

ООО «Кех Екоммерц»

125196, г. Москва,

ул. Лесная, д. 7, эт. 15, ком. 1

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-5900/2023

«08» июня 2023 года г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России, Комиссия) в составе:

председателя Комиссии: <...>,

членов Комиссии: <...>, <...>,

рассмотрев дело № 077/05/18-5900/2023, возбужденное в отношении ООО «Кех Екоммерц» (ИНН 7710668349) по факту распространения посредством e-mail-сообщения на электронную почту заявителя <...> от отправителя «Авито» (адрес электронной почты noreply@avito.ru) рекламы: *«Повышайте продажи крупногабаритных товаров. 15 марта в 11:00 по московскому времени пройдет бесплатный вебинар. На нём расскажем, как получать больше заказов с помощью доставки силами продавца. С ней вы сможете отправлять крупногабаритные товары своими партнёрами или отвезти самостоятельно...»*, поступившей 10.03.2023 в 14:37, с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи в отсутствие согласия абонента на ее получение,

в присутствии представителя ООО «Кех Екоммерц» по доверенности (посредством видеоконференцсвязи),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-5900/2023 возбуждено в отношении ООО «Кех Екоммерц» на основании заявления физического лица относительно распространения посредством e-mail-сообщения на электронную почту <...> рекламы следующего содержания:

«Повышайте продажи крупногабаритных товаров. 15 марта в 11:00 по московскому времени пройдет бесплатный вебинар. На нём расскажем, как получать больше заказов с помощью доставки силами продавца. С ней вы сможете отправлять крупногабаритные товары своими партнёрами или отвезти самостоятельно...», поступившей 10.03.2023 в 14:37 от отправителя «Авито» (адрес электронной почты noreply@avito.ru).

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

Согласно материалам дела на электронную почту <...> посредством e mail-сообщения с электронного адреса «Авито» (адрес электронной почты porerply@avito.ru) в указанные дату и время поступила спорная реклама.

Поступление указанной рекламы на электронную почту <...> подтверждается представленными в Московское УФАС России скриншотами сообщений, 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 Московского УФАС России изображения рекламы, содержащие полный текст электронного письма, а также сведения о дате и времени поступления рекламы, ее отправителе, получателе, специалисты отдела приходят к выводу о принадлежности электронной почты <...> заявителю.

По мнению ООО «Кех Екоммерц» (далее также Общество), спорное сообщение не является рекламой, так как является информационным сообщением, адресованным конкретному пользователю сервиса, нацеленным на улучшение его пользовательского опыта. Общество пояснило, что спорная рассылка осуществлялась в рамках рубрики «Информация о компании и новых функциях Авито». Рассылка была направлена в силу того, что по данным записей внутренних систем сервиса, 03.03.2023 пользователю с помощью интерфейса сервиса со стороны другого пользователя сервиса был направлен запрос на продажу товара по размещенному пользователем объявлению с использованием доставки, доступной на сервисе, однако пользователь на такое предложение никак не отреагировал. Полагая, что пользователь не знаком с соответствующим функционалом сервиса, который мог бы помочь ему ускорить и облегчить продажу его товара, пользователю и было направлено информационное сообщение о мероприятии, указанном по тексту рассылки. По мнению Общества, мероприятие также не носило рекламного характера, что следует в том числе из его содержания и целей, мероприятие носило информационный характер, выступающие лица разъясняли механику и особенности функционирования различных видов доставки, доступных пользователям сервиса, помогали разобраться в оптимальных способах использования этого функционала Общества; участие в мероприятии для участников было безвозмездным и добровольным.

Комиссия Московского УФАС России, рассмотрев доводы Общества, полагает необходимым установить следующее.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является 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.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 Закона о рекламе объектом рекламирования является товар, средство 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.

В соответствии с пунктом 3 статьи 3 Закона о рекламе, товаром является продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Отнесение информации к категории рекламной носит оценочный характер, в связи с этим квалификация информации в качестве рекламной или нерекламной должна совершаться с учетом общих условий ее размещения и анализа всех фактических обстоятельств.

По смыслу законодательного определения рекламой считается та информация, которая, во-первых, была распространена, во-вторых, адресована неопределенному кругу лиц, в-третьих, направляет внимание и интерес на объект рекламирования, в-четвертых, имеет цель продвинуть объект рекламы на рынок. Иными словами, реклама призвана выделить рекламируемый объект из ряда других объектов и привлечь к нему внимание, а также побуждать лиц из числа неопределенного круга, среди которых распространялась реклама, обратиться за приобретением товара.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникшего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Реклама может иметь целевую аудиторию, к которой относятся некие лица, для которых в первую очередь предназначена такая информация. Однако направленность рекламы на неопределенный круг лиц оценивается исходя из выбранного способа и средства распространения рекламы, а также содержания самой рекламной информации. Если рекламная информация представляет интерес и доступна также и иным лицам, не только входящим в ее целевую аудиторию, то направленность такой рекламы выходит за пределы целевой аудитории и относится к неопределенному кругу лиц. Квалификация информации как рекламы либо иного рода информации зависит от совокупности направленности и содержания сути сведений, приведенных в такой информации. Если информация отвечает признакам рекламы и имея некую целевую аудиторию (например, клиенты компании, зрители телеканала, прохожие определенной территории), формирует интерес у неопределенного круга лиц, соответственно, выходит за пределы своей целевой аудитории, такая информация является рекламой и подпадает под регулирование Закона о рекламе.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный адрес электронной почты не является обстоятельством, исключающим рекламный характер сообщений.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

В рассматриваемом сообщении отсутствует какая-либо информация, свидетельствующая о возможности воспользоваться поступившим предложением только определенным лицом.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

По мнению Комиссии, распространенное сообщение о мероприятии Авито носит обобщенный характер, являются шаблонным для всех клиентов Общества.

Также установлено, что Обществом представлены сведения о направлении спорного e-mail-сообщения 728 431 адресатам.

Исходя из представленных сведений, а также установленного Комиссией ранее, Комиссия приходит к выводу, что текст спорного сообщения не содержит сведений, позволяющих говорить о персональной направленности спорного e-mail-сообщения.

В силу специфики способа распространения рекламы по сетям электросвязи следует исходить из возможности направления однообразных предложений с несколькими отличающимися условиями разным абонентам.

При этом сам факт автоматического формирования такой информации и направления ее абоненту свидетельствует о цели продавца по привлечению внимания неопределенного круга лиц к собственным услугам, в том числе путем предоставления определенных предложений, бонусов, скидок и т. п., формируемых на основании заключенных договоров с отдельным абонентом.

Представляется безусловным существенное изменение со временем условий распространения рекламы с использованием автоматизированных систем и иного программного обеспечения, а также учитывая наличие у рекламораспространителя большого объема персональных данных лиц (абонентов). Подобная «клиентоориентированность» и способность видоизменять рекламу под конкретного получателя (адресата) представляется логичным развитием способов распространения рекламы и не может свидетельствовать о нерекламном характере таких сообщений.

Учитывая развивающиеся технологии и возможности обработки значительного объема информации, в том числе об определенном абоненте, следует оценивать не только возможность неопределенного круга лиц воспользоваться отдельным предложением продавца, но и систематичность, массовость направления однотипных сообщений и их конечную цель.

Резюмируя изложенное, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, поддержанию интереса к нему.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что рассматриваемое сообщение является рекламным, распространялось неограниченному кругу лиц, имело целью формирование и поддержание интереса к услугам ООО «Кех Екоммерц», в том числе к проводимому Обществом мероприятию, и продвижению Общества.

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.

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.

Однако, Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем, согласие 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 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 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.

Следует отметить, что 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 видимости законности.

Также, в правоприменительной практике сложился подход, что согласие должно носить явно выраженный характер и не может быть выполнено в форме согласия на получение какой-либо иной информации.

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.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца адреса электронной почты <...>, согласие на получение рекламы он не давал.

По мнению ООО «Кех Екоммерц», спорная рассылка носила информационный характер, следовательно, в силу положений раздела 7 Условий использования Авито Общество может направлять пользователям сервиса в том числе информационные уведомления, такие как новости Общества («новости Компании»). Такие информационные уведомления предназначены для информирования их адресатов как пользователей сервиса о функциональных возможностях сервиса, и направлены на помощь пользователям в максимально эффективном использовании функционала сервиса для реализации своих потребностей.

Комиссия Московского УФАС России, не соглашаясь с позицией Общества, отмечает, что спорное сообщение является рекламным. Доказательств наличия согласия заявителя именно

на получение рекламных сообщений в материалы дела не представлено.

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, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу об отсутствии надлежащим образом выраженного согласия владельца электронной почты <...> на получение рассматриваемой рекламы.

Также Комиссия полагает необходимым обратить внимание на следующее.

ООО «Кех Екоммерц» сообщило, что рассылки Общества сегментированы на отдельные рубрики, которыми может управлять сам пользователь сервиса. Авторизованные пользователи сервиса имеют возможность самостоятельно дать согласие или отключить получение рассылок соответствующей рубрики посредством личного кабинета пользователя сервиса или в соответствующем разделе мобильного приложения сервиса, имеющего аналогичный функционал.

Изучив порядок регистрации на сайте <https://www.avito.ru/>, Комиссия установила, что при регистрации новый пользователь сервиса «Авито» автоматически соглашается на получение ряда рассылок в различных рубриках. При этом при регистрации пользователь не уведомляется об этом. Новому пользователю сервиса необходимо самостоятельно изучить функционал сервиса и, перейдя в личный кабинет, отписаться или подписаться на нужные ему рассылки. Комиссия полагает, что в данном случае при регистрации нового пользователя целесообразно добавление уведомления с напоминанием и предложением новому пользователю настроить список рассылки.

Таким образом, при распространении спорной рекламы установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы без предварительного согласия абонента.

ООО «Кех Екоммерц» в настоящем случае не предприняло достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что поступившая на адрес электронной почты <...> с электронной почты «Авито» (адрес электронной почты noreply@avito.ru) реклама следующего содержания: *«Повышайте продажи крупногабаритных товаров. 15 марта в 11:00 по московскому времени пройдёт бесплатный вебинар. На нём расскажем, как получать больше заказов с помощью доставки силами продавца. С ней вы сможете отправлять крупногабаритные товары своими партнёрами или отвозить самостоятельно...»*, поступившей 10.03.2023 в 14:37, была направлена в отсутствие надлежащего согласия адресата на ее получение.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение указанной рекламы, поступившей с электронного адреса «Авито» (адрес электронной почты noreply@avito.ru) на электронную почту <...> с нарушением

части 1 статьи 18 Закона о рекламе, является ненадлежащим.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

В соответствии с представленными сведениями, рассматриваемая реклама распространялась ООО «КЕХ ЕКоммерц». Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что распространение рассматриваемого email-сообщения осуществило ООО «Кех ЕКоммерц». Именно данное Общество инициировало рекламную рассылку, сформировало текст рекламных сообщений, определяло круг лиц-получателей рекламы.

Таким образом, распространителем рассматриваемого e-mail-сообщения является ООО «Кех ЕКоммерц».

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ООО «Кех ЕКоммерц» не представлено.

Резюмируя изложенное, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Кех ЕКоммерц» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на адрес электронной почты <...> с электронной почты «Авито» (адрес электронной почты poreply@avito.ru) рекламы следующего содержания: *«Повышайте продажи крупногабаритных товаров. 15 марта в 11:00 по московскому времени пройдет бесплатный вебинар. На нём расскажем, как получать больше заказов с помощью доставки силами продавца. С ней вы сможете отправлять крупногабаритные товары своими партнёрами или отвозить самостоятельно...»*, поступившей 10.03.2023 в 14:37, без предварительного согласия абонента на ее получение.

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пусть и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Также в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при

рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «Кех Екоммерц» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе рекламы посредством использования электросвязи с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 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 Московского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «Кех Екоммерц» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством e-mail-сообщения на электронную почту <...> от отправителя «Авито» (адрес электронной почты rogery@avito.ru) рекламы: *«Повышайте продажи крупногабаритных товаров. 15 марта в 11:00 по московскому времени пройдет бесплатный вебинар. На нём расскажем, как получать больше заказов с помощью доставки силами продавца. С ней вы сможете отправлять крупногабаритные товары своими партнёрами или отвозить самостоятельно...»*, поступившей 10.03.2023 в 14:37, без предварительного согласия абонента на ее получение.

2. Выдать ООО «Кех Екоммерц» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

1.

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

Председатель комиссии

<...>

Члены комиссии:

<...>

<...>

