

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о наложении штрафа по делу № 043/04/14.3-220/2023

об административном правонарушении

«27» апреля 2023 г.
г. Киров

Руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области "...", рассмотрев протокол от 09.03.2023 № 043/04/14.3-220/2023, составленный начальником отдела финансовых рынков и рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области "...", и материалы административного дела в отношении коммерческого директора ООО «Медицина АльфаСтрахования» - "...", в связи с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП),

УСТАНОВИЛ:

Решением Комиссии Кировского УФАС России по делу № 043/05/18-787/2022 (резюльтивная часть решения оглашена 24 ноября 2022 года; в полном объеме решение изготовлено 8 декабря 2022 года) рекламная информация следующего содержания: «Альфа-Центр Здоровья. Профессиональная чистка зубов. Уважаемые пациенты! По многочисленным просьбам, мы продлили акцию: "Профессиональная чистка зубов на 2 200 руб." Весь май пациенту предоставляется скидка на профессиональную чистку зубов (4 сегмента, весь рот) за 2200 руб. вместо 6040 руб. на выбор: - методом Air-Flow@ или - ультразвуком. Постановление о наложении штрафа по делу № 043/04/14.3-220/2023 об административном правонарушении 2023-675 Подробности по ссылке <https://kirov.alfazdrav.ru/actions/professionalnaya-chistka-zubov-za2200-rub/>», «Альфа-Центр Здоровья. Скидка по пенсионному Спешим сообщить, что для пенсионеров в мае действует скидка 20 %: на первичные и повторные приемы КАРДИОЛОГА и ОФТАЛЬМОЛОГА Подробности на сайте <https://kirov.alfazdrav.ru/actions/skidka-20-na-premy-kardiologa-ioftalmologa-dlya-pensionerov-kirov/> Акция действует до 31 мая 2022 г.» признана ненадлежащей, так как она противоречит требованиям части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Решением установлено, что рекламораспространителем вышеуказанной рекламы является ООО «Медицина Альфа Страхования» (ИНН: 7728240723; ОГРН: 1027739432687), которое непосредственно совершило действия по распространению 29.04.2022 и 06.05.2022 рекламной информации в отношении услуг, предоставляемых медицинской клиникой «Альфа - Центр Здоровья», на электронную почту заявителя ("..."), в отсутствие согласия на её получение в нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

Нарушение заключается в следующем. В Управление Федеральной антимонопольной службы по Кировской области поступило заявление "..." от 06.07.2022 исх. № б/н (вх. № 4096 от 06.07.2022) по вопросу поступления 29.04.2022 и 06.05.2022 сообщений на электронную почту "..." с электронной почты "...", содержащих рекламную информацию медицинской клиники «Альфа - Центр

Здоровья», в отсутствие согласия на её получение.

В соответствии с положениями, установленными п. 1 ст. 3 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «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.

Согласно пункту 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», объект рекламирования – это 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.

В соответствии с п. 3 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Под рекламодателем в соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» понимается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Под рекламодателем в соответствии с пунктом 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» понимается изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

Распространенная на электронную почту "..." информация, следующего содержания: «Альфа-Центр Здоровья. Профессиональная чистка зубов. Уважаемые пациенты! По многочисленным просьбам, мы продлили акцию: "Профессиональная чистка зубов на 2 200 руб." Весь май пациенту предоставляется скидка на профессиональную чистку зубов (4 сегмента, весь рот) за 2200 руб. вместо 6040 руб. на выбор: - методом Air-Flow@ или - ультразвуком. Подробности по ссылке <https://kirov.alfazdrav.ru/actions/professionalnaya-chistka-zubov-za2200-rub/>» (дата распространения: 29.04.2022), 2023-675 «Альфа-Центр Здоровья. Скидка по пенсионному Спешим сообщить, что для пенсионеров в мае действует скидка 20 %: на первичные и повторные приемы КАРДИОЛОГА и ОФТАЛЬМОЛОГА Подробности на сайте <https://kirov.alfazdrav.ru/actions/skidka-20-na-premy-kardiologa-i-oftalmologa-dlya-pensionerov-kirov/> Акция действует до 31 мая 2022 г.» (дата распространения: 06.05.2022) содержит все юридически значимые признаки рекламы:

- распространена по сетям электросвязи посредством информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» с электронной почты "...»;

- адресована неопределенному кругу лиц, т.е. тем лицам, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования (неперсонифицированный характер рассылки);

- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (услугам, оказываемым медицинской клиникой «Альфа - Центр Здоровья», по профессиональной чистке зубов, услугам кардиолога и офтальмолога, предоставление скидки на услуги), формирование и поддержание интереса к нему с целью продвижения на рынке.

Таким образом, вышеуказанная информация содержит все признаки рекламы, перечисленные в п. 1 ст. 3 Федерального закона «О рекламе», является рекламой и на такую информацию, а также на порядок ее размещения распространяются положения Федерального закона «О рекламе».

В силу части 1 статьи 18 Федерального 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.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ «О связи» под электросвязью понимаются любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Соответственно, требование части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» распространяется в равной мере и на рекламу, распространяемую по сетям связи Интернет.

Согласно пункта 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что презюмируется отсутствие согласия абонента на получение информации рекламного характера, согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя. Исходя из имеющихся в деле данных абонентом является физическое лицо – "...", владелец электронного почтового ящика "...".

Комиссией установлено, что рекламная информация медицинской клиники «Альфа – Центр Здоровья» была распространена на электронный адрес заявителя посредством сервиса «ONDOC», на котором реализовано приложение «Альфа – Центр Здоровья». Платформа «ONDOC» является программным продуктом ООО

«МедКарта». Программный продукт представляет из себя набор сервисов, функциональных возможностей, инструментов, предназначенных для получения 2023-675 пользователями приложения «Альфа – Центр Здоровья» различных услуг, включая онлайн-запись на прием к врачу, получение результатов обследования и иное.

Программный продукт позволяет пациенту клиники знакомиться с информацией, опубликованной для него ООО «Медицина АльфаСтрахования».

Указанная платформа используется ООО «Медицина АльфаСтрахования» на основании договора возмездного оказания услуг от 01.01.2020 № Z-164/2020 (далее – Договор), заключенного между ООО «МедКарта» (исполнитель) и ООО «Медицина АльфаСтрахования» (заказчик).

В соответствии с п. 1.1. Договора исполнитель обязуется оказать услуги (выполнить работы), в сфере IT-технологий, разработки, обслуживания программных продуктов, в соответствии с заданиями Заказчика, а заказчик обязуется принять и оплатить услуги согласно условиям Договора.

Согласно п. 2.1 Договора предоставление услуг (выполнение работ) осуществляется исполнителем на основании договора, а также согласованных сторонами приложений, дополнительных соглашений к договору, в которых определены содержание и объем услуг, стоимость, сроки, другие существенные условия оказания услуг. В таблице № 2 приложения № 6 к Договору установлены маркетинговые инструменты, которые используются исполнителем при предоставлении услуг заказчику, в том числе инструменты создания и публикации предложений и новостей в личном кабинете клиента, с уведомлением клиентов с помощью push-сообщения и/или email.

В соответствии с пунктом 6.3 приложения № 6 к Договору сервисы «ONDOC» позволяют распространять и загружать информацию, включая: текст, изображения, видео материалы и другие типы информации, для использования в процессе работы пользователей сервиса. Из письма ООО «Медицина АльфаСтрахования» от 28.09.2022 № б/н (вх. № 5768 от 28.09.2022) следует, что в момент регистрации (создания персональной учетной записи) в приложении «Альфа – Центр Здоровья» каждый пользователь знакомится с пользовательским соглашением сервисов ООО «МедКарта» («ONDOC»), при этом завершение процедуры регистрации возможно принятием предложенных условий. В соответствии с пунктом 1.4. пользовательского соглашения использование сервисов «OnDoc» регулируется данным соглашением, политикой конфиденциальности, а также условиями использования отдельных сервисов. Пунктом 1.5 пользовательского соглашения предусмотрено, что, начиная использовать какой-либо сервис / его отдельные функции и пройдя процедуру регистрации, пользователь считается принявшим условия соглашения в полном объеме, без всяких оговорок и исключений. В случае несогласия пользователя с какими-либо из положений соглашения, пользователь не в праве использовать сервисы «ONDOC». В соответствии с п. 4.2. пользовательского соглашения «ONDOC» вправе посылать своим пользователям информационные сообщения.

Письмом от 22.09.2022 исх. № 05/П/2022 (вх. № 5692 от 23.09.2022 г.) ООО «Медкарта» представило алгоритм регистрации пользователя в приложении «Альфа – Центр Здоровья». Из имеющихся в материалах дела сведений следует, что "..."

зарегистрировался в сервисе 02.10.2017 в 17:26 (логин "...").

ООО «МедКарта» в письме от 17.10.2022 № 06/П/2022 (вх. № 6234 от 18.10.2022) указало, что компания ООО «Медицина АльфаСтрахования» для самостоятельного администрирования и управления своими программными продуктами «Личный кабинет пациента» - «Альфа – Центр Здоровья» использует «Личный кабинет клиники», представленный компанией «Медкарта».

В личном кабинете ООО «Медицина АльфаСтрахования» может создавать акции, новости и другие виды информационных материалов для пользователей своего программного продукта «Альфа – Центр Здоровья». Созданный контент может отображаться в личном кабинете пациента «Альфа - Центр Здоровья» (в различных разделах), а также доставляться с помощью push и email-уведомлений. Для создания акции необходимо войти в личный кабинет клиники под своим логином/паролем; подготовить контент акции, новости, рассылки; настроить целевую аудиторию; опубликовать акцию.

Указанным письмом ООО «Медкарта» представило алгоритм создания рассылки в сервисе «ONDOC». ООО «Медицина АльфаСтрахования» в письме от 28.09.2022 б/н (вх. № 5768 от 28.09.2022 г.) 2023-675 указало, что, исходя из алгоритма рассылки информации (новости, акции) с использованием сервиса личного кабинета ООО «Медицина АльфаСтрахования», клиника формирует задание (рекламный материал, категория получателей, период рассылки информации), подтверждает готовность к публикации, после чего осуществляется рассылка.

Из представленного ООО «Медицина АльфаСтрахования» письма от 15.11.2022 (вх. № 6807 от 15.11.2022) следует, что через личный кабинет сервиса «ONDOC» Обществом была создана и распространена рекламная рассылка о проводимых акциях: «Профессиональная чистка зубов» (отправлено пользователям 29.04.2022 в 10:00 посредством push и email-уведомлений), «Скидка по пенсионному» (отправлено пользователям 06.05.2022 в 15:07 посредством push и email-уведомлений). В материалах дела имеется согласие "... на обработку персональных данных от 02.10.2017 г. из медицинской информационной системы «Инфоклиника» (как следует из письма ООО «Медицина АльфаСтрахования» от 28.09.2022 г. б/н, с помощью указанной системы ведется управленческий учет, в том числе планирование приемов врачей, запись на приемы пациентов, контроль и учет документов пациентов, учет подписанных документов до приема и по результатам приема и иное). Указанное согласие на обработку персональных данных включает в себя контактный адрес электронной почты в целях информирования, в том числе о специальных предложениях и рекламных акциях, системах скидок и бонусов.

В письме 28.09.2022 ООО «Медицина АльфаСтрахования» пояснило, что согласие "... на обработку персональных данных хранилось в архиве обособленного подразделения ООО «Медицина АльфаСтрахования» по адресу: г. Киров, ул. Преображенская, 37. 15.04.2021 в результате аварии теплообменника приточной вентиляции помещения обособленного подразделения, в том числе помещения архива были затоплены.

Согласно акту о повреждении медицинских документов б/н б/д и акту повреждения помещений цокольного этажа от 15.04.2021 повреждены архивные документы по пациентам за период 2016-2018 г.г., в том числе, амбулаторные карты, договоры, иные документы без возможности восстановления (текст неразличим,

структура бумаги нарушена). ООО «Медицина АльфаСтрахования» указало, что в силу произошедшей аварии согласие "...» на обработку персональных данных от 02.10.2017 г. не может быть представлено на бумажном носителе в связи с фактическим уничтожением документа. Из указанного согласия на обработку персональных данных от 02.10.2017 г. (из медицинской информационной системы «Инфоклиника») и пояснения ООО «Медицина АльфаСтрахования» следует, что данное согласие на обработку персональных данных не подтверждает наличие надлежащего предварительного согласия "...» на получение рекламной информации в связи с отсутствием на указанном согласии личной подписи "...». Также учтены пояснения "...», которые были озвучены в рамках рассмотрения дела о нарушении рекламного законодательства, о том, что если вышеназванное согласие на обработку персональных данных и было подписано заявителем, то только после вычеркивания условия о получении рекламных рассылок и указания о несогласии с данным условием.

При этом, факт повреждения архивных документов по пациентам за период 2016-2018 г.г. в результате аварийной ситуации не может однозначно свидетельствовать о наличии у ООО «Медицина АльфаСтрахования» надлежащего предварительного согласия "...» на получение рекламной информации. В силу нормы ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» обязанность доказывания наличия предварительного согласия лежит на рекламораспространителе. Кроме того, наименование представленного в материалы дела документа свидетельствует об иной цели его получения, а именно получение согласия на обработку персональных данных, но не для получения согласия на распространение рекламы. Факт регистрации заявителя в приложении «Альфа – Центр Здоровья» и принятие пользовательского соглашения сервисов «ONDOC» также не свидетельствует о надлежащем предварительном согласии абонента на получение именно рекламной информации.

Из содержания части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

Согласие абонента на получение им рекламной информации изначально должно быть прямым, явно выраженным волеизъявлением абонента на ее получение (например, посредством отметки соответствующего надлежащим образом оформленного пункта).

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов, стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами предоставления услуг.

Иной подход приведет к злоупотреблениям со стороны рекламораспространителей, стремящихся любым способом получить возможность распространения рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте части 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации. Предоставленное

распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. В этой связи, учитывая особое внимание законодателя к распространению рекламы посредством сетей электросвязи и установленным правилам для возможности ее направления абонентам в каждом конкретном случае следует учитывать именно наличие прямого согласия абонента на получение рекламы. Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности рекламораспространителя на получение предварительного согласия абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

Указанные выводы соотносятся со сложившейся судебной практикой (Определение Верховного Суда РФ от 23.12.2021 N 305-ЭС21-23949 по делу N А40-146238/2020, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.08.2021 N Ф05-20064/2021 по делу N А40-146238/20-92-1057, Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 02.12.2021 N 02АП-8421/2021 по делу N А82-7952/2021 и иное). В рассматриваемом случае у потребителя в процессе регистрации в приложении «Альфа – Центр Здоровья» не имеется возможности отказаться от каких-либо условий пользовательского соглашения, в том числе от получения рекламных сообщений, что также подтвердил на заседании Комиссии генеральный директор ООО «МедКарта».

Следовательно, потребитель не принимает решение о том, согласен он или не согласен на получение сообщений рекламного характера, что прямо противоречит цели установленного частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» правила предварительного получения согласия абонента и нарушает право клиента на возможность не соглашаться на распространение рекламы по сетям электросвязи. Потребитель лишен возможности свободно распорядиться своей волей на дачу согласия. Отказаться от сообщений рекламного характера пользователь может только после регистрации в системе (в разделе "Настройки"/"Уведомления" личного кабинета).

ООО «Медкарта» в письме от 22.09.2022 г. № 05/П/2022 (вх. № 5692 от 23.09.2022 г.) указало, что Общество в рамках выполнения условий договора возмездного оказания услуг от 01.01.2020 № Z-164/2020 не получало от заказчика (ООО «Медицина АльфаСтрахования») задания на создание функционала (отдельного окна) для подтверждения согласия пользователя на получение рекламных сообщений. Кроме того, учитывая требования рекламного законодательства о наличии предварительного согласия абонента на получение именно рекламы, пользовательское соглашение содержит условие о направлении в адрес потребителей информационных сообщений (п. 4.2 пользовательского соглашения), а не рекламной информации. Иных доказательств наличия надлежащего предварительного согласия "... на получение рекламы по сетям электросвязи в материалы дела не представлено.

На основании ст. 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламораспространитель.

На основании пункта 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»,

рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Исходя из имеющихся документов и сведений следует, что рекламораспространителем рассматриваемой рекламы, исходя из понятия, установленного п. 7 ст. 3 Федерального закона «О рекламе», является ООО «Медицина Альфа Страхования» (ИНН: 7728240723; ОГРН: 1027739432687), которое непосредственно совершило действия по распространению 29.04.2022 и 06.05.2022 рекламной информации в отношении услуг, предоставляемых медицинской клиникой «Альфа - Центр Здоровья», на электронную почту заявителя ("...") в отсутствие согласия на её получение. Указанный факт нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в полном объеме подтверждается имеющимися материалами и решением по делу № 043/05/18-787/2022. В соответствии со статьей 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.

На основании ст. 2.1 КоАП РФ административной ответственности подлежит должностное лицо в случае совершения им административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей.

Письмом от 27.01.2023 исх. № 7 (вх. № 435 от 27.01.2023) ООО «Медицина АльфаСтрахования» сообщило, что должностным лицом, ответственным за осуществление контроля по исполнению норм Федерального закона «О рекламе» на даты 29.04.2022 и 06.05.2022 являлся "...". Указанным письмом ООО «Медицина АльфаСтрахования» были представлены копия приказа о переводе "..." на другую работу от 29.03.2021 № 40- к/Я (далее – Приказ), копия дополнительного соглашения № 5 от 29.03.2021 к трудовому договору от 20.06.2016 № 75/16 (далее – Соглашение), справка о среднемесячной заработной плате от 26.01.2023 № 2.

Согласно Приказу "..." переведен с должности регионального директора в администрации обособленного подразделения «Медицина Альфа Страхования г. Ярославль» на должность коммерческого директора в коммерческую дирекцию аппарата управления. В соответствии с п. 7.2.1 Соглашения в трудовые обязанности "..." входит обеспечение качественного уровня работы и сервиса, в том числе обособленного подразделения «Медицина Альфа Страхования г. Киров». В соответствии с п. 7.2.6. Соглашения "..." обеспечивает соблюдение действующего законодательства РФ в обособленных подразделениях. Таким образом, "..." является ответственным за обеспечение соблюдения действующего законодательства РФ в обособленном подразделении «Медицина Альфа Страхования г. Киров».

В соответствии с примечанием к статье 2.4 КоАП РФ совершившие административные правонарушения в связи с выполнением организационно-распорядительных или административнохозяйственных функций руководители и другие работники иных организаций, арбитражные управляющие, а также совершившие административные правонарушения, предусмотренные статьями 9.22, 13.25, 14.24, 14.25, 14.55, 14.56, частью 3 статьи 14.57, 14.61, 14.63, 14.64, 15.17 - 15.22, 15.23.1, 15.24.1, 15.25, 15.26.1, 15.26.2, 15.29 - 15.31, 15.37, 15.38, частями 9 и 9.1

статьи 19.5, статьями 19.7.3, 19.7.12 настоящего Кодекса, члены советов директоров (наблюдательных советов), коллегиальных исполнительных органов (правлений, дирекций), счетных комиссий, ревизионных комиссий (ревизоры), ликвидационных комиссий юридических лиц и руководители организаций, осуществляющих полномочия единоличных исполнительных органов других организаций, физические лица, являющиеся учредителями (участниками) юридических лиц, руководители организаций, осуществляющих полномочия единоличных исполнительных органов организаций, являющихся учредителями юридических лиц, несут административную ответственность как должностные лица.

Согласно п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16.10.2009 N 19 (ред. от 11.06.2020) "О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий" под организационно-распорядительными функциями следует понимать полномочия должностного лица, которые связаны с руководством трудовым коллективом государственного органа, государственного или муниципального учреждения (его структурного подразделения) или находящимися в их служебном подчинении отдельными работниками, с формированием кадрового состава и определением трудовых функций работников, с организацией порядка прохождения службы, применения мер поощрения или награждения, наложения дисциплинарных взысканий и т.п. К организационно-распорядительным функциям относятся полномочия лиц по принятию решений, имеющих юридическое значение и влекущих определенные юридические последствия. В соответствии с представленным Соглашением к основному виду выполняемых работ "... " относится, в том числе осуществление руководства коммерческой деятельностью Общества в области оказания медицинских услуг с целью получения максимально возможной прибыли (п. 3.2.1), контроль за исполнением подчиненным персоналом действующих положений, инструкций, приказов, формуляров и регламентов (п. 3.2.13).

Таким образом, на "... " возложены организационно-распорядительные функции в ООО «Медицина АльфаСтрахования» и указанное лицо несет административную ответственность за совершение административного правонарушения как должностное лицо.

Ответственность за данное правонарушение предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем, рекламодателем законодательства о рекламе 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.

Письмом Кировского УФАС России от 31.01.2023 № 339/04 "... " уведомлялся о дате, времени и месте составления протокола об административном правонарушении – 09.03.2023 в 14 часов 00 минут. Уведомление о составлении протокола об административном правонарушении направлено заказным письмом с уведомлением о вручении по адресу регистрации "... ".

О дате, времени и месте составления протокола об административном правонарушении "... " считается извещенным надлежащим образом (письмо с

уведомлением о составлении протокола, направленное по адресу регистрации "...", вернулось в Кировское УФАС России 24.02.2023 из-за истечения срока хранения).

09.03.2023 должностным лицом Кировского УФАС России – начальником отдела финансовых рынков и рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области "...", в отношении коммерческого директора ООО «Медицина АльфаСтрахования» - "...", составлен протокол № 043/04/14.3-220/2023 об административном правонарушении.

Определением от 09.03.2023 рассмотрение протокола № 043/04/14.3-220/2023 об административном правонарушении первоначально было назначено на 23.03.2023 в 11 часов 00 минут.

Определение от 09.03.2023 о назначении времени и места рассмотрения дела № 043/04/14.3- 220/2023 об административном правонарушении и протокол от 09.03.2023 № 043/04/14.3-220/2023 об административном правонарушении были направлены заказным письмом с уведомлением о вручении по адресу регистрации "...".

В целях полного и всестороннего исследования обстоятельств дела, рассмотрение дела 2023-675 откладывалось (определения от 23.03.2023, от 21.04.2023).

Определением от 21.04.2023 рассмотрение дела назначено на 27 апреля 2023 года в 09 часов 30 минут. О дате, времени и месте рассмотрения протокола об административном правонарушении "...", считается извещенным надлежащим образом ("..." извещен лично на рассмотрении административного дела 21.04.2023; кроме того, по адресу регистрации "...", была направлена телеграмма, 24.04.2023 в Кировское УФАС России поступило извещение, содержащее отметку: «не доставлена – квартира закрыта, адресат по извещению за телеграммой не является»).

На рассмотрении протокола от 09.03.2023 № 043/04/14.3-220/2023 присутствовал лично "...", а также его защитник "...", допущенный по устному ходатайству "...".

"..." поддержал позицию, представленную ранее в материалы дела, которая заключается в следующем. По мнению защитника "...".

"..." решения и предписания в рамках дела № 043/05/18-787/2022 приняты за рамками компетенции Кировского УФАС России, так как в материалах дела отсутствуют документы, позволяющие сделать однозначный вывод о том, что распространение рекламы допущено только на территории одного субъекта – Кировской области. Помимо этого, законодательством не предусмотрена конкретная форма получения согласия. Принятое при регистрации "...", пользовательское соглашение предусматривает согласие на таргетирование рекламных материалов. Таким образом, по мнению Общества, приняв пользовательское соглашение, "...", разрешил направление рекламных материалов в свой адрес. Кроме того, защитник "...", считает, что рекламораспространителем является ООО «МедКарта». Представитель "...", считает состав административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, недоказанным.

Вышеуказанные доводы Общества отклоняются по следующим основаниям.

Относительно довода о том, что оспариваемые решения и предписания приняты за рамками компетенции Кировского УФАС России. По общему правилу дела по фактам распространения рекламы, содержащей признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, возбуждаются и рассматриваются территориальным органом Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, за исключением случаев, указанных в пунктах 4, 5 и 7 Правил (п. 3 Правил рассмотрения дел). Согласно п. 4 Правил рассмотрения дел дела по фактам распространения рекламы, содержащей признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», возбуждаются и рассматриваются территориальным органом Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) юридического или физического лица, подавшего заявление в антимонопольный орган, указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В рассматриваемом случае местом нахождения (местом жительства) физического лица ("..."), подавшего заявление о нарушении рекламного законодательства, является г. Киров Кировской области. Учитывая, что рассматриваемая реклама содержала нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», соответственно дело было возбуждено и рассмотрено Кировским УФАС России в соответствии с положением п. 4 Правил рассмотрения дел исходя из места жительства физического лица, подавшего заявление в антимонопольный орган.

Относительно довода о наличии предварительного согласия "..." на получение рекламной информации.

Согласно пункта 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что презюмируется отсутствие согласия абонента на получение информации рекламного характера, согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

В ходе рассмотрения дела установлено, что рекламная информация медицинской клиники «Альфа – Центр Здоровья» была распространена на электронный адрес заявителя посредством сервиса «ONDOC», на котором реализовано приложение «Альфа – Центр Здоровья». Платформа «ONDOC» является программным продуктом ООО «МедКарта» и предназначена для получения пользователями приложения «Альфа – Центр Здоровья» различных услуг (онлайн-запись на прием к врачу, получение результатов обследования и иное). В момент регистрации (создания персональной учетной записи) в приложении «Альфа – Центр Здоровья» каждый пользователь знакомится с пользовательским соглашением сервисов ООО «МедКарта» («ONDOC»), при этом завершение процедуры регистрации

возможно принятием предложенных условий. Факт регистрации "..." в приложении «Альфа – Центр Здоровья» и принятие пользовательского соглашения сервисов «ONDOC» не может свидетельствовать о надлежащем предварительном согласии абонента на получение рекламной информации.

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов, стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной лишь ознакомлением с правилами предоставления услуг. Кроме того, учитывая требования рекламного законодательства о наличии предварительного согласия абонента на получение именно рекламы, пользовательское соглашение содержит условие о направлении в адрес потребителей информационных сообщений (п. 4.2 пользовательского соглашения), а не рекламной информации. Ссылка заявителя на принятие "..." пользовательского соглашения использования сервисов «ONDOC», включающее политику конфиденциальности, предусматривающую использование персональной информации пользователя «ONDOC» для таргетирования рекламных материалов, также является необоснованной.

В соответствии с пунктом 1.4. пользовательского соглашения использование сервисов «ONDOC» регулируется данным соглашением, политикой конфиденциальности, а также условиями использования отдельных сервисов.

При этом, у пользователя не имеется возможности ознакомиться с политикой конфиденциальности в момент регистрации (в пользовательском соглашении не указана ссылка на условия, включенные в политику конфиденциальности), а равно не имеется возможности отказаться от условия об использовании персональной информации пользователя «ONDOC» для таргетирования рекламных материалов. Относительно довода о том, что рекламодателем в рассматриваемом случае является ООО «МедКарта».

На основании ст. 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламодатель.

Под рекламодателем в соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» понимается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств. Статус рекламодателя в случае распространения рекламных рассылок по сети электросвязи фактически имеет лицо, по чьей инициативе происходит рассылка (то есть, заказчик рассылки, инициировавший рекламную рассылку в рамках соответствующего договора на осуществление рассылки).

Лица, предоставляющие техническую возможность для направления сообщений на электронную почту потребителей и самостоятельно не определяющие как конечных абонентов, так и содержание таких сообщений не могут быть признаны рекламодателями в силу понятия, определенного п. 7 ст. 3

Федерального закона «О рекламе». В связи с тем, что ООО «МедКарта» не участвует в процессе формирования рекламной информации, не определяет конечных получателей информации, не осуществляет непосредственного направления абонентам рекламы, а предоставляет для ООО «МедАС» исключительно техническую возможность использования сервисов ONDOC (в рамках договора возмездного оказания услуг от 01.01.2020 № Z-164/2020), посредством которых осуществляется, в том числе направление на электронный адрес потребителей рекламной информации, ООО «МедКарта» в рассматриваемом случае не может быть признано рекламодателем.

Таким образом, исходя из понятия, установленного п. 7 ст. 3 Федерального закона «О рекламе», следует, что рекламодателем спорной рекламной информации является ООО «МедАС», которое непосредственно совершило действия по распространению рекламной информации в отношении услуг, предоставляемых медицинской клиникой «Альфа - Центр Здоровья», на электронную почту заявителя в отсутствие согласия на её получение.

Руководитель Кировского УФАС России "...", изучив материалы административного дела, находит вину коммерческого директора ООО «Медицина АльфаСтрахования» - "..." в совершении административного правонарушения установленной и доказанной. Факт совершения административного правонарушения "..." подтверждается:

- решением Комиссии Кировского УФАС России от 08.12.2022 г. по делу № 043/05/18-787/2022;

- материалами административного дела № 043/04/14.3-220/2023;

- протоколом об административном правонарушении от 09.03.2023 № 043/04/14.3-220/2023.

Оценивая собранные по делу доказательства, должностное лицо Управления находит, что действия коммерческого директора ООО «Медицина АльфаСтрахования» - "..." правильно квалифицированы по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Решая вопрос о виде и размере административного наказания должностное лицо Кировского УФАС России учитывает характер совершенного административного правонарушения, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

Событием является установленный факт нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, выразившийся в распространении рекламы следующего содержания: «Альфа-Центр Здоровья. Профессиональная чистка зубов. Уважаемые пациенты! По многочисленным просьбам, мы продлили акцию: "Профессиональная чистка зубов на 2 200 руб." Весь май пациенту предоставляется скидка на профессиональную чистку зубов (4 сегмента, весь рот) за 2200 руб. вместо 6040 руб. на выбор: - методом Air-Flow@ или - ультразвуком. Подробности по ссылке <https://kirov.alfazdrav.ru/actions/professionalnaya-chistka-zubov-za2200-rub/>», «Альфа-Центр Здоровья. Скидка по пенсионному Спешим сообщить, что для пенсионеров в мае действует скидка 20 %: на первичные и

повторные приемы КАРДИОЛОГА и ОФТАЛЬМОЛОГА Подробности на сайте <https://kirov.alfazdrav.ru/actions/skidka-20-na-premy-kardiologa-ioftalmologa-dlya-pensionerov-kirov/> Акция действует до 31 мая 2022 г.» по сетям электросвязи на электронную почту "..." с электронной почты "..." в нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Место совершения административного правонарушения: г. Киров.

Время совершения административного правонарушения: 29.04.2022, 06.05.2022.

Субъектом административного правонарушения является должностное лицо ООО «Медицина Альфа Страхования» - коммерческий директор ООО «Медицина АльфаСтрахования» "...".

Объектом административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, являются общественные отношения в области рекламы.

Объективной стороной административного правонарушения являются действия по распространению на электронную почту "..." с электронной почты "..." информации, содержащей рекламную информацию медицинской клиники «Альфа - Центр Здоровья», в отсутствие согласия на её получение.

В соответствии с частью 1 статьи 1.5 КоАП РФ лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина. В данном случае установлено, что у "..." имелась возможность для соблюдения требований законодательства Российской Федерации о рекламе (действующее законодательство Российской Федерации, в том числе Федеральный закон «О рекламе», является общедоступной информацией), но лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению, в связи с чем нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе произошло по вине "...".

Согласно части 2 статьи 2.2 КоАП РФ 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. Соответственно субъективная сторона при совершении административного правонарушения характеризуется виной субъекта в форме неосторожности, поскольку "..." не предвидел возможности наступления вредных последствий, хотя должен был и мог их предвидеть.

Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение установленных законодательством требований, при рассмотрении дела не установлены.

Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение установленных законодательством требований, при рассмотрении дела не установлены. Следовательно, рассматриваемое правонарушение произошло по вине "...".

Таким образом, совершенные коммерческим директором ООО «Медицина АльфаСтрахования» - "...". действия по распространению на электронную почту "..." с электронной почты "..." информации, содержащей рекламу медицинской клиники

«Альфа - Центр Здоровья», в отсутствие согласия на её получение в нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» содержат состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

В соответствии со статьей 4.2 КоАП РФ в качестве смягчающих вину обстоятельств установлено: добровольное прекращение противоправного поведения лицом, совершившим административное правонарушение; совершение правонарушения впервые; оказание лицом, совершившим административное правонарушение, содействия органу, уполномоченному осуществлять производство по делу об административном правонарушении, в установлении обстоятельств, подлежащих установлению по делу об административном правонарушении.

Отягчающих вину обстоятельств, предусмотренных статьей 4.3 КоАП РФ, не установлено.

Оснований для прекращения производства по делу не имеется. Пленум Верховного Суда Российской Федерации в п. 21 Постановления от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении КоАП РФ» указал, что 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.

В рассматриваемом случае состав административного правонарушения является формальным, следовательно, правонарушение является общественно-опасным с момента его совершения, независимо от наступления каких-либо последствий.

При этом сама общественная опасность выражается в пренебрежительном отношении к исполнению публично-правовых обязанностей и соблюдению требований действующего рекламного законодательства. Основанием для освобождения от ответственности могут служить обстоятельства, вызванные объективно непреодолимыми либо непредвиденными препятствиями, находящимися вне контроля лица, при соблюдении той степени добросовестности, которая требовалась от него в целях соблюдения законодательно установленных требований.

Однако доказательств наличия указанных обстоятельств в материалы дела не представлено. С учетом конкретных обстоятельств дела, учитывая характер и степень общественной опасности совершенного правонарушения, которая выразилась в пренебрежительном отношении к исполнению публично – правовых обязанностей в сфере рекламного законодательства, основания для освобождения "..." от административной ответственности ввиду малозначительности в соответствии со статьей 2.9 КоАП РФ отсутствуют.

В соответствии с частью 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ 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. Согласно части 1 статьи 33 Федерального закона «О рекламе» антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий: федеральный государственный контроль (надзор) в сфере рекламы; возбуждение и рассмотрение дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В силу пункта 4 части 3 статьи 1 Федерального закона от 31.07.2020 N 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» для целей данного Закона к государственному контролю (надзору), муниципальному контролю не относится рассмотрение дел о нарушении законодательства о рекламе. ФАС России в письме от 27.12.2022 г. № МШ/116843/22 указала, что положение о возможности замены штрафа на предупреждение за впервые совершенное административное правонарушение может быть применено по ст. 14.3 КоАП РФ в случае, если дело об административном правонарушении было возбуждено по итогам проведения контрольного (надзорного) мероприятия с взаимодействием с контролирующим 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 не подлежит применению. В рассматриваемом случае дело об административном правонарушении возбуждено без проведения контрольных (надзорных) мероприятий (по результатам рассмотрения дела о нарушении законодательства о рекламе), следовательно, ст. 4.1.1 КоАП РФ не подлежит применению.

Учитывая общественно – значимый характер совершенного административного правонарушения, роль правонарушителя, принцип соразмерности ответственности тяжести совершенного правонарушения и вытекающих из него требований справедливости и пропорциональности используемых правовых средств при применении публично-правовой ответственности, фактические обстоятельства и собранные по делу доказательства принято решение о наложении административного штрафа в минимальном размере санкции, предусмотренной частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Руководствуясь статьями 2.1, 2.4, 3.4, 4.1, 4.1.2, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПО С Т А Н О В И Л:

1. Признать коммерческого директора ООО «Медицина АльфаСтрахования» - "...» виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.
2. Применить к коммерческому директору ООО «Медицина АльфаСтрахования» - "...» меру ответственности в виде штрафа за ненадлежащую рекламу в размере 4 000 (четырёх тысяч) рублей.