

ООО «Аktion-пресс»

Гиляровского ул., д. 57, стр. 1,

этаж 5, ком. 39,

г. Москва, 129110

sondoevsky@action-media.ru

РЕШЕНИЕ

по делу № 3-18-38/77-18

«14» февраля 2018 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 № 3-18-38/77-18, возбужденное в отношении ООО «Аktion-пресс» (ИНН 7702272022 ОГРН 1027700161554) по факту распространения посредством e-mail-сообщения на электронную почту заявителя <...> рекламы следующего содержания:

«Коллега, здравствуйте! Меня зовут Татьяна Кириллова, я ведущий менеджер по работе с корпоративными клиентами «Аktion-пресс»...», поступившей 25.07.2017 в 07:24 с электронных адресов:

marketing@action-press.ru, mail@info.actionpress1.ru. с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе) выпозившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи, в отсутствие согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии представителя ООО «Аktion-пресс» в лице <...> (по доверенности № <...>),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-38/77-18 возбуждено в отношении ООО «Аktion-пресс» на основании заявления физического лица относительно распространения посредством e-mail-сообщения на электронную почту заявителя <...> рекламы следующего содержания:

«Коллега, здравствуйте! Меня зовут Татьяна Кириллова, я ведущий менеджер по работе с корпоративными клиентами «Аktion-пресс»...», поступившей 25.07.2017 в 07:24 с электронных адресов: marketing@action-press.ru, mail@info.actionpress1.ru.

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

ООО «Аktion-пресс» (Гиляровского ул., д. 57, стр. 1, этаж 5, ком. 39, г. Москва, 129110) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 27.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700161554, ИНН 7702272022, КПП 770201001.

Согласно материалам дела № 3-18-38/77-18 на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщения 25.07.2017 в 07:24 с электронных адресов: marketing@action-press.ru, mail@info.actionpress1.ru поступила спорная реклама.

Поступление указанной рекламы на электронную почту < > подтверждается представленными в Московское УФАС России скриншотами сообщения, содержащего текст рассматриваемого сообщения 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 в выводу о принадлежности электронной почты <...> заявителю.

Заявитель прямо указал на то, что не давал согласие на получение рекламной рассылки.

Согласно пункту 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 со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» электросвязь – любые излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

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

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретную электронную почту лица, предполагается диспозитивной частью 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного e-mail-сообщения.

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.

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.

Согласно справке gmail.com, для того, чтобы воспользоваться почтой gmail.com, а также получить права на использование дополнительных функциональных (программных) возможностей сервиса Google, пользователь должен пройти процедуру регистрации. Для этого пользователю нужно заполнить регистрационную форму в почте или на сервисах gmail.com. 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.

В распространенной рекламе отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

Данная информация направлена на привлечение внимания к услугам ООО «Акцион-пресс», имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

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. Поэтому включение обязательного условия о лаче согласия при регистрации на сайте противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

В материалы дела не представлено доказательств направления спорного e-mail-сообщения исключительно по адресу одного заявителя.

Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

В данном случае у лица, зарегистрированного на сайте, возникает необходимость для отказа от получения рекламных сообщений совершить ряд дополнительных действий. В то время когда для их получения достаточно лишь пройти регистрацию на сайте. Подобное положение по мнению Комиссии прямо противоречит самой цели установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе правила предварительного получения согласия абонента и нарушает его право на возможность не соглашаться на распространение на его электронную почту (телефон и т. п.) рекламы.

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

При этом сам факт автоматического формирования такой информации и направления ее адресату 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 адресатом.

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 (адресатов). 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.

Вместе с тем распространяемая посредством e-mail-сообщений информация о дополнительных услугах продавца тем покупателям, которые зарегистрировались на сайте, может рассматриваться в качестве рекламы, если такая услуга выступает в качестве объекта рекламирования.

Более того Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что ограничения по распространению рекламы на адреса электронной почты направлены на соблюдение прав граждан по

обеспечению запрета направления в их адрес нежелательной рекламы.

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

Таким образом, оценивая в совокупности имеющийся в материалах дела объем информации, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что рассматриваемое e-mail-сообщение в частности о возможности оформить подписку на журнал на выгодных условиях имеет регулярный характер направляется не одному адресату, а неопределенному кругу лиц, содержит в себе сведения, направленные на побуждение адресата пользоваться услугами продавца товаров.

Кроме того немаловажным является то обстоятельство, что положения статьи 18 Закона о рекламе должны распространяться на всю нежелательную информацию, которая направляется адресату и тем или иным образом направлена на привлечение или поддержание его интереса к определенному товару. Не может служить исключением информация от продавца, у которого абонент приобретал товар, услугу и который в силу специфики своего статуса имеет широкий доступ к информации об адресате и использует это в коммерческих целях.

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

Иное толкование привело бы к тому, что продавцу абонента предоставлен особый статус среди иных потенциальных распространителей рекламы в силу наличия у него информации об абоненте и противоречило бы самой сути ограничения, установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Исходя из текста e-mail-сообщения, в котором содержится предложение оформить подписку на журнал «Юрист компании» на выгодных условиях, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является 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.

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

Таким образом, информация распространенная посредством отправки на электронный адрес заявителя, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством e-mail-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста сообщения не представляется возможным установить, для кого именно созданы данные сообщения и на восприятие кого они направлены; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

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 распространённой 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.

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.

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 настоящем случае отсутствует выражение согласия абонента именно на получение рекламы, в том числе, от конкретного 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.

В соответствии с Письмом ФАС России № АК/13563/16 от 03.03.2016, согласие должно носить явно выраженный характер и не может быть выполнено в форме согласия на получение какой-либо иной информации.

Представляется, что при регистрации на сайте, однозначно идентифицировать лицо, осуществляющее регистрацию, и, как

следствие, дающее согласие на получение рекламной информации (путем проставления «галочки»), не представляется возможным. Таким образом, сам по себе факт регистрации на сайте не является свидетельством надлежащего согласия гражданина на получение рекламных сообщений.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца электронной почты < > согласие на получение рекламы от ООО «Аktion-пресс» он не давал.

В соответствии с письменными пояснениями ООО «Аktion-пресс», спорное e-mail-сообщение поступило заявителю непосредственно от ООО «Аktion-пресс», создание рекламных сообщений осуществлялось сотрудниками ООО «Аktion-пресс» и каких-либо договоров на распространение указанной рекламы не имеется.

Между тем, по мнению ООО «Аktion-пресс» пользователь с электронным адресом <...> предоставил свое согласие на получение рекламы, принимая условия Пользовательского соглашения.

Согласно пункту 4.4.4 Пользовательского соглашения, пользователь согласен с тем, что, осуществляя доступ к сайту и пользуясь его контентом, он дает свое согласие на передачу третьим лицам по поручению владельца сайта персональных и иных данных пользователя, при условии обеспечения в отношении передаваемых данных режима, аналогичного режиму, существующему на сайте, в том числе включая, но не ограничиваясь передачей персональных и иных данных пользователя ООО «Аktion-пресс» и использованием пользователем сайта и реализуемых на сайте сервисов, обеспечение функционирования сайта, реализация программ лояльности, партнерских и иных программ, получение пользователем, с его согласия, рекламной и иной информации на адрес электронной почты и телефон, предоставленные пользователем.

Кроме того, оценивая Пользовательское соглашение, следует признать, что его положения в принципе не оставляют абоненту права выбора на получение либо отказ от получения рекламы ввиду отсутствия в нем соответствующей графы для заполнения.

Более того, как уже было упомянуто ранее, изначально абонентом был продекларирован факт своего ознакомления с условиями предоставления услуг, в которых отсутствовала информация о направлении абоненту сообщений рекламного характера.

Согласие заявителя на получение рекламы ООО «Аktion-пресс» не представило.

Исходя из вышеизложенного при регистрации на сайте принимая Пользовательское соглашение пользователь фактически лишен возможности отказаться от распространения в его адрес рекламы.

Таким образом, по мнению Комиссии Московского УФАС России, включение обязательного условия о даче согласия на получение рекламы при регистрации на сайте, противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

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.

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России

приходит к выводу, что реклама, поступившая на адрес электронной почты <...> следующего содержания: «Коллега, здравствуйте! Меня зовут Татьяна Кириллова, я ведущий менеджер по работе с корпоративными клиентами «Аktion-пресс»...», поступившей 25.07.2017 в 07:24 с электронных адресов: marketing@action-press.ru mail@info.actionpress1.ru была направлена в отсутствие надлежащего согласия адресата на ее получение.

Согласно представленными ООО «Аktion-пресс» документами и сведениями, доменные имена action-press.ru, info.actionpress1.ru принадлежат ООО «Аktion-пресс» на основании договора аренды доменных имен от 01.04.2017, заключенного с ООО «Консультационно-финансовый центр «Аktion».

Положения статьи 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» устанавливают, что сайтом в сети «Интернет» является совокупность программ для электронных вычислительных машин и иной информации, содержащейся в информационной системе, доступ к которой обеспечивается через сеть «Интернет» по доменным именам и (или) по сетевым адресам, позволяющим идентифицировать сайты в сети «Интернет». Доменным именем является обозначение символами, предназначенное для адресации сайтов в сети «Интернет» в целях обеспечения доступа к информации, размещенной в сети «Интернет». Владелец сайта в сети «Интернет» — это лицо, самостоятельно и по своему усмотрению определяющее порядок использования сайта в сети «Интернет», в том числе порядок размещения информации на таком сайте.

Таким образом, распространителем рассматриваемого e-mail-сообщения является ООО «Аktion-пресс», что подтверждается также доказательствами и сведениями, представленными самим Обществом.

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации, обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

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

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

Таким образом, распространение указанной рекламы, поступившей 25.07.2017 в 07:24 с электронных адресов: marketing@action-press.ru mail@info.actionpress1.ru на электронную почту заявителя <...> 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 рекламораспространитель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем 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.

На основании изложенного ООО «Аktion-пресс» является рекламодателем рассматриваемой рекламы, что подтверждается материалами дела и самим Обществом.

Комиссией Московского УФАС России установлено что ООО «Аktion-пресс» осуществило распространение рассматриваемой рекламы на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщения, с электронных адресов: marketing@action-press.ru, mail@info.actionpress1.ru.

Таким образом, лицо, участвующее в настоящем деле, признается рекламодателем, а равно несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

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 «Аktion-пресс» не представлено.

Резюмируя изложенное, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Аktion-пресс» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы, поступившей 25.07.2017 в 07:24 с электронных адресов: marketing@action-press.ru, mail@info.actionpress1.ru на электронную почту заявителя <...>, без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ООО «Аktion-пресс» не представлено.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) 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 (пускай 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 «Аktion-пресс» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «Аktion-пресс» (ИНН 7702272022, ОГРН 1027700161554) нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством e-mail-сообщения на электронную почту заявителя <...> рекламы следующего содержания: «Коллега, здравствуйте! Меня зовут Татьяна Кириллова, я ведущий менеджер по работе с корпоративными клиентами «Аktion-пресс»...», поступившей 25.07.2017 в 07:24 с электронных адресов: marketing@aktion-press.ru, mail@info.aktionpress1.ru, без предварительного согласия абонента на ее получение.

2. Выдать ООО «Аktion-пресс» 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.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

Исполнитель: <...>