

ПРОТОКОЛ № 012/04/14.3-734/2021
об административном правонарушении

«24» августа 2021 года

г. Йошкар – Ола

Протокол составлен ведущим специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов <...> соответствии со статьей 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО «Спринтсейлз» (<...>) по факту распространения рекламы посредством звонка с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: «Здравствуйте...меня зовут...компания «Геон». Мы производители спортивного питания. Хотелось бы узнать по поводу сотрудничества и поставки спортивного питания... Компания «Геон» уже более 11 лет на рынке, Вы слышали про нас?» с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Ответственность за данное административное правонарушение предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

Место, время совершения и событие административного правонарушения:

Место совершения административного правонарушения: г. Москва.

Время совершения административного правонарушения: 18.03.2021, 09:38 – время поступления звонка без согласия абонента

Событие административного правонарушения:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) поступило заявление <...> (вх. № 60-Г от 18.03.2021) о нежелательном рекламном звонке, поступившем 18.03.2021 в 09:38 на его телефонный номер (<...>), распространенном с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: «Здравствуйте...меня зовут...компания «Геон». Мы производители спортивного питания. Хотелось бы узнать по поводу сотрудничества и поставки спортивного питания...Компания «Геон» уже более 11 лет на рынке, Вы слышали про нас?».

В соответствии с п. 1 ст. 3 Федерального закона от 26.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - 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.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Под объектом рекламирования понимают товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама (статья 3 Закона о рекламе).

Товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (статья 3 Закона о рекламе).

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

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования (организации «Геон» и товарам, реализуемым обществом), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

<...> сообщил об отсутствии его согласия на получение рассматриваемой рекламы, а также указал, что на сайте: www.airfit.ru размещен номер телефона (<...>) для личных клиентов, которым им оказываются услуги физкультурно-оздоровительного характера. Информация, что по данному номеру телефона могут быть приняты заявки на сотрудничество отсутствует.

При рассмотрении заявления установлен следующий механизм распространения указанного рекламного звонка.

Марийским УФАС России установлено, что звонок на телефонный номер <...> осуществлен ООО «Спринтсейлз» (<...>) на основании договора № 10-02/2021 об оказании услуг от 11.02.2021 по аутсорсингу продаж ООО «Геон» (<...>).

П. 1.1 данного договора предусмотрено, что ООО «Спринтсейлз» обязуется по заданию ООО «Геон» предоставлять последнему услуги, указанные в дополнительном соглашении № 1 к договору, а заказчик обязуется принять и оплатить эти услуги.

Согласно п. 2.2 дополнительного соглашения № 1 к договору об оказании услуг № 10-02/2021 от 11.02.2021 ООО «Спринтсейлз» осуществляет исходящие телефонные вызовы Клиентам, указанным в списке Контактов в соответствии со Сценарием.

Также, ООО «Геон» и ООО «Спринсейлз» пояснили, что письменного согласия абонента с номером телефона <...> Обществами получено не было.

Кроме того, Общества полагают, что данный звонок не был направлен в адрес неопределенного круга лиц, а, наоборот, направлен в отношении конкретного абонента с предложением об услуге по поставке спортивного питания.

Однако исходя из договора №10-02/2021 между ООО «Геон» и ООО «Спринтсейлз» и дополнительного соглашения №1 к договору об оказании услуг № 10-02/2021 от 11.02.2021 (пункт 2.3) целевой аудиторией, которой распространяются звонки, является: магазины и дилеры спортивного питания, фитнес клубы, эко-лавки, аптеки и аптечные сети.

Таким образом, в данном случае отсутствуют указания о лицах, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования, что свидетельствует о направлении информации неопределенному кругу лиц.

Согласно части 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

Согласно части 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

В соответствии с частью 3 статьи 10 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» при использовании для распространения информации средств, позволяющих определять получателей информации, в том числе телефонных звонков, лицо, распространяющее информацию, обязано обеспечить получателю информации возможность отказа от такой информации.

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

Буквальное толкование изложенных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя. Требование законодателя относительно обязанности рекламораспространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов императивно и, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Соответственно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно предварительно получить от потребителя явно выраженное согласие, а только потом осуществлять соответствующую рассылку.

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

При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие.

Однако в рамках рассмотрения дела Марийским УФАС России не установлено, что <...> предоставлено согласие ООО «Геон» и ООО «Спринсейлз» в такой форме, что данное согласие можно было бы трактовать как прямое и недвусмысленное волеизъявление для получения информации рекламного характера о деятельности ООО «Геон» и товарах, реализуемых данным обществом.

На основании вышеизложенного, Марийским УФАС России установлено, что при осуществлении 18.03.2021 в 09:38 звонка на телефонный номер <...> (<...>) нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

На основании частей 7, 8 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 данного Закона, возложена на рекламораспространителя либо рекламопроизводителя, в случае, если будет установлено, что нарушение произошло по его вине.

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя. Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно договору об оказании услуг № 10-02/2021 от 11.02.2021 ООО «Геон» является заказчиком услуг, а ООО «Спринтсейлз» - исполнителем услуг. П. 2.4.1 договора предусмотрено, что заказчик обязан передать всю необходимую

информацию, согласованную сторонами в договоре, для предоставления услуг, при этом самостоятельно обеспечивать полноту, актуальность, точность, достоверность такой информации. В соответствии с п. 2.2 дополнительного соглашения № 1 к договору исполнитель осуществляет исходящие телефонные вызовы Клиентам. Также в материалы дела представлено информационное письмо от 18.02.2021, из которого следует, что ООО «Спринтсейлз» самостоятельно определяло список клиентов, до сведения которых будут доведены существенные условия реализации продукции ООО «Геон», и в дальнейшем согласовывало его с ООО «Геон». Однако в заключенных между сторонами договоре и дополнительном соглашении не определена процедура и последовательность получения согласия лиц, которым осуществляется телефонный звонок, на получение информации рекламного характера, следовательно, данное согласие должно быть получено лицом, непосредственно доведившим данную информацию до абонентов (рекламораспространителем).

Таким образом, Марийского УФАС России приходит к выводу, что в данном случае рекламодателем и рекламопроизводителем рекламной информации является ООО «Геон», а рекламораспространителем – ООО «Спринтсейлз».

В ответ на определение о возбуждении дела об административном правонарушении №012/04/14.3-734/2021 и проведении административного расследования ООО «Спринтсейлз» представило письменную позицию и ходатайство о применении меры административной ответственности в виде предупреждения, так как: 1) во исполнение предписания от 06.08.2021 исх. №03-21/255 ООО «Спринтсейлз» были проведены мероприятия по предупреждению и ненопущению нарушений законодательства о рекламе; 2) нарушение законодательства о рекламе совершено ООО «Спринтсейлз» впервые, ранее общество к административной ответственности не привлекалось; 3) правонарушение не нанесло вредных последствий, не повлекло 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 не причинило имущественного ущерба; 4) ООО «Спринтсейлз» является микропредприятием и состоит в реестре субъектов малого и среднего предпринимательства; 5) смягчающее обстоятельство – добровольное прекращение разговора с <...> по первому его требованию.

Ответственность за данное нарушение предусмотрена статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ).

Согласно части 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

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

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

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

Протокол составлен по правилам статьи 28.2 КоАП РФ в присутствии представителя ООО «Спринтсейлз» <...>, действующего на основании доверенности от 21.05.2021 и удостоверения № 1539, надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте составления протокола об административном правонарушении (по юридическому адресу ООО «Спринтсейлз» направлено определение о возбуждении дела об административном правонарушении №012/04/14.3-734/2021 и проведении административного расследования исх. №03-07/643 от 06.08.2021, которое согласно сведениям почта России получено обществом 13.08.2021).

Дата, место и время рассмотрения дела об административном правонарушении: «02» сентября 2021 года в 11 час. 00 мин. по адресу: ул. Волкова, д. 164, г. Йошкар-Ола, Республика Марий Эл, 424000.

С протоколом ознакомлен(а),

права и обязанности разъяснены.

Даю согласие на

обработку персональных данных.

(ФИО, подпись лица, привлекаемого к административной ответственности)

(Ф.И.О. составившего протокол)

«24» августа 2021 года

(подпись)

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

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

(ФИО лица, получившего протокол)

« _____ » _____ 2020 г.

(подпись)

Также сообщаем, что возможность участия в составлении протокола будет организована посредством удаленного доступа через программу «True Conf» по ссылке <https://fas1.tconf.rt.ru/c/6771440840>.

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

Инструкция для участников видеоконференцсвязи прилагается к настоящему уведомлению.

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