ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу об административном правонарушении

№ 20-АР-2018

09 июля 2018 г. г. Чебоксары

«…», рассмотрев протокол об административном правонарушении от 27.06.2018, составленный «…» и другие материалы дела об административном правонарушении, возбужденного в отношении **ООО "Мед-Клиник" (ИНН 2130185236, г.Чебоксары, ул. Ярославская, д.27),**

в присутствии лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении - представителя ООО "Мед-Клиник" – «…» (по доверенности от 22.01.2018 б/н), «…» (по доверенности от 26.12.2017 б/н),

УСТАНОВИЛ:

Решением Чувашского УФАС России по делу № 06-Р-2018 ООО "Мед-Клиник" признано нарушившим требования, определенные частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившиеся в распространении рекламы посредством использования подвижной радиотелефонной связи без предварительного согласия абонентов.

При этом, ООО "Мед-Клиник" признано нарушившим ч.1 ст. 18 Закона о р е к л а м е .

Комиссия Чувашского УФАС России пришла к указанному решению в силу следующего.

Согласно заявлению, поступившему в адрес Чувашского УФАС России, ООО "Мед-Клиник" осуществляет деятельность по предоставлению платных медицинских услуг в границах Чувашской Республики, в том числе, в месте размещения помещения данного общества по вышеуказанному адресу, на основании Устава общества от 28.02.2017, лицензии на оказание медицинской

деятельности от 01.11.2017 № ЛО-21-01-001691, выданной Министерством здравоохранения Чувашии.

При этом, в целях продвижение оказания медицинских услуг и привлечения потенциальных клиентов, общество, осуществляет прямые контакты с данными клиентами, в том числе, путем использования средств электросвязи, а именно производя телефонные звонки на номера сотовых телефонов абонентов по случайно подобранному списку телефонных номеров, содержащихся в свободном доступе в сети Интернет.

В связи с указанными обстоятельствами, Заявителем установлены действия, осуществляемые ООО "Мед-Клиник" по распространению рекламы о проведении акции "Здоровые люди - Здоровая нация", с приглашением на диагностическое обследование, посредством использования телефонной связи, без получения предварительного согласия абонента на получение рекламы.

В доказательство изложенного, Заявителем представлен утвержденный обществом программный сценарий (далее - скрипт) телефонного разговора с абонентами, а также письменные пояснения управляющего ООО "Мед-Клиник" Кузьмичева А.Н.

Из имеющихся в материалах дела письменных пояснений управляющего ООО "Мед-Клиник" «…», следует. ООО "Мед-Клиник", посредством осуществления телефонных звонков, приглашало граждан, в том числе, указанных в заявлении, с целью предоставления им медицинских консультационных услуг. Телефонные звонки на номера сотовых телефонов данных лиц поступали от операторов внутреннего call центра ООО "Мед-Клиник путем случайного набора номеров сотовой связи, полученных в открытом доступе сети Интернет, где данная информация предоставлена в обезличенном и обобщенном виде. При этом каких - либо договорных отношений с указанными лицами не заключалось и база данных, для использования ее в дальнейшей работе, обществом не формировалась.
Таким образом, указать количество осуществленных звонков, в связи с отсутствием ведения данной статистики, обществу не представляется возможным. Данные обстоятельства в заседании Комиссии представители общества не опровергали.
Результат рассмотрения представленных в рамках дела скриптов свидетельствует о том, что их текст по смыслу содержат все квалифицирующие рекламу признаки.

В силу пункта 1 статьи 3 Закона о рекламе, реклама –

информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечения внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Указанная в скрипте информация, распространяемая посредством телефонных звонков, о проведении акции "Здоровые люди - Здоровая нация" и возможности, в рамках данной акции, прохождения диагностики в медико - диагностическом центре "Мед - Клиник", формируя интерес к деятельности указанной организации, является рекламой, и соответственно, на нее распространяются требования Закона о рекламе.

В соответствии с ч. 1 ст. 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.

В Законе о рекламе законодатель не определил порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, поэтому такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (пункт 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе").

В части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать, что согласие было дано. Таким образом, распространение рекламы по телефону возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер <...> выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи (абонента). При этом доказывать факт получения такого согласия должен рекламораспространитель, а в случае отсутствия таких доказательств, реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента, что указывает на нарушение ч.1 ст.18 Закона о рекламе. В силу требований вышеуказанных законодательных норм, реклама по

телефону, стационарному или мобильному, допускается только с предварительного согласия абонента.

Причем согласие абонента должно быть выражено в форме, достаточной для подтверждения его личности и волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Доводы ООО "Мед-Клиник", заключающиеся в том, что процедура получения предварительного согласия на получение рекламы выражена в данном случае в устном согласии абонента, не была принята Комиссией во внимание. Для признания факта надлежащего получения рекламораспространителем согласия абонента на получение рекламной информации, согласие изначально должно быть выражено явно и оформлено соответствующим, подтверждающим данный факт, образом.

В данном случае, распространение рекламы осуществлялось в форме непосредственного ("живого") диалога работника общества с абонентом сотовой связи.

При этом, согласно пояснениям общества, Комиссий установлено, что записи телефонных разговоров не сохраняются, ООО "Мед-Клиник" не формирует и не ведет ни базу данных своих клиентов, ни осуществляет учет звонков, в том числе, для совершения действий, направленных на процедуру установления согласия (не согласия) на получение рекламной информации.

В рамках дела, Комиссия усмотрела, что общество ошибочно полагает о том, что согласие абонента, выраженное в устной форме, при этом не имеющее фактического доказательства, является надлежащим подтверждением его волеизъявления на получение рекламы. Ссылки общества на устный вопрос и получение согласия в устной форме не свидетельствует о соблюдении требований действующего законодательства, поскольку при отсутствии документального доказательства не представляется возможным сделать вывод о том, кем именно и какому именно распространителю дано такое согласие. В случае, если бы общество, для осуществления продвижения своих услуг, установило форму согласия клиентов на получение рекламной информации, как это предписано законом, а не форму скрипта телефонного звонка, с устным текстом вопроса, то в ситуации, аналогичной рассматриваемой, было бы очевидным установление согласия либо отсутствия согласия на получение рекламной информации.

Из материалов дела установлено, что иного подтверждения согласия, в том числе, достаточного для идентификации и подтверждения волеизъявления лица на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя в ООО "Мед-Клиник" не

и м е е т с я .

В связи с чем, Комиссия определила, что в рассматриваемом случае, общество, злоупотребляет своими правами, поскольку совершает вмешательство путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств электросвязи, без предварительного согласия субъекта в его персональные данные.

Согласно собранным по делу материальным доказательствам Комиссией установлено, что ООО "Мед-Клиник" осуществляет телефонные звонки с рекламой о проведении медицинских услуг без получения предварительного согласия абонента на получение рекламы, поскольку общество не имеет достаточных фактических доказательств волеизъявления абонентов сотовой связи на согласие в получение рекламной информации от ООО "Мед-Клиник". Таким образом, установленные факты указывают на нарушение ООО "Мед-Клиник" ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Объектом рассматриваемого правонарушения является установленный порядок в области предпринимательской деятельности и деятельности саморегулирующей организации.

Объективная сторона состоит в нарушении законодательства о рекламе.

Субъектом административного правонарушения является ООО "Мед-Клиник". Субъективная сторона выражается в форме вины ООО "Мед-Клиник".

ООО "Мед-Клиник" должно было знать и соблюдать законодательство Российской Федерации о рекламе, однако, в ходе осуществления своей деятельности допустило нарушение требований действующего законодательства.

Учитывая изложенное, действия ООО "Мед-Клиник" образуют состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

В силу части 2 статьи 2.1 КоАП 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.

Статьей 26.1 КоАП предусмотрено, что одним из обстоятельств, подлежащих выяснению по делу об административном правонарушении является виновность лица в совершении административного правонарушения.

Отсутствие вины юридического лица предполагает объективную невозможность соблюдения установленных правил, необходимость принятия мер, от юридического лица не зависящих.

В соответствии с частью 2 статьи 2.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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.

Из материалов настоящего дела видно, что ООО "Мед-Клиник" виновно в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, поскольку оно имело возможность не допустить совершение административного правонарушения, однако при отсутствии объективных, чрезвычайных и непреодолимых обстоятельств не предприняло все зависящие от него меры для соблюдения требований Закона о рекламе, хотя должно было предвидеть возможность наступления вредных последствий своих действий, но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывало на их предотвращение.

При назначении наказания ООО "Мед-Клиник" учтены обстоятельства и характер совершенного правонарушения, имущественное положение юридического лица.

Обстоятельства, отягчающие административную ответственность, отсутствуют.

В соответствии со статьей 2.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

При этом оценка малозначительности деяния должна соотноситься с причинением либо угрозой причинения вреда личности, обществу или государству.

Понятие малозначительности административного правонарушения является категорией оценочной и определяется судьей, органом, должностным лицом, уполномоченным решить дело в каждом конкретном случае с учетом выявленных обстоятельств.

В пункте 21 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении КоАП РФ» 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.

Совершенное ООО "Мед-Клиник" правонарушение посягает на установленный в Российской Федерации порядок распространения рекламы, создает существенную угрозу охраняемым общественным правоотношениям, следовательно, не может быть признано малозначительным.

По сведениям из Единого реестра субъектов малого и среднего предпринимательств, размещенного на официальном сайте Федеральной налоговой службы в информационно - телекоммуникационной сети Интернет по адресу: https://www.nalog.ru, ООО "Мед-Клиник" указано в качестве микропредприятия.

Федеральным законом от 03.07.2016 № 316-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных

правонарушениях», вступившим в силу 04.07.2016, Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях дополнен статьей 4.1.1, предусматривающей замену административного наказания в виде административного штрафа на предупреждение 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 настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях.

Согласно части 2 статьи 4.1.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях административное наказание в виде административного штрафа не подлежит замене на предупреждение в случае совершения административного правонарушения, предусмотренного статьями 14.31 - 14.33, 19.3, 19.5, 19.5.1, 19.6, 19.8 - 19.8.2, 19.23, частями 2 и 3 статьи 19.27, статьями 19.28, 19.29, 19.30, 19.33 настоящего Кодекса.

Руководствуясь частью 2 статьи 3.4, частями 1, 3 статьи 4.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, принимая во внимание, что ООО "Мед-Клиник" является субъектом микропредприятия, правонарушение совершено впервые, ранее к административной ответственности, предусмотренной ч.1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, не привлекалось, а также в отсутствие доказательств 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, имущественного ущерба, а также отягчающих ответственность обстоятельств, учитывая совершение вменяемого административного правонарушения впервые, прихожу к выводу о возможности применения к нему меры административной ответственности в виде предупреждения.

По правилам ч. 1 ст. 3.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предупреждение - мера административного наказания, выраженная в официальном порицании физического или юридического лица. Предупреждение выносится в письменной форме.

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.

Определяя степень ответственности ООО "Мед-Клиник", считаю возможным применить к нему меру административного наказания в соответствии со статьей 3.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

На основании изложенного, руководствуясь ст. 23.48, 29.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать ООО "Мед-Клиник" виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Назначить ООО "Мед-Клиник" меру административного наказания в виде предупреждения.

В соответствии с частью 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в Арбитражный суд Чувашской Республики в течение 10 дней с момента получения или вручения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 31.1 Кодекса Российской Федерации об

административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении вступает в законную силу после истечения срока, установленного для обжалования постановления по делу об административном правонарушении, если указанное постановление не было обжаловано или опротестовано.

«...»