

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о вынесении предупреждения по делу № 043/04/14.3-71/2022

об административном правонарушении

«14» марта 2022 г.

г. Киров

Руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области "...", рассмотрев протокол от 31.01.2022 № 043/04/14.3-71/2022 об административном правонарушении, составленный начальником отдела финансовых рынков и рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области "...", и материалы административного дела в отношении "...", в связи с нарушением ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»), ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ),

УСТАНОВИЛ:

Решением Комиссии Кировского УФАС России по делу № 043/05/18-454/2021 (резюлютивная часть решения оглашена 26 октября 2021 года; в полном объеме решение изготовлено 15 ноября 2021 года) признана ненадлежащей реклама следующего содержания: *«Меня зовут Ирина, официальный партнер Альфа-Банк. Хочу предложить вам условия по открытию расчетного счета для вашего ИП. Удобно вам сейчас прослушать предложение от банка?»*, распространявшаяся 31.03.2021 в 13:50 по сетям электросвязи посредством телефонного звонка с абонентского номера "+..." на абонентский номер "+..." в отсутствие согласия абонента на её получение, так как она противоречит требованиям ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 - ФЗ «О рекламе».

Нарушение заключается в следующем.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Кировской области поступило обращение физического лица от 01.04.2021 (вх. № 1962 от 01.04.2021) по вопросу распространения 31.03.2021 в 13:50 на абонентский номер "+..." с абонентского номера "+..." звонка с рекламной информацией следующего содержания: *«Меня зовут Ирина, официальный партнер Альфа-Банк. Хочу предложить вам условия по открытию расчетного счета для вашего ИП. Удобно вам сейчас прослушать предложение от банка?»* в отсутствие согласия абонента на его 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 п. 2 ст. 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.

Поступившая 31.03.2021 в 13:50 на абонентский номер "+..." с абонентского номера "+..." информация следующего содержания: *«Меня зовут Ирина, официальный партнер Альфа-Банк. Хочу предложить вам условия по открытию расчетного счета для вашего ИП. Удобно вам сейчас прослушать предложение от банка?»* содержит все юридически значимые признаки рекламы:

- распространена по сетям электросвязи, а именно посредством телефонной связи с абонентского номера "+..." на абонентский номер "+...";

- адресована неопределенному кругу лиц – всем лицам, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования;

- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования: финансовой услуге по открытию расчетного счета для индивидуального предпринимателя, формированию интереса к ней у потребителей.

Указанный вывод подтверждается, в том числе позицией членов Экспертного совета по применению рекламного законодательства при Кировском УФАС России (далее – члены Экспертного совета), в состав которого входят представители научных организаций, общественных организаций, экспертов и специалистов в области лингвистики, психологии, журналистики. Согласно мнению членов Экспертного совета, высказанному на заседании от 09.06.2021, вышеуказанная информация является рекламой, поскольку целью звонка было довести до сведения потребителя информацию о возможности открыть в «Альфа-Банк» расчетный счет для индивидуального предпринимателя: абонента «не спрашивают, как у него дела – ему сразу же говорят, что звонит официальный партнер «Альфа-Банк», хочет предложить условия по открытию счета». Объектом рекламирования, по мнению членов Экспертного совета, являются условия открытия расчетного счета для ИП, предоставляемые «Альфа-Банк» (протокол Экспертного совета от 09.06.2021).

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 соответствии с ч. 1 ст. 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.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в п. 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 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 Федеральный 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».

В данном случае под абонентом надлежит понимать лицо, на чей абонентский номер поступила соответствующая рекламная информация.

В рассматриваемом деле абонентом является физическое лицо, которому выделен абонентский номер "+...", что подтверждается скриншотом с экрана личного кабинета абонента с номером "+..." в сети оператора связи ПАО «МТС».

Вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что предварительное согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

Согласно представленным ПАО «Вымпел-Коммуникации» документам и сведениям абонентский номер "+...", с которого распространялась реклама финансовой услуги по открытию расчетного счета для индивидуального предпринимателя на абонентский номер "+...", закреплен за ИП "...".

Исходя из представленных ИП "...» письмом от 13.07.2021 (вх. № 4461 от 13.07.2021),

АО «Альфа-Банк» письмом от 27.07.2021 (вх. № 5356 от 20.08.2021) документов и сведений следует, что между указанным индивидуальным предпринимателем (Исполнитель) и АО «Альфа-Банк» (Банк), заключен договор возмездного оказания услуг (далее – Договор). Согласно Договору Исполнитель оказывает Банку условия по привлечению клиентов для предоставления различных финансовых услуг.

В соответствии с п. 4.1.1 Договора Исполнитель обязуется надлежащим образом исполнять обязательства, указанные в п. 3.1 Договора в соответствии с законодательством РФ, в том числе законодательства о рекламе. Также исходя из условий Договора следует, что ИП "..." (Исполнитель) обязуется получать соответствующее требованиям законодательства предварительное согласие абонентов – получателей информации по сетям электросвязи на получение информации о Банке (п. 4.1.6 Договора).

Согласно информации, представленной заявителем в письме от 01.04.2021 (вх. № 1962 от 01.04.2021) абонент своего согласия на получение вышеуказанной рекламы на абонентский номер "+..." с абонентского номера "+..." не давал.

Довод "...", изложенный в письме от 13.07.2021 (вх. № 4461 от 13.07.2021), относительно того, что реклама финансовых услуг АО «Альфа-Банк» по открытию расчетного счета для ИП до абонента не была доведена, поскольку абонент – владелец номера "+..." отказался от получения какой-либо информации в процессе телефонного разговора с оператором, не имеет правового значения на основании следующего.

Слово «распространение» в контексте Федерального закона «О рекламе» не означает направление электросигнала, транслирующего рекламу, к приемному устройству, а означает момент, когда реклама становится доступной для восприятия потребителя (распространенной).

Установлено, что 31.03.2021 в 13:50 по сетям электросвязи посредством телефонного звонка на абонентский номер "+..." с номера "+..." до физического лица доведена рекламная информация *«Меня зовут Ирина, официальный партнер Альфа-Банк. Хочу предложить вам условия по открытию расчетного счета для вашего ИП. Удобно вам сейчас прослушать предложение от банка?»*. Указанное обстоятельство подтверждается представленными заявителем письмами от 01.04.2021 (вх. № 1962 от 01.04.2021), от 13.04.2021 (вх. № 2295 от 14.04.2021) в материалы дела: аудиозаписью телефонного разговора между абонентами с номерами "+..." и "+..."; детализацией расходов (детализацией входящих соединений) за 31.03.2021.

Не доведение рекламной информации до абонента в полном объеме не исключает возможность определить объект рекламирования, к которому формируется интерес с целью его продвижения на рынке.

Кроме того, положения ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» предусматривают наличие обязательного предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Соответственно, указанное согласие должно быть получено рекламораспространителем до момента, когда реклама становится доступной для восприятия абонента в любой форме, достаточной для его идентификации и

подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

На практике согласие абонента получают следующими способами: отметкой в договоре (письменное согласие); устное согласие на основе опроса абонента при настройке параметров оператором по запросу абонента через голосовое меню; отметкой в голосовом или текстовом меню (настройки параметров) абонентского оборудования (терминала); путем отправки электронного сообщения с запросом подтверждения согласия на рассылку и иное.

Соответственно, обстоятельства, на которые ссылается ИП "+..." не могут служить доказательствами отсутствия нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

Иных надлежащих доказательств получения рекламораспространителем согласия абонента с номером "+..." на получение рекламы по сетям электросвязи в материалы дела не представлено.

Таким образом, распространение вышеуказанной рекламы на абонентский номер "+..." без соответствующего согласия на распространение такой информации нарушает ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», предусматривающей однозначный запрет на распространение рекламы при отсутствии согласия абонента.

В соответствии с ч. 7 ст. 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламораспространитель.

В соответствии с п. 7 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» под рекламораспространителем понимается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, исходя из способа распространения рекламы и имеющихся в материалах дела документов, с учетом понятия, установленного ст. 3 Федерального закона «О рекламе», рекламораспространителем рекламы финансовой услуги по открытию расчетного счета для индивидуального предпринимателя является ИП "...", который несет ответственность за нарушение требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

Указанный факт нарушения законодательства РФ о рекламе в полном объеме подтверждается имеющимися материалами и решением по делу № 043/05/18-454/2021.

В соответствии со ст. 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.

В соответствии со ст. 2.4 КоАП РФ административной ответственности подлежит должностное лицо в случае совершения им административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных

обязанностей.

Ответственность за данное правонарушение предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 настоящей статьи, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 КоАП, 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.

Согласно ст. 2.4 КоАП РФ лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, совершившие административные правонарушения, несут административную ответственность как должностные лица, если настоящим Кодексом не установлено иное.

Таким образом, индивидуальный предприниматель ИП "..." несет административную ответственность как должностное лицо.

Уведомлением о составлении протокола (от 06.12.2021 исх. № 4981/04) ИП "..." уведомлялся о дате, времени и месте составления протокола об административном правонарушении – «31» января 2022 г. в 10 часов 00 минут.

О дате, времени и месте составления протокола ИП "..." уведомлен надлежащим образом (согласно информации, содержащейся в уведомлении о вручении отправления с почтовым идентификатором "...", уведомление о составлении протокола вручено адресату по адресу регистрации 17.12.2021).

На составление протокола ИП "..." не явился, ходатайств не заявлял, письменных пояснений не предоставил. Протокол составлен в отсутствие ИП "...", уведомленного надлежащим образом о дате, времени и месте составления протокола об административном правонарушении.

Определением от 31.01.2022 о назначении времени и места рассмотрения дела № 043/04/14.3-71/2022 об административном правонарушении ИП "..." уведомлялся о дате, времени и месте рассмотрения протокола – 14.03.2022 г. в 11 часов 00 минут.

О дате, месте и времени рассмотрения протокола ИП "..." уведомлен надлежащим образом (согласно информации, содержащейся в уведомлении о вручении отправления с почтовым идентификатором "...", определение о назначении времени и места рассмотрения дела об административном правонарушении и протокол об административном правонарушении вручены адресату по адресу регистрации 09.02.2022).

На рассмотрение протокола № 043/04/14.3-71/2022 от 31.01.2022 ИП "..." не явился, представителя не направил, ходатайств не заявлял. Протокол рассмотрен в отсутствие ИП "...", уведомленного надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения протокола об административном правонарушении от 24.01.2022 №.043/04/14.3-71/2022.

Руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области "...", изучив материалы административного дела, находит вину

индивидуального предпринимателя "..." в совершении административного правонарушения установленной и доказанной.

Факт совершения правонарушения ИП "..." подтверждается:

- решением Комиссии Кировского УФАС России от 15.11.2021 г. по делу № 043/05/18-454/2021;

- материалами административного дела № 043/04/14.3-71/2022;

- протоколом об административном правонарушении № 043/04/14.3-71/2022 от 14.03.2022 г.

Оценивая собранные по делу доказательства, должностное лицо Кировского УФАС России находит, что действия ИП "..." правильно квалифицированы по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

Событием является установленный факт нарушения рекламного законодательства, выразившийся в определении содержания рекламы: «*Меня зовут Ирина, официальный партнер Альфа-Банк. Хочу предложить вам условия по открытию расчетного счета для вашего ИП. Удобно вам сейчас прослушать предложение от банка?*», распространенный 31.03.2021 в 13:50 по сетям электросвязи, посредством телефонного звонка с абонентского номера "+..." на абонентский номер "+...", в отсутствие согласия абонента на её получение, так как она противоречит требованиям ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 - ФЗ «О рекламе», ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

Согласно ч. 1 ст. 4.5 КоАП РФ срок давности привлечения к административной ответственности за нарушение рекламного законодательства составляет один год со дня совершения административного правонарушения.

Срок давности привлечения лица к административной ответственности исчисляется с 31.03.2022 года (дата распространения по сетям электросвязи звонка рекламного характера в отсутствие согласия абонента на его получение – 31.03.2021).

Место совершения административного правонарушения: Кировская область

Время совершения административного правонарушения: распространение по сетям электросвязи на абонентский номер "+..." с абонентского номера "+..." звонка рекламного характера в отсутствие согласия абонента на его получение.

Субъектом административного правонарушения является – ИП "..."

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

Объективной стороной административного правонарушения являются действия по распространению 31.03.2021 в 13:50 на абонентский номер "+..." с абонентского номера "+..." звонка с рекламной информацией следующего содержания: «*Меня зовут Ирина, официальный партнер Альфа-Банк. Хочу предложить вам условия по открытию расчетного счета для вашего ИП. Удобно вам сейчас прослушать предложение от банка?*» в отсутствие согласия абонента на его получение в

нарушение требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», что является нарушением ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с ч. 1 ст. 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 ИП "... " имелась возможность для соблюдения требований рекламного законодательства, но лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Согласно ч. 2 ст. 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 ИП "... " не предвидел возможности наступления вредных последствий, хотя мог их предвидеть. Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение установленных законодательством требований, при рассмотрении дела не установлены.

Таким образом, совершенные ИП "... " действия по определению содержания распространявшейся 31.03.2021 в 13:50 на абонентский номер "+..." с абонентского номера "+..." звонка с рекламной информацией следующего содержания: *«Меня зовут Ирина, официальный партнер Альфа-Банк. Хочу предложить вам условия по открытию расчетного счета для вашего ИП. Удобно вам сейчас прослушать предложение от банка?»* в отсутствие согласия абонента на его получение, в нарушение требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», содержат состав административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

В соответствии со ст. 4.2 КоАП РФ в качестве смягчающих вину обстоятельств установлено: совершение административного правонарушения впервые.

В соответствии со ст. 4.3 КоАП РФ отягчающие вину обстоятельства не установлены.

Оснований для прекращения производства по делу не имеется.

Рассматриваемое правонарушение не может быть признано малозначительным. Как разъяснил Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в пункте 18 Постановления от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях», при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям. 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 ИП "..." от административной ответственности ввиду малозначительности в соответствии со ст. 2.9 КоАП РФ отсутствуют.

В соответствии с ч. 1 ст. 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 КоАП РФ или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных ч. 2 ст. 3.4 КоАП РФ, за исключением случаев, предусмотренных ч. 2 настоящей статьи.

В соответствии с ч. 2 ст. 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.

Поскольку согласно информации, размещенной на сайте <https://rmsp.nalog.ru/>, индивидуальный предприниматель "..." на момент вынесения настоящего

постановления включен в Реестр субъектов малого и среднего предпринимательства, и правонарушение, ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, совершено им впервые, с учетом отсутствия оснований, установленных ч. 2 ст. 4.1.1 КоАП РФ, имеются основания для применения к данному лицу меры ответственности в виде предупреждения.

Руководствуясь ст. 3, 24, 33, 38 Федерального закона «О рекламе», ст. 2.1, 2.4, 4.1.1, 4.2, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать индивидуального предпринимателя "... " виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.
2. Применить к индивидуальному предпринимателю "... " меру ответственности в виде предупреждения.