

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 067/05/18-160/2023

27 апреля 2023 г. г. Смоленск

Комиссия Смоленского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

<...>, руководитель Смоленского УФАС России,
председатель
Комиссии: <...>., начальник отдела антимонопольного контроля и рекламы
Смоленского УФАС России,
члены
Комиссии: <...>., ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного
контроля и рекламы Смоленского УФАС России,

рассмотрев дело № 067/05/18-160/2023, возбужденное по признакам нарушения требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) по факту распространения рекламы посредством использования сетей электросвязи путем направления e-mail-сообщения без предварительного согласия абонента,

в отсутствие заявителя – <...> и представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе национального акционерного общества «<...>» (далее – НАО «<...>», Общество), извещенных в установленном порядке о дате, времени и месте рассмотрения дела (Общество ходатайствовало о рассмотрении дела в отсутствие представителя),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Смоленского УФАС России поступили заявления гр. <...> (вх. от 03.02.2023 № 42ф, вх. от 10.02.2023 №48ф, вх. от 06.03.2023 №464ф, вх. от 20.03.2023 №177-ЭП/23), в которых сообщается о факте поступления 30.01.2023 в 18:47, 08.02.2023 в 23:50, 03.03.2023 в 20:08, 09.03.2023 в 20:12 на электронную почту заявителя (<...>)<...>@mail.ru электронных e-mail-сообщений, содержащих рекламу НАО «<...>», с различными темами писем от отправителя «Tricolor» с электронной почты <tricolor_mail@tricolor.tv.ru> с информацией рекламного характера об услугах мультиплатформенного оператора «Триколор» без предварительного согласия абонента – <...>. на его получении.

Поступление указанных сообщений на электронную почту заявителя – <...> - <...>@mail.ru подтверждается представленным в Смоленское УФАС России скриншотом пересылаемого сообщения из личного кабинета электронной почты, заявлением с пересылаемым электронным сообщением и служебным заголовком рекламного письма, содержащего текст рассматриваемой рекламы, а также сведения о дате и времени поступления рекламы, ее отправителе и получателе.

В заявлениях указано, что заявитель не давал рекламодателю своего согласия на получение сообщений рекламного характера по электронной почте, не сообщал **рекламодателю** свой адрес электронной почты, никогда не пользовался услугами **рекламодателя**.

По результатам рассмотрения заявления Смоленским УФАС России 03.04.2023 в

отношении НАО «<...>» возбуждено дело № 067/05/18-160/2023; дело назначено к рассмотрению на 27.04.2023.

Комиссия в ходе рассмотрения дела, с учетом полученных в ходе проверки по обращениям Заявителя документов, установила следующее.

Как указано выше, заявителю на электронную почту <...>@mail.ru 30.01.2023, 08.02.2023, 03.03.2023, 09.03.2023 поступили электронные e-mail-сообщения от отправителя «Tricolor» с электронной почты tricolor_mail@tricolortv.ru с информацией о услугах оператора «Триколор».

Услуги мультиплатформенного оператора Триколор оказывает НАО «<...>». НАО «<...>» сообщило (исх. от 27.02.2023 №ин-23-00239), что между Обществом и <...> 12.06.2013 заключен абонентский договор № 901121327668 (дилер – ИП Цветков Сергей Борисович) (ID приемного оборудования 25002300270317). При заключении Абонентского договора от 12.06.2013 № 901121327668 через дилера ИП Цветкова С.Б. Абонент – <...> в качестве контактной информации для осуществления коммуникации указал мобильный телефон: +7(918) <...> и адрес электронной почты <...>@1.ru. При подписании Абонентского договора Абонент соглашается на обработку персональных данных и дает согласие на получение рекламной информации.

Согласно данным автоматизированной системы регистрации и контроля абонентов Общества (далее – СРА) 23.06.2013 в 09:43 в рамках актуализации регистрационных данных адрес электронной почты <...>@1.ru был изменен абонентом на адрес электронной почты <...>@mail.ru. Заявления в адрес НСК об отзыве согласия на распространение рекламных материалов у Общества не имеется, иных жалоб или обращений от абонента (ID 25002300270317) не поступало, переписки с адресатом <...>@mail.ru не велось.

Указанная в полученном 30.01.2023 сообщении организация – ООО «Спутник Трейд» является партнером НАО «<...>» и продавцом приёмного оборудования в рамках различных маркетинговых акций для продвижения услуг современного платного телевидения Общества. Адрес электронной почты tricolor_mail@tricolortv.ru создан и используется Обществом для информационных рассылок. Иных сообщений в адрес абонента посредством электронной почты со стороны Общества не направлялось.

Абонент услуг «Триколор» <...> сообщил, что предоставленный Обществом договор № 901121327668 от 12.06.2013 не подписывал (указывает, что в предоставленном Обществе договоре подпись не его, приложил собственноручно заполненный договор № 901121327668 от 15.06.2013 с собственноручной подписью), в вышеуказанном договоре никогда не указывал адрес электронной почты <...>@1.ru и <...>@mail.ru.

Общество дополнительно сообщило (исх. №ил-23-00457 от 30.03.23), что оформление экземпляров договора, техническое подключение к услугам и оплата происходят, как правило, не одновременно, а с учетом возможностей дилера и абонента. Предоставление достоверных и актуальных сведений об абоненте, включаемых в бланк договора, является компетенцией самого абонента. Общество получает личные данные абонентов из направленных в НСК абонентских договоров, а также последующих обращения самих абонентов или

уполномоченных ими лиц, желающих изменить ранее внесенные сведения, в т.ч. контактные данные.

Из практики работы НСК можно предположить, что изменения в адрес электронной почты могли быть внесены, в т.ч., по обращению третьего лица, действовавшего с согласия абонента, например, члена семьи абонента, о чем за давностью прошедшего времени абонент мог не сохранить сведений.

Несмотря на расхождение в календарном дне заключения договора, подписи, адресов электронной почты, договор был заключен, надлежащим образом исполнен обеими сторонами; действительность данного договора абонент <...> не оспаривает.

Актуализация контактных данных абонента по договору не проводилась, так как соответствующих обязанностей законодательством не установлено.

На 30.03.2023 адрес электронной почты <...>@mail.ru исключен из рассылок.

Факт поступления вышеуказанной рекламы на электронную почту <...>@mail.ru подтверждается представленными <...>. заявлениями с пересылаемым электронным сообщением и служебным заголовком рекламного письма, содержащих текст рассматриваемой рекламы, а также сведения о дате и времени поступления рекламы, ее отправителе и получателе.

Принимая во внимание тот факт, что заявитель представил в адрес Смоленского УФАС России изображения рекламы, содержащие полный текст электронного письма, а также сведения о дате и времени поступления рекламы, ее отправителе, получателе, антимонопольный орган пришел к выводу о принадлежности электронной почты <...>@mail.ru заявителю <...>.

Согласно справке mail.ru, для того, чтобы воспользоваться почтой, а также получить права на использование дополнительных функциональных (программных) возможностей сервиса Mail.ru, пользователь должен пройти процедуру регистрации. Для этого пользователю нужно заполнить регистрационную форму в почте или на сервисах mail.ru. В процессе заполнения регистрационной формы пользователь самостоятельно выбирает логин и пароль, необходимые для последующего доступа к электронному почтовому ящику, а также информационные данные, в том числе, номер телефона.

При этом, согласно данным ООО «ВК» (ранее ООО «Мэйл.Ру»), поступившим ранее в рамках других дел в Смоленское УФАС России с пометкой для служебного пользования, при заполнении регистрационной формы в момент создания электронного почтового ящика <...>@mail.ru владельцем такого ящика были указаны следующие данные: Имя: <...>; Фамилия: <...>; Дата рождения: - (поле не было заполнено); Дата регистрации: 23.12.1998 22:18 с 194.58.101.168. На 03.12.2021 у почтового сервиса Почта Mail.Ru имелись следующие регистрационные данные пользователя электронного почтового ящика <...>@mail.ru: Имя: <...>; Фамилия: <...>; Дата рождения: <...>; Дата регистрации: 23.12.1998 22:18 с 194.58.101.168; Телефоны: +7(908)*****43; +7(952)*****58.

<...> представил Смоленскому УФАС России скриншот из личного кабинета электронной почты <...>@mail.ru, в котором указаны аналогичные сведения о

пользователе.

В соответствии с Пользовательским соглашением Пользователь самостоятельно выбирает уникальное имя электронного почтового ящика и пароль доступа к нему, при этом *повторное* использование уникального имени при создании другого электронного почтового ящика *не допускается*. Также ООО «ВК» пояснило, что смена владельца электронного почтового ящика <...>@mail.ru с даты регистрации (1998) по 2022, то есть смена контрагента (стороны) по гражданско-правовому договору (Пользовательскому соглашению Почта Mail.ru), в соответствии со статьями 388 - 390, 391 - 392.3 и 393.2 ГК РФ не производилась.

Таким образом, <...> является (и являлся) единственным пользователем электронного почтового ящика <...>@mail.ru.

При принятии решения Смоленское УФАС России исходило из следующего.

Согласно части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон 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.

При этом, из данной нормы закона следует, что отсутствие согласия абонента на получение рекламы предполагается, если иное не доказано рекламодателем.

Бремя доказывания наличия предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы по сетям электросвязи лежит на рекламодателе, при этом, заявитель не обязан доказывать факт отсутствия подобного согласия.

Согласно пунктам 1 - 3 статьи 3 Закона о рекламе:

- реклама – это 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;
- объект рекламирования - 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 - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

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.

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.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

Так, например, в случае направления посредством сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение в сообщении (упоминание имени и отчества абонента), представляет интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

Следовательно, если электронные письма с рекламным предложением направляются абоненту прямой адресной рассылкой по сети электросвязи в форме личного представления, направляемые предложения имеют целью привлечь внимание и сформировать интерес к услугам/товарам, лицо, которому направлялись сообщения по сети электросвязи, входит в неопределенный круг лиц возможного правоотношения, о которых заранее не известно, вступят ли они в конкретные правоотношения по поводу предлагаемых товаров (услуг), то информация, содержащаяся в электронных письмах, может отвечать признакам рекламы и являться рекламой услуг/товаров.

Информация, распространенная в вышеуказанные даты отправителем «Tricolor» с электронной почты tricolor_mail@tricolortv.ru на электронную почту Заявителя <...> <...>@mail.ru, отвечает всем признакам рекламы и позволяет определить ее именно в этом качестве и отличить от информации не рекламного характера: распространена посредством e-mail-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; преследует строго заданные цели информирования: продвижение на рынке, призвана формировать и поддерживать интерес к объекту рекламирования, предоставляемого соответствующими рекламодателями, то есть направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования – услугам мультиплатформенного оператора «Триколор», реализацию которых осуществляет НАО «<...>».

Согласно пункту 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 установлено, что 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.**

Согласно пункту 1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ «О связи» абонент – это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

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.

В целях защиты прав и законных интересов абонента при получении такого согласия абоненту должна быть представлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

При этом предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимость законности.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

Таким образом, абонент выступает «пассивной» стороной отношений по передаче информации, он выступает получателем сообщений.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы. Законом о рекламе, как указано выше, закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата.

При этом 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 рекламораспространителя.

Следовательно, у рекламораспространителя должно быть согласие на получение рекламы именно **абонента (адресата)**, а не **какого-либо иного лица**; факт возможного введения, если таковое имеет место быть, рекламораспространителя в заблуждение относительно достоверности сведений о номере телефона, адресе электронной почты, сам по себе, не свидетельствует об отсутствии нарушения законодательства о рекламе в случае распространения рекламы на адрес электронной почты или телефон лица, которое в действительности своего согласия не давало.

Фактический пользователь электронной почты <...>@mail.ru <...> - заявитель по делу о нарушении законодательства о рекламе, в заявлении прямо указал, что не пользовался услугами рекламораспространителя, не регистрировался на его сайте и не давал своего согласия на получение рекламной информации.

Обществом не были приняты необходимые и достаточные меры по верификации (идентификации) личности адресата (в том числе, путем получения в качестве обратной связи подтверждения о принадлежности адреса электронной почты при направлении сообщения Обществом на указанный адрес для идентификации); при этом, как указано выше, лицо (<...>), чьим якобы «согласием» Общество оправдывало свои действия по направлению рекламы на адрес электронной почты <...>, представило также пояснения о том, что сведений о какой-либо электронной почте Обществу не давал.

При этом любое лицо, не имеющее технической возможности подтвердить адрес электронной почты конкретному физическому лицу, имеет все возможности не нарушать законодательство о рекламе – просто не направлять рекламу лицу, в отношении которого у него нет достаточных доказательств наличия согласия на получение рекламы.

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.

При этом именно рекламораспространитель должен предоставить доказательства наличия согласия получателя рекламы на её получение.

Согласия же Заявителя – <...>, пользователя электронного адреса <...>@mail.ru, на получение рекламы НАО «<...>» не представило.

Иными словами, у рекламодателя должно быть согласие на получение рекламы *того лица, на чей адрес электронной почты поступило рекламное сообщение*, а не какого – либо другого лица; само по себе наличие у рекламодателя (при условии действительного наличия такого согласия) согласия на получение на адрес электронной почты рекламных сообщений от лиц, не являющихся абонентом (пользователем/владельцем такой почты), не отменяет в данном случае факта нарушения законодательства о рекламе.

Ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе, несет рекламодатель, под которым, согласно статье 3 Закона о рекламе, понимается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Как указано выше, Общество не отрицает факт направления рассматриваемых в рамках настоящего дела рекламных сообщений, не отрицает факт отсутствия у него согласия на получение Заявителем <...>. от Общества рекламных сообщений, но оправдывает свои действия наличием согласия на получение рекламной информации абонента <...>., подписавшего абонентский договор.

Но при этом, само же содержание e-mail-сообщения не позволяет сделать вывод о том, что оно адресовано конкретному лицу - <...>. Направленное рекламное сообщение содержит лишь информацию об услугах НАО «<...>».

Довод Общества об отсутствии в его действиях нарушения законодательства о рекламе, так как сообщение направлено Клиенту на основании его согласия, для оценки действий Общества о соблюдении им законодательства о рекламе не имеет правовое значение.

Правовое значение для такой оценки имеют, прежде всего, факт распространения рекламы и наличие **действительного** согласия абонента на получение рекламы, которым в рассматриваемом случае является <...> Н.А., а не <...> И.А.

Таким образом, рассматриваемая реклама, распространённая по сетям электросвязи на адрес электронной почты Заявителя без согласия абонента (Заявителя), является ненадлежащей, и нарушает требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

При этом, признание конкретного лица рекламодателем осуществляется в каждом конкретном случае, исходя из всех обстоятельств размещения рекламы, с учетом непосредственных действий, осуществляющих таким лицом при распространении рекламы.

В рассматриваемом случае Комиссия – исходя из всех обстоятельств размещения рекламы, приходит к выводу о том, что рекламодателем следует признать Общество, поскольку непосредственное доведение рассматриваемого рекламного сообщения до заявителя осуществило Общество.

Таким образом, НАО «<...>» является рекламодателем вышеуказанной рекламы, и рассматриваемая реклама распространена с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 49 Правил при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу, обязанному устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Учитывая информацию Общества о принятии мер, направленных на пресечение, устранение нарушений действующего законодательства о рекламе Российской Федерации, Комиссия приходит к выводу о нецелесообразности выдачи предписаний лицу, в чьих действиях установлено нарушение положений Закона о рекламе.

При этом в случае выявления новых фактов распространения Обществом рекламы с нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе заявитель не лишен возможности подать в антимонопольный орган новое заявление.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42 - 48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей распространённую непубличным акционерным обществом «<...>» (ИНН <...>; ОГРН <...>; <...>) на электронную почту <...>@mail.ru посредством использования сетей электросвязи путём направления e-mail-сообщений от отправителя «Tricolor» с электронной почты tricolor_mail@tricolortv.ru **рекламу** об услугах мультиплатформенного оператора «Триколор»; НАО ««<...>» - нарушившим требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Предписание НАО ««<...>» о прекращении нарушения законодательства о рекламе на электронную почту <...>@mail.ru не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Смоленского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьёй 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьёй 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии: <...>

Члены комиссии: <...>

<...>