

ПРОТОКОЛ № 012/04/14.3-124/2023

об административном правонарушении

«06» марта 2023 года

г. Йошкар-Ола

Протокол составлен специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов <...> в соответствии со статьей 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ИП Ш. (ИНН <...>, ОГРНИП <...>, адрес регистрации: <...>) по факту распространения рекламной информации посредством телефонного звонка на абонентский номер гражданина без его согласия, следующего содержания: «Партнерский кол-центр Сбербанк, Вам удобно говорить? Сбербанк информирует Вас и предлагает открыть бесплатный расчетный счет для вашего ИП, так как только сейчас для Вас доступен тарифный план легкий старт, где открытие и обслуживание расчетного счета абсолютно бесплатно», нарушающей требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (решение по делу № 012/05/18-63/2023 от 16.02.2023).

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: 11.01.2023 12 часов 14 минут – время поступления рекламного звонка без предварительного согласия абонента.

Событие административного правонарушения:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) в порядке переадресации из Федеральной антимонопольной службы России поступило обращение <...> (вх. № 126-ЭП/23 от 11.01.2023).

В своем заявлении <...> указал, что на его абонентский номер (<...>) 11.01.2023 в 12 часов 14 минут был направлен телефонный звонок с номера <...>, без предварительного согласия абонента следующего содержания: «Партнерский кол-центр Сбербанк, Вам удобно говорить? Сбербанк информирует Вас и предлагает открыть бесплатный расчетный счет для вашего ИП, так как только сейчас для Вас доступен тарифный план легкий старт, где открытие и обслуживание расчетного счета абсолютно бесплатно».

Определением от 26.01.2023 в отношении ИП Ш. по факту распространения рекламной информации посредством телефонного звонка на абонентский номер гражданина без его согласия возбуждено дело № 012/05/18-63/2023 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

Решением Комиссии Марийского УФАС России по делу № 012/05/18-63/2023 от 16.02.2023 реклама, распространенная 11.01.2023 в 12 часов 14 минут с использованием телематических средств связи без получения предварительного согласия абонента с телефонного номера <...> на абонентский номер <...> следующего содержания: «Партнерский кол-центр Сбербанк, Вам удобно говорить? Сбербанк информирует Вас и предлагает открыть бесплатный расчетный счет для вашего ИП, так как только сейчас для Вас доступен тарифный план легкий старт, где открытие и обслуживание расчетного счета абсолютно бесплатно», признана ненадлежащей, поскольку она не соответствует требованиям части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

В соответствии со статьей 3 Закона 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 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).

Информация, направленная <...> в виде телефонного звонка, не обращена к конкретному потребителю, из аудио-звонка не следует, что оно было адресовано каким-либо определенным лицам, следовательно, является персонифицированной, поскольку невозможно определить заранее какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены.

Таким образом, информация, поступившая <...>, содержит следующие признаки рекламы: звонок сделан посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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.

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.

Указанная информация доводилась до абонента без предварительного согласия на ее получение.

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 случае, если будет доказана его вина.

При рассмотрении заявления антимонопольным органом установлен следующий механизм распространения указанного рекламного звонка.

Марийским УФАС России установлено, что между <...> и ООО «Сбербанк-Телеком» заключен договор об оказании услуг связи № 1004266638 от 30.04.2021.

В пояснениях от 13.01.2023 № 176-ЭП/23 ООО «Сбербанк – Телеком» указало о фиксации входящего вызова на номер <...> с абонентского номера <...> 11.01.2023 в 12 часов 13 минут.

Согласно сведениям, содержащимся в реестре Российской системы и плана нумерации, абонентский номер +79052007326 принадлежит ПАО «ВымпелКом».

Письмом от 23.01.2023 вх. №429/23 ПАО «ВымпелКом» указало, что абонентский номер <...> на основании договора об оказании услуг связи № 819024542 от 21.10.2021 зарегистрирован за индивидуальным предпринимателем Ш. (ИНН <...>, ОГРНИП <...>, адрес регистрации: <...>).

При этом ПАО «ВымпелКом» подтверждается совершение телефонного звонка с номера <...> на номер <...> 11.01.2023 в 12 часов 14 минут.

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.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушения части 1 статьи 18 указанного закона несет рекламодатель.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя. Требование законодателя относительно обязанности рекламодателя 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.

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламодателя. 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; рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Антимонопольным органом установлено, что рекламодателем вышеуказанной рекламы является ИП Ш.

Исходя из вышеизложенного, Марийское УФАС России приходит к выводу о наличии в действиях ИП Ш. признаков нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламного звонка на абонентский номер <...> без его согласия.

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 рекламодателем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на должностных лиц – от четырех тысяч до двадцати 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 1 статьи 2.2 КоАП РФ административное правонарушение признается совершенным умышленно, если лицо, его совершившее, сознавало противоправный характер своего действия (бездействия), предвидело его вредные последствия и желало наступления таких последствий или сознательно их допускало либо относилось к ним безразлично.

ИП Ш. при распространении рассматриваемой рекламы не были предприняты все зависящие от него меры по соблюдению законодательства о рекламе, по предотвращению совершения правонарушения.

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.

В силу части 2 статьи 24.2 КоАП РФ лицам, участвующим в производстве по делу об административном правонарушении и не владеющим языком, на котором ведется производство по делу, обеспечивается право выступать и давать объяснения, заявлять ходатайства и отводы, приносить жалобы на родном языке, либо на другом свободно избранном указанными лицами языке общения, а также пользоваться услугами переводчика.

Согласно статье 51 Конституции Российской Федерации никто не обязан свидетельствовать против самого себя, своего супруга и близких родственников.

Протокол составлен по правилам статьи 28.2 КоАП РФ в отсутствие ИП Ш., <...> надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте составления протокола об административном правонарушении. ИП Ш., <...> направлено определение о возбуждении дела об административном правонарушении № 012/04/14.3-124/2023 и проведении административного расследования от 16.02.2023 № ОЕ/757/23 (согласно сведениям официального сайта «Почта России», отправление, направленное в адрес ИП Ш., с почтовым идентификатором № 80095081212028 02.03.2023 покинуло место возврата/досылки, отправление, направленное в адрес <...>, с почтовым идентификатором 80095081212035 возвращено из-за истечения срока хранения. ИП Ш. во исполнение определения о возбуждении дела об административном правонарушении № 012/04/14.3-124/2023 и проведении административного расследования направлено письмо от 27.02.2023 вх. № 1285-ЭП/23, в котором указано о возможности рассмотрения дела № 012/04/14.3-124/2023 в отсутствие ИП Ш.

Согласно пункту 24.1 постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях», не могут считаться не извещенными лица, отказавшиеся от получения

направленных материалов или не явившиеся за их получением несмотря на почтовое извещение.

Дата, место и время рассмотрения дела об административном правонарушении: «17» марта 2023 года в 10 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)

«06» марта 2023 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)

«_» _____ 2023 г. _____

(подпись)

Также сообщаем, что возможность участия в рассмотрении дела будет организована посредством удаленного доступа через программу «True Conf» по ссылке <https://fas1.tconf.ru/c/9791263387>.

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

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