023 в отношении индивидуального підприємателя <...> (далее - ИП <...>, ИНН 710607990241, ОГРНИП 318774600199662, дата присвоения ОГРНИП 11.04.2018, <...>) в отсутствие ИП <...>, защитника ИП <...>, уведомленных надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения данного дела,

УСТАНОВИЛА:

11.05.2023 Комиссией Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по результатам рассмотрения дела № 042/05/18-445/2023 о нарушении законодательства о рекламе, вынесено решение о признании ИП <...> нарушившим требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту - ФЗ «О рекламе») при распространении 23.02.2023 в 15 часов 59 минут без согласия заявителя на его абонентский номер <...> посредством телефонного звонка от абонента <...> рекламы следующего содержания:

«... - Меня зовут <...>, я представляю интересы компании Ростелеком, можете говорить? Это займет буквально минуту.

- Говорите, разговор записывается.

- Дело в том, что совсем недавно компания Ростелеком полностью обновила свое оборудование и всем новым абонентам предоставляет домашний интернет и

телевидение с выгодой до 50 процентов. А самое главное, вы получаете в подарок онлайн кинотеатр Винк совершенно бесплатно. И давайте сразу посмотрим есть ли такая возможность в вашем регионе. В каком городе проживаете?...».

Поступление звонка 23.02.2023 в 15 часов 59 минут на абонентский номер <...> подтверждается представленной записью разговора, скриншотом с телефона заявителя о поступившем звонке, детализацией представленных услуг по абонентскому номеру <...>.

Из заявления следует, что согласие на получение вышеуказанной рекламы посредством телефонного звонка на абонентский номер <...> заявитель не давал.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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.

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» согласно части 1 статьи 18 ФЗ «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 телефон поступила реклама.

Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки (часть 1 статьи 44.1 Закона о связи).

Поскольку Законом о рекламе не определены порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. При этом под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение (пункт 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

Таким образом, распространение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи возможно лишь при получении на это предварительного согласия лица, которому фактически принадлежит телефонный номер (абонент).

В данном случае бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламодателе, в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

Из информации, представленной в адрес Кемеровского УФАС России ПАО «Вымпелком» (исх. № ВР-04/ б/н от 14.03.2023, вх. № 2431/23 от 14.03.2023) следует, что абонентский номер <...> выделен по договору об оказании услуг связи Билайн № 772522221 от 27.10.2020 индивидуальному предпринимателю <...> (ИНН 710607990241, ОГРНИП 318774600199662, дата присвоения ОГРНИП 11.04.2018, <...>).

Из пояснений ИП <...> следует, что при осуществлении звонка перед озвучиванием информации оператором задается абоненту вопрос о согласии прослушать информацию. В случае отказа абонента, распространение рекламы не производится.

ИП <...> сообщает, что из записи стенограммы телефонного разговора заявитель дал четкое и однозначное согласие на получение рекламы посредством телефонного звонка, ответив «Говорите».

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», данный закон 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.

Однако, Кемеровским УФАС России из записи стенограммы телефонного звонка, поступившего заявителю 23.02.2023 в 15 часов 59 минут на абонентский номер <...> было установлено, что заявитель отвечает на следующий вопрос оператора:

Вопрос оператора «... - Меня зовут <...>, я представляю интересы компании Ростелеком, можете говорить? Это займет буквально минуту

Ответ заявителя: «Говорите. Разговор записывается».

Фраза «...можете говорить?...» употребляется в официальной, а также в разговорной речи преимущественно по телефонной связи для уточнения у абонента (или другого лица), к которому обращаются, продолжить разговор.

Как утверждает ИП <...> при осуществлении звонка перед озвучиванием информации, оператором задается вопрос абоненту о согласии прослушать информацию. Вместе с тем, данный вопрос о согласии на прослушивание информации оператором озвучен не был.

В данном случае слова «Можете говорить?», «Говорите» не являются подтверждением того, что Заявителем дано согласие на прослушивание информации рекламного характера посредством телефонного звонка, а рекламодателем получено предварительное согласие от абонента-Заявителя именно на получение рекламы.

Также ИП <...> представил агентский договор № 01/25/724/22 от 25.03.2022,

заключенный между ИП <...> (Агентом) и ПАО «Ростелеком» (Принципалом) об оказании услуг связи Абонентам (пользователям) в соответствии с имеющимися лицензиями, подключение услуг связи дополнительно/взамен уже подключенным, а также проведение исходящего обзвона с предоставлением абоненту консультации с целью продвижения услуг связи ПАО «Ростелеком» (Принципала) на основании представленной выборки.

Согласно данному агентскому договору в пункте 6 - ответственность сторон подпунктом 6.8.1 прописано: «Дополнительно к любым иным заверениям и гарантиям, предусмотренным Договором Агент (ИП <...>) подтверждает и гарантирует, что: При исполнении настоящего Договора в рамках работы по Холодным базам (набор контактов потенциальных Абонентов, не имеющих услуг ПАО «Ростелеком») Агент будет соблюдать требования ФЗ «О рекламе», в том числе требования ст.18 о получении предварительного согласия Абонента на получение рекламы».

Из обращения следует, что согласие на получение вышеуказанной рекламы посредством телефонного звонка на абонентский номер <...> Заявитель не давал.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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.

Следовательно, распространение ИП <...> рекламы посредством телефонного звонка без согласия абонента <...>, содержит признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель.

В данном случае рекламодателем является ИП <...>.

Административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламодателем, рекламопроизводителем требований законодательства Российской Федерации о рекламе установлена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП РФ) и влечет наложение штрафа на физических лиц – 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.

Действия ИП <...>, выразившиеся в нарушении требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством телефонного звонка, подлежат квалификации как действия, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, согласно которой нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о

рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 статьи 14.3 КоАП РФ, частью 4 статьи 14.3.1 статьями 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ, влечет наложение штрафа на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей.

Время совершения ИП <...> административного правонарушения: 23.02.2023 в 15 часов 59 минут.

Место совершения ИП <...> административного правонарушения: Кемеровская область - Кузбасс.

19.05.2023 уведомлением о составлении протокола были назначены дата, время и место составления и подписания протокола на 21.06.2023 на 08 часов 30 минут. Уведомление было направлено в адрес ИП <...> заказным письмом с уведомлением о вручении (возврат почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

21.06.2023 состоялась процедура составления и подписания протокола № 042/04/14.3-785/2021 об административном правонарушении в отсутствие ИП <...>, защитника ИП <...>, уведомленных надлежащим образом о дате, времени и месте составления и подписания протокола об административном правонарушении.

21.06.2023 определением о назначении даты, времени и места рассмотрения дела об административном правонарушении № 042/04/14.3-785/2023 были назначены дата, время и место рассмотрения данного дела об административном правонарушении на 05.07.2023 на 08 часов 30 минут. Копии определения и протокола были направлены в адрес ИП <...> заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» с пометкой «возврат из-за истечения срока хранения» имеется в материалах дела).

05.07.2023 состоялось рассмотрение дела № 042/04/14.3-785/2023 в отсутствие ИП <...>, защитника ИП <...>, уведомленных надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения данного дела.

Изучив материалы дела № 042/04/14.3-785/2023 об административном правонарушении, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области приходит к следующим выводам.

Действия ИП <...>, выразившиеся в нарушении требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством телефонного звонка, подлежат квалификации как действия, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

В соответствии со статьей 1.5 КоАП РФ лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

Согласно части 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.

Исходя из смысла данной нормы, лицо не подлежит ответственности в том случае, если будет доказано, что соблюдение норм и правил было невозможно в силу чрезвычайных событий и обстоятельств, которые данное лицо не могло ни предвидеть, ни предотвратить при соблюдении той степени заботливости и осмотрительности, которая от него требовалась.

ИП <...> документально не подтвердил наличие чрезвычайных событий и обстоятельств, не позволивших распространить рекламу с соблюдением требований законодательства Российской Федерации о рекламе.

Таким образом, у ИП <...> имелась возможность для соблюдения предусмотренных законом требований, тем не менее, данным лицом всех зависящих мер по соблюдению законодательства Российской Федерации предпринято не было.

Следовательно, действия ИП <...>, выразившиеся в нарушении требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством телефонного звонка, следует признать виновными.

Факт совершения административного правонарушения ИП <...> подтверждается протоколом по делу № 042/04/14.3-785/2023 от 21.06.2023, решением Комиссии Кемеровского УФАС России по делу № 042/05/18-445/2021 от 17.08.2023 и другими материалами.

Срок давности привлечения ИП <...> к административной ответственности, установленный частью 1 статьи 4.5 КоАП РФ за нарушение законодательства о рекламе, на момент вынесения настоящего постановления не истек.

При рассмотрении данного дела заместителем руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области были учтены личность виновного, его имущественное положение, рассмотрен вопрос о наличии, отсутствии обстоятельств, смягчающих административную ответственность, и обстоятельств, отягчающих административную ответственность.

Согласно Единому реестру субъектов малого предпринимательства, размещенного на официальном сайте rsmp.nalog.ru ИП <...> имеет статус малого предприятия.

В соответствии с частью 2 статьи 3.4 КоАП РФ 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.

Согласно части 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ 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 частью 2 статьи 3.4 настоящего Кодекса, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 настоящей статьи.

Таким образом, положение о возможности замены штрафа на предупреждение за впервые совершенное административное правонарушение может быть применено по статье 14.3 КоАП РФ в случае, если дело об административном правонарушении было возбуждено по итогам проведения контрольного (надзорного) мероприятия с взаимодействием с контролируемым лицом, проверки, в ходе которых было установлено соответствующее нарушение законодательства о рекламе.

В случае, если дело об административном правонарушении, ответственность за совершение которого предусмотрена статьей 14.3 КоАП РФ, возбуждено антимонопольным органом без проведения контрольных (надзорных) мероприятий, проверки, часть 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ не подлежит применению.

Указанная позиция отражена в письме ФАС России № МШ/116843/22 от 27.12.2022.

Кемеровским УФАС России данное дело об административном правонарушении, ответственность за совершение которого предусмотрена статьей 14.3 КоАП РФ возбуждено без проведения контрольных (надзорных) мероприятий, проверки, по итогам рассмотрения дела по признакам нарушения законодательства о рекламе (дело № 042/04/14.3-785/2023), при этом нарушение совершено не впервые, следовательно часть 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ не подлежит применению, административное наказание в виде административного штрафа не подлежит замене на предупреждение.

В части 1 статьи 4.2 КоАП РФ перечислен перечень закрепленных смягчающих вину обстоятельств, включая добровольное прекращение противоправного поведения лицом, совершившим административное правонарушение; добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении лицом, совершившим административное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим контроль (надзор).

Заместитель руководителя Кемеровского УФАС России считает возможным с учетом положений части 2 статьи 4.2 КоАП РФ признать в качестве обстоятельств, смягчающих вину ИП <...> добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении лицом, совершившим административное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим контроль (надзор).

В силу пункта 2 части 1 статьи 4.3 КоАП РФ отягчающим обстоятельством признается повторное совершение однородного административного правонарушения, то есть совершение административного правонарушения в период, когда лицо считается подвергнутым административному наказанию в соответствии со статьей 4.6 настоящего Кодекса за совершение однородного административного правонарушения.

В соответствии со статьей 4.6 КоАП РФ лицо, которому назначено административное наказание за совершение административного правонарушения, считается подвергнутым данному наказанию со дня вступления в законную силу постановления о назначении административного наказания до истечения одного года со дня окончания исполнения данного постановления.

Заместителем руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области установлено, что ИП <...> был привлечен к административной ответственности Санкт-Петербургским УФАС России 01.12.2022 (дело об административном правонарушении № 078/04/14.3-1527/2022) с назначением административного наказания в размере 20000 (двадцать тысяч) рублей. Данное постановление вступило в законную силу 29.12.2022, дата исполнения 02.12.2022. Оплата штрафа - 10000 (десять тысяч рублей) в льготный период.

Следовательно, ИП <...> совершил повторное правонарушение в период, когда лицо считается подвергнутым административному наказанию в соответствии со статьей 4.6 КоАП РФ за совершение однородного административного правонарушения.

Основания для применения статьи 2.9 КоАП РФ и освобождения от административной ответственности в связи с малозначительностью допущенного правонарушения не усматриваются.

В данном случае (по вмененному составу правонарушения) существенная угроза охраняемым общественным отношениям заключается в неисполнении ИП <...> своих публично - правовых обязанностей, что посягает на установленный законодательством РФ порядок в области распространения рекламы.

Оценивая собранные по делу доказательства, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области находит вину ИП <...> доказанной, а действия верно квалифицированными по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, и назначает административное наказание ИП <...> в пределах санкции, определенной вышеназванной правовой нормой.

Руководствуясь статьями 4.3, 4.6, 14.3, 23.48, 29.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛА:

1. Признать индивидуального предпринимателя <...> (ИНН 710607990241, ОГРНИП 318774600199662, дата присвоения ОГРНИП 11.04.2018, <...>) виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

2. Назначить индивидуальному предпринимателю <...> (ИНН 710607990241, ОГРНИП 318774600199662, дата присвоения ОГРНИП 11.04.2018, <...>) штраф в размере 12000 (двенадцать тысяч) рублей.

Административный штраф за нарушение законодательства о рекламе необходимо перечислить по следующим реквизитам:

Единый казначейский счет 40102810745370000032

ОТДЕЛЕНИЕ КЕМЕРОВО БАНКА РОССИИ//УФК по Кемеровской области - Кузбассу г. Кемерово

Корреспондентский счет (номер казначейского счета) 03100643000000013900

БИК 013207212

Код бюджетной классификации (КБК) 161 1 16 01141 01 0003 140

ИНН 4207012419

КПП 420501001

ОКТМО 32701000

УИН 16100500000001710488

Назначение платежа: денежное взыскание (штраф) за нарушение законодательства РФ о рекламе (дело № 042/04/14.3-785/2023).

В соответствии с частью 1 статьи 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 статьей 31.5 КоАП РФ.

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

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП РФ неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного штрафа.

В соответствии с пунктом 7 статьи 21 Закона Российской Федерации от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» постановление о наложении штрафа может быть предъявлено к исполнению в течение двух лет со дня вступления в законную силу.

В соответствии со статьей 29.11 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях Постановление по делу об административном правонарушении объявляется немедленно по окончании рассмотрения дела. В исключительных случаях по решению лица (органа), рассматривающего дело об административном правонарушении, составление мотивированного постановления может быть отложено на срок не более чем три дня со дня окончания разбирательства дела, за исключением дел об административных правонарушениях, указанных в частях 3 - 5 статьи 29.6 настоящего Кодекса, при этом резолютивная часть постановления должна быть объявлена немедленно по окончании рассмотрения дела. День изготовления постановления в полном объеме является днем его вынесения.

В соответствии с частью 1 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в течение 10 суток 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 управления <...>