ПОСТАНОВЛЕНИЕ

О НАЗНАЧЕНИИ АДМИНИСТРАТИВНОГО НАКАЗАНИЯ ПО ДЕЛУ № 045/04/14.3-189/2021 ОБ АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРАВОНАРУШЕНИИ

23 декабря 2021 года г. Курган

Я, заместитель руководителя управления – начальник отдела контроля товарных, финансовых рынков и рекламного законодательства Управления Федеральной антимонопольной службы по Курганской области (далее – Курганское УФАС России) Кукарцева Ольга Владимировна, рассмотрев на основании статьи 23.48 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) и в порядке статьи 29.7 КоАП РФ материалы дела об административном правонарушении, возбужденного по заявлению <…> (далее – <…>, заявитель), в отношении ООО «Стоматологическая компания СПБ» (ОГРН: 1187847364055, Дата присвоения ОГРН: 05.12.2018, ИНН: 7841079604, КПП: 784101001; далее – ООО «СК «СПБ») по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ,

при участии:

от потерпевшего: явки нет, извещен надлежащим образом;

от лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении: явки нет, извещено надлежащим образом,

УСТАНОВИЛ:

В Курганское УФАС России поступило заявление <…> направленное Федеральной антимонопольной службой, о наличии признаков нарушения рекламного законодательства Российской Федерации при распространении информации без предварительного согласия абонента.

Заявитель сообщает, что 18.01.2021 в 19 час. 18 мин. посредством телефонной связи с номера <…> на номер заявителя <…> совершен нежелательный рекламный звонок. В подтверждение заявления прилагает аудиозапись телефонного звонка.

В вышеуказанной аудиозаписи сообщается об осуществлении деятельности, связанной с оказанием стоматологических услуг. Звонок содержит следующую информацию:

«Здравствуйте, звонок из стоматологии. Приглашаем вас на панорамный снимок всех зубов и корней. Также завершающим этапом вам произведут чистку зубов в один этап. И в подарок вы получите фирменную зубную пасту и щетку от нашей стоматологии. Имеются противопоказания, необходимо проконсультироваться со специалистами. Если хотите услышать подробную информацию нажмите цифру

один».

По мнению заявителя, указанные действия по распространению рекламы являются нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

По итогам рассмотрения указанных обстоятельств и материалов Курганским УФАС России вынесено решение по делу № 045/05/18-11/2021 от 17.05.2021, которым решено признать рекламу, распространенную по сетям электросвязи, посредством использования телефонной связи ООО «СК СПБ» (ИНН 7841079604, ОГРН 1197847364055; набережная реки Фонтанки, д. 13, литер А, помещение 1-Н, г. Санкт-Петербург, 191023; <…>) следующего содержания: «Здравствуйте, звонок из стоматологии. Приглашаем вас на панорамный снимок всех зубов и корней. Также завершающим этапом вам произведут чистку зубов в один этап. И в подарок вы получите фирменную зубную пасту и щетку от нашей стоматологии. Имеются противопоказания, необходимо проконсультироваться со специалистами. Если хотите услышать подробную информацию нажмите цифру один» ненадлежащей, нарушающей требования пункта 7 статьи 7, части 1, 2 статьи 18, часть 7 статьи 24 Закона о рекламе (пункт 1); предписание ООО «СК СПБ» не выдавать ввиду отсутствия сведений о дальнейшем распространении ненадлежащей рекламы (пункт 2); передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Курганского УФАС России для принятия решения о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (пункт 3).

Старшим государственным инспектором отдела контроля товарных, финансовых рынков и рекламного законодательства Курганского УФАС России <…> 10.11.2021 вынесено определение о возбуждении дела об административном правонарушении № 045/04/14.3-189/2021 и проведении административного расследования, по итогам которого составлен протокол по делу № 045/04/14.3-189/2021 об административном правонарушении от 29.11.2021 в отношении ООО «СК «СПБ» по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Определением от 01.12.2021 назначены время и место рассмотрения дела на 23.12.2021 в 11 час. 00 мин. по адресу: г. Курган, ул. М. Горького, д. 40, каб. 212.

<…>, законный представитель/защитник ООО «СК «СПБ» на рассмотрение дела не явились, извещены надлежащим образом.

Исследовав материалы дела должностное лицо приходит к следующим выводам.

В соответствии с частью 1 статьи 33 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. Кроме того, в силу пункта 7 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе применять меры ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Комиссией Курганского УФАС России в решении делу № 045/05/18-11/2021 от 17.05.2021 установлены следующие обстоятельства.

Согласно информации, представленной ПАО «МегаФон» в Курганское УФАС России, подтверждено осуществление звонка на номер <…> 18.01.2021 в 19 час. 18 мин. с абонентского номера <…>. Также согласно данных билинговой системы абонентский номер <…> выделен по договору <…>.

Вместе с тем, от ПАО «Вымпел-Коммуникации» представлена информация, согласно которой абонентский номер <…> выделен ООО «СК СПБ» на основании договора на оказание услуг «Билайн» № <…> (в подтверждение приложена копия договора на оказание услуг «Билайн» № <…>, текст условий договора об оказании услуг связи Билайн корпоративным клиентам, копия приложения от 29.12.2020 к договору на оказание услуг «Билайн» № <…>.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, под рекламой понимается 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.

Информация, не отвечающая признакам, содержащимся в понятии рекламы, не может быть признана рекламой, на такую информацию, а также на порядок ее размещения, не распространяются положения Закона о рекламе.

Таким образом, квалифицирующими признаками рекламы являются:

- информативный характер;

- направленность от субъекта рекламного сообщения к адресату - неопределенному кругу лиц;

- цель рекламного сообщения – привлечение внимания к объекту рекламирования с целью его продвижения на рынке. В рассматриваемом случае объектом рекламирования выступают услуги стоматологической компании «СК СПБ».

Независимо от формы или используемого средства распространения реклама должна быть распознаваема без специальных знаний или без применения технических средств непосредственно в момент ее представления именно как реклама. Таким образом, признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

В соответствии с пунктом 2 Письма ФАС России от 27.12.2017 № АК/92163/17 «О разграничении понятий вывеска и реклама» информация, не содержащая указания на объект рекламирования, к которому направлено внимание и формируется интерес, не признается рекламой.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе под объектом рекламирования понимается 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. Товар – это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В соответствии с частями 1, 3 статьи 455 Гражданского кодекса Российской Федерации товаром по договору купли-продажи могут быть любые вещи, не изъятые из оборота. Условие договора купли-продажи о товаре считается согласованным, если договор позволяет определить наименование и количество товара (услуги).

Частью 1 статьи 467 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что если по договору купли-продажи передаче подлежат товары в определенном соотношении по видам, моделям, размерам, цветам или иным признакам (ассортимент), продавец обязан передать покупателю товары в ассортименте, согласованном сторонами.

Таким образом, системный анализ гражданского законодательства Российской Федерации свидетельствует о том, что объектом рекламирования может выступать тот товар, предназначенный для продажи или иного введения в гражданский оборот, который можно индивидуализировать, выделить среди однородной группы товаров. Соответственно, реклама товара всегда представляет собой информацию о конкретном товаре, который можно индивидуализировать внутри группы однородных товаров.

Рекламой признается информация, позволяющая четко обозначить, индивидуализировать конкретный объект рекламирования, выделить его среди однородных товаров и сформировать к нему интерес в целях продвижения на рынке.

Информация, не содержащая указания на объект рекламирования, в том числе наименования организации, названий товаров (работ, услуг), средств индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которые позволяют выделить конкретное лицо или конкретный товар среди множества однородных, не направленная на их продвижение на рынке и не формирующая интереса к ним, не является рекламой, поскольку такая информация не содержит объекта рекламирования.

С учётом изложенного, информация, распространенная 18.01.2021 в 19 час. 18 мин. на номер заявителя <…>, с абонентского номера <…>, в силу статьи 3 Закона о рекламе является рекламой, поскольку обладает всеми ее признаками: распространена по сетям электросвязи с контактного номера ООО «СК СПБ», посредством использования телефонной связи; адресована неопределенному кругу лиц; направлена на привлечения внимания потребителей к услугам и товарам, предоставляемым соответствующим рекламодателем и осуществляемой им деятельности (товар и услуги стоматологии – ООО «СК СПБ»); объектом рекламирования выступает товар (услуги) услуги панорамного снимка всех зубов и корней, произведение чистки зубов, которые являются конкретными объектами рекламирования, выделяющимися среди однородных товаров (иных услуг стоматологии) реализуемые стоматологией; целью распространения рекламы является увеличение спроса на рекламируемый товар (услуги).

Информация о подарках (фирменная зубная паста и щетка от стоматологии), которые получит абонент, в случае если воспользуется услугами, направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей.

В соответствии с частью 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 реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Заявитель отмечает, что не давал согласия на получения вышеуказанной рекламы, поступившей на его абонентский номер. Доказательство обратного ответчиком Комиссии не представлено.

Таким образом, вышеуказанная реклама распространялась посредством использования телефонной связи (электросвязи) с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии части 2 статьи 18 Закона о рекламе не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозванивания, автоматической рассылки).

В соответствии с Письмом ФАС России от 26.12.2019 № ДФ/114009/19 «О применении части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» для целей выявления нарушения требования 2 статьи 18 Закона о рекламе антимонопольным органам необходимо установить факт того, что:

- в ходе осуществления звонка абоненту или направления ему сообщения использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозванивание и автоматическая рассылка);

- осуществление такого звонка абоненту или направление ему такого сообщения осуществлялось для распространения рекламы.

Вместе с тем для целей реализации ФАС России возложенных на него полномочий антимонопольный орган должен обладать документами и доказательствами, необходимыми для принятия обоснованного решения.

Так, запись телефонного разговора, предоставленная абонентом антимонопольному органу, содержащая в начале такого разговора воспроизведенный абоненту заранее записанный аудиофрагмент, представляющий собой последовательность звуков и/или речь человека (автоматизированная запись), позволяет сделать вывод о том, что в ходе осуществления такого звонка абоненту использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозванивание).

Такие обстоятельства могут рассматриваться антимонопольными органами как нарушение рекламораспространителем требований части 2 статьи 18 Закона о рекламе.

Комиссией установлено, что аудиозапись телефонного разговора, предоставленная заявителем, содержит заранее записанный аудиофрагмент,

представляющий собой последовательность звуков и/или речь человека (автоматизированная запись), которая позволяет сделать вывод о том, что в ходе осуществления такого звонка абоненту использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозванивание).

Таким образом, вышеуказанная реклама распространялась посредством использования телефонной связи (электросвязи) с нарушением части 2 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьёй 18 указанного Федерального закона несет рекламораспространитель.

Рекламораспространитель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Закона о рекламе). Рекламодатель – изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо (пункт 5 статьи 3 Закона о рекламе).

С учетом представленных документов, рекламодателем и рекламораспространителем рассматриваемого звонка рекламного характера, направленного посредством использования телефонной связи (электросвязи) без предварительного согласия абонента, является ООО «СК СПБ», так как распространенная информация по своему содержанию привлекает внимание неопределенного круга лиц, а необходимую информацию можно узнать при нажатии цифры один при рекламном звонке, что формирует и поддерживает интерес к деятельности продавца данного вида услуги, тем самым, способствуя продвижению такой деятельности на рынке.

Указанные выше обстоятельства установлены материалами дела № 045/05/18-11/2021, решением по делу № 045/05/18-11/2021 от 17.05.2021, протоколом по делу № 045/04/14.3-189/2021 об административном правонарушении от 29.11.2021.

Частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ установлено, что 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 настоящего Кодекса, 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.

В силу части 1 статьи 1.5 КоАП РФ лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

Юридические лица согласно части 1 статьи 2.10 КоАП РФ подлежат административной ответственности за совершение административных правонарушений в случаях, предусмотренных статьями особенной части КоАП РФ.

Причастность ООО «СК СПБ» к совершению административного правонарушения

проявляется в распространении на него требований законодательства Российской Федерации о рекламе.

В пункте 16.1 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» разъяснено, что понятие вины юридических лиц раскрывается в части 2 статьи 2.1 КоАП РФ. При этом в отличие от физических лиц в отношении юридических лиц статья 2.2 КоАП РФ формы вины не выделяет. Следовательно, в отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению (часть 2 статьи 2.1 КоАП РФ).

Вина ООО «СК СПБ» выразилась в том, что имея объективную возможность соблюдения требований вышеприведенных норм действующего законодательства, то есть соблюдению требований Закона о рекламе, при отсутствии объективных, чрезвычайных и непреодолимых обстоятельств не приняло все зависящие от него меры для предотвращения правонарушения, не осуществило необходимые и заботливые действия для их выполнения.

Исходя из установленных по делу обстоятельств и отсутствия доказательств, подтверждающих принятие ООО «СК СПБ» всех необходимых мер для недопущения нарушения закона, вина в данной части является доказанной.

Таким образом, ООО «СК СПБ» является виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое установлена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Место совершения административного правонарушения: г. Санкт-Петербург.

Время совершения административного правонарушения: 18.01.2021 в 19 час. 18 мин.

Объектом административного правонарушения являются общественные отношения, складывающиеся в ходе осуществления контроля (надзора) антимонопольным органом в сфере законодательства Российской Федерации о рекламе.

У ООО «СК СПБ» имелась возможность не нарушать требования действующего законодательства Российской Федерации о рекламе, однако лицо допустило указанное нарушение.

Срок давности привлечения к административной ответственности, установленный статьей 4.5 КоАП РФ, не истек, оснований для прекращения производства по делу не имеется.

Обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении (статья 24.5 КоАП РФ), не выявлено.

Причины и условия, способствовавшие совершению административного правонарушения, не выявлены.

Обстоятельств, смягчающих (статья 4.2 КоАП РФ) административную ответственность, не выявлено.

В качестве отягчающих (статья 4.3 КоАП РФ) обстоятельств признается совершение однородного правонарушения повторно, что подтверждается постановлениями территориальных органов Федеральной антимонопольной службы:

- Управления Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области о назначении административного наказания по делу №048/04/14.3-1176/2019 об административном правонарушении от 07.04.2020 ООО «Стоматологическая компания СПБ» признано виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, административное наказание в виде административного штрафа, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, заменено на предупреждение согласно части 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ;

- Управления Федеральной антимонопольной службы по Санкт-Петербургу о назначении административного наказания по делу №078/04/14.3-1505/2020 об административном правонарушении от 23.12.2020 ООО «Стоматологическая компания СПБ» признано виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3, административное наказание в виде административного штрафа, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, заменено на предупреждение согласно части 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ;

- Управления Федеральной антимонопольной службы по Новгородской области о назначении административного наказания по делу №053/04/14.3-631/2021 об административном правонарушении от 08.09.2021 ООО «Стоматологическая компания СПБ» признано виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, административное наказание в виде административного штрафа, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, заменено на предупреждение согласно части 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ;

- Управления Федеральной антимонопольной службы по Ростовской области о назначении административного наказания по делу №061/04/14.3-2024/2021 об административном правонарушении от 20.09.2021 ООО «Стоматологическая компания СПБ» признано виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, назначено административное наказание в виде административного штрафа в размере 100 000 (сто тысяч) рублей.

Ущерба, причиненного административным правонарушением, не выявлено.

На основании вышеизложенного, руководствуясь частью 1 статьи 14.3, статьями 23.48, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

Признать ООО «Стоматологическая компания СПБ» (ОГРН: 1187847364055, Дата

присвоения ОГРН: 05.12.2018, ИНН: 7841079604, КПП: 784101001) виновным в совершении административного правонарушения, административная ответственность за которое установлена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, и назначить ему административное наказание в виде административного штрафа в размере 150 000 (сто пятьдесят тысяч) рублей.

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 КоАП РФ штраф должен быть уплачен не позднее 60 дней со дня вступления постановления о наложении штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 КоАП РФ.

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