

Исх. №ВЧ-08/12260 от 05.10.2022

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

Председатель Комиссии: <...> – (должностное лицо)  
Члены Комиссии: <...> – (должностное лицо)  
<...> – (должностное лицо)

рассмотрев дело №016/05/18-996/2022 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламных сообщений на электронную почту заявителя (<...>) с электронной почты «<...>», что содержат признаки нарушений части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Управление, Татарстанское УФАС России) на рассмотрение поступило обращение от <...> (вх. № 6104 от 05.05.2022) по факту распространения рекламных сообщений на электронную почту заявителя (<...>) с электронной почты «<...>».

<...>

<...>

Факт поступления, рекламных сообщений подтверждается скриншотом с электронной почты заявителя.

Сообщение рекламного характера поступило с электронной почты «<...>».

Заявитель сообщает, что при нажатии на область с надписью «<...>»: [https://www.unisender.com/?utm\\_source=free\\_tarif\\_email&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=futerdarom4](https://www.unisender.com/?utm_source=free_tarif_email&utm_medium=email&utm_campaign=futerdarom4)

<...>

<...>

<...>

<...>

Исходя из рекламного текста сообщения рассылались ООО «ЮниСендер Рус».

Управлением был отправлен запрос в адрес ООО «ЮниСендер Рус».

Согласно информации представленной ООО «ЮниСендер Рус» (вх.№8794 от 05.07.2022 г.) следует, что Общество является организацией, предоставляющей права на использование программного обеспечения Unisender, с помощью которого любой клиент ООО «ЮниСендер Рус» получает возможность распространять электронные рассылки по базе своих клиентов (абонентов).

Однако, ООО «Юнисендер Рус», Пользователя ПО Unisender с электронным адресом <...> не обнаружило.

Кроме того, Общество сообщило, что ПО Unisender является техническим инструментом для самостоятельной отправки пользователями сообщений электронной почты и смс-сообщений. Лицензиар (владелец прав на Unisender) не определяет содержание и получателей сообщений, то есть предоставляет пользователю техническую возможность для организации (упрощения, удобства) обмена с определенным кругом его корреспондентов информационными данными различного типа, включая формирование, получение, обработку и передачу данных. То есть, ООО «Юнисендер Рус» не создает рекламу, не формирует и не владеет базой или отдельными номерами

или персональными данными получателей рекламы, не участвует в процессе определения содержания, целесообразности и законности отправки смс или эмейл сообщений.

Однако, в материалах дела не имеются доказательства, что рассылка осуществлялась третьим лицом. Выгодоприобретателем данной рассылки выступает ООО «Юнисендер Рус», так как в содержании полученного сообщения содержится объект рекламирования – средство индивидуализации юридического лица коммерческое обозначение (фирменное наименование), логотип ООО «Юнисендер Рус» и гиперссылку.

Кроме того, ООО «Юнисендер Рус» само говорит о том, что есть возможность использования сервиса в демо-доступе без заключения Договора (п.3 стр. 2 вх.№9951 от 03.08.2022).

На основании вышеизложенного, Комиссией был осуществлен мониторинг сайта <https://www.unisender.com/>. По результатам установлено, что любое лицо, не от своего имени может отправлять сообщения рекламного характера.

По результатам указанного мониторинга установлено, что рекламные сообщения, через систему Unisender, могут распространять неопределенное количество лиц. Более того у пользователя присутствует возможность, создавать и использовать любой электронный адрес в целях отправки рекламных сообщений.

Учитывая вышеизложенное, ООО «Юнисендер Рус» предоставляет всем возможность пользоваться своим редактором, а взамен пользователи, воспользовавшиеся редактором Общества, распространяют рекламу Общества, созданных с помощью редактора Общества. При этом возможное наличие в текстах рассылаемых сообщений нескольких объектов рекламирования не противоречат понятию рекламы.

Вместе с тем, сообщение было отправлено через программное обеспечение ООО «Юнисендер Рус» и ссылка ведет непосредственно на сайт Общества, то есть контроль за своими клиентами и их идентификацией возлагается на ООО «Юнисендер Рус».

ООО «Юнисендер Рус» при той степени разумности и осмотрительности, какая от него требовалась при данных обстоятельствах, мог и должен был осуществлять надлежащую идентификацию регистрирующихся пользователей сайта, а также воспрепятствовать подмене электронных адресов. Факт отправки спорного рекламного сообщения пользователем сайта, а не самим Обществом не является основанием освобождения от ответственности, поскольку деятельность ООО «Юнисендер Рус» является предпринимательской и осуществляется с учетом рисков и возможных негативных последствий, ей присущих. Доказательств наличия отправки спорного сообщения третьим лицом Обществом также не представлено.

Необходимо отметить, что в спорной рекламе наличествует логотип ООО «Юнисендер Рус» и надпись с текстом: «Сделано в UNISENDER», что также свидетельствует о привлечении внимания потенциальных потребителей к продуктам и услугам ООО «Юнисендер Рус».

Оно обязано идентифицировать личность лица, регистрирующегося на сайте, а также не давать техническую возможность на подмену электронного адрес. В отсутствии указанной информации, Комиссия Татарстанского УФАС России приходит к выводу об отсутствии доказательств, подтверждающих позицию ООО «Юнисендер Рус».

Кроме того, ООО «Юнисендер Рус» участвовало в передаче рассматриваемого сообщения рекламного характера, осуществляло фактическое доведение сведений. Оно являлось рекламодателем и было обязано иметь возможность контролировать своих клиентов.

Вышеуказанные действия содержат признаки нарушений части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «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. 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 пункте 1 статьи 3 Закона «О рекламе» дано понятие рекламы — 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.

При обращении в Татарстанское УФАС России заявитель сообщил об отсутствии его согласия на получение рассматриваемой рекламы. Документарно подтвержденных доказательств обратного в материалы дела не представлено.

Таким образом, в материалы дела не представлено необходимых доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы посредством телефонных звонков.

Вместе с тем, нарушение законодательства о рекламе может быть устранено любым лицом, которое может прекратить распространение рекламы. В данном случае таким лицом, причастным к распространению рассматриваемой рекламы, является ООО «ЮниСендер Рус».

Рассмотрев имеющиеся материалы дела, с учётом доводов лиц, участвующих в рассмотрении дела, Комиссия Татарстанского УФАС России установила следующее.

Согласно ст. 3 Закона о рекламе реклама – информация, распространяемая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке.

Рассматриваемая информация, которая доводилась до сведения Заявителя посредством сообщения на адрес электронной почты, является рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы:

- информация распространена в форме сообщения по сети электросвязи, а именно посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи) под электросвязью понимаются любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам;

- объектом рекламирования является товар (продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот), 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 (подп. 2-3 ст. 3 Закона о рекламе).

Объектом рекламирования в рассматриваемом случае выступает средство индивидуализации.

- информация была адресована неопределённому кругу лиц-пользователей связи и является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее, какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации. Не может быть определен и конкретный субъект правоотношений, возникающих по поводу реализации объекта рекламирования. Информация, представленная в телефонных разговорах заявителям, не обращена к конкретному потребителю, из текста бесед не следует, что они были адресованы каким-либо определённым лицам.

Сведения не носят персонализированного характера, представляют интерес для неопределенного круга лиц.

Доведенная до сведения заявителя информация не относится к категории той информации, на которую Закон о рекламе не распространяет своё действие в соответствии с ч. 2 ст. 3 Закона о рекламе. В частности, она не является справочно-информационным и аналитическим материалом (обзором внутреннего и внешнего рынков, результатом научных исследований и испытаний), не имеющим в качестве основной цели продвижение товара на рынке и не являющиеся социальной рекламой.

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 (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

Целями Закона о рекламе являются, в том числе реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы (ст. 1 Закона о рекламе).

Абонент согласно п. 1 ст. 2 Закона о связи - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

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

Рекламодатель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы. Законом о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

При этом законодатель закрепил обязанность рекламодателя немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

В соответствии с постановлением Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее – постановление Пленума ВАС РФ) согласие абонента может быть выражено в любой форме, однако такая форма согласия должна быть достаточной для идентификации такого согласия и подтверждения волеизъявления лица на получение рекламы от конкретного рекламодателя (см. абзац четвертый п. 15 постановления Пленума ВАС РФ).

В постановлении Пленума ВАС РФ указано, что согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений постановления Пленума ВАС РФ позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

При этом, в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена 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.

Документы, подтверждающие в рассматриваемом случае наличие согласия со стороны заявителя на получение спорной рекламы рекламодателем не представлены.

В соответствии с п. 4 ст. 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Согласно части 7 статьи 38 Закона «О рекламе» ответственность за нарушения части 1 статьи 18 несет рекламодатель.

Рекламодателем является ООО «ЮниСендер Рус».

В соответствии с частью 8 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, предусмотренных вышеуказанными нормами, несет рекламодатель, в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

Согласно пункту 6 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму, то есть ООО «ЮниСендер Рус».

Из текста рекламы ООО «ЮниСендер Рус» является рекламодателем.

На момент рассмотрения дела №016/05/18-996/2022 в материалах дела не имеются подтверждения прекращения распространения ненадлежащей рекламы. Таким образом, комиссией Татарстанского УФАС установлены основания для выдачи предписания.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 24, 25 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ООО «ЮниСендер Рус» на электронную почту заявителя (<...>) 26.02.2022 года, поскольку в ней нарушены требования ч. 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «ЮниСендер Рус» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Татарстанского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 04 октября 2022 г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии:

<...> – (должностное лицо)

Члены Комиссии:

<...> – (должностное лицо)

<...> – (должностное лицо)