

ООО «ТДСЗ»

18-я линия В.О., д. 29, литер «И»,
пом. 1-Н, комн. 242,
г. Санкт-Петербург, 199178

11-я линия В.О., д. 14/39, литера «А»,
пом. 15-Н, г. Санкт-Петербург,
199178

РЕШЕНИЕ
по делу № 3-18-21/77-18

«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 № 3-18-21/77-18, возбужденное в отношении ООО «ТДСЗ» (ИНН 1027809186899, ИНН 7825444144) по факту распространения посредством e-mail-сообщения на электронную почту заявителя <...> рекламы следующего содержания: «ПОРА НА ДАЧУ Успеите на лучшие скидки!», поступившей 14.07.2017 в 15:45 с электронного адреса: news@220-volt.ru, 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 получение рекламы,
в присутствии представителя ООО «ТДСЗ» в лице <...> (по доверенности № <...>),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-21/77-18 возбуждено в отношении ООО «ТДСЗ» на основании заявления физического лица относительно распространения посредством e-mail-сообщения на электронную почту заявителя <...> рекламы следующего содержания: «ПОРА НА ДАЧУ Успеите на лучшие скидки!», поступившей 14.07.2017 в 15:45 с электронного адреса: news@220-volt.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 «ТДСЗ» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 01.10.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027809186899, ИНН 7825444144, КПП 470301001.

Согласно материалам дела № 3-18-21/77-18 на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщения 14.07.2017 в 15:45 с электронного адреса news@220-volt.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 к 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 диспозицией части 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 товарам, реализуемым посредством интернет-магазина «220-Вольт» (ООО «ТДСЗ»), 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 даче согласия при регистрации на сайте противоречит принципу добровольности, на котором

строятся гражданские правоотношения.

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

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.

Исходя из текста сообщения, в котором содержатся предложения по приобретению товаров со скидкой, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

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 информационных сообщений 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 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.

Также, 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.

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 соответствии с письменными пояснениями ООО «ТДСЗ», пользователь адреса электронной почты <...> подтвердил свое согласие на получение рекламной рассылки при совершении 06.02.2017 заказа на сайте 220-volt.ru. В частности, при оформлении заказа необходимо было подтвердить свое согласие с политикой конфиденциальности сайта. В случае несогласия с условиями политики конфиденциальности пользователь не имеет возможности продолжить использование сайта.

Согласно с пунктом 3.1.5 Политики конфиденциальности персональные данные пользователя администрация сайта «220 Вольт» может использовать, в том числе, в целях предоставления, с согласия пользователя, предложений и информации об акциях, поступлениях новинок, рекламных рассылок. Помимо этого, пользователь обозначил активной галочкой поле «я подтверждаю своё согласие получать уведомления о статусе заказа и другую информацию от «220 Вольт».

Исходя из вышеизложенного, при оформлении заказа на сайте, подтверждая свое согласие получать уведомления о статусе заказа и другую информацию, пользователь фактически лишен возможности отказаться от распространения в его адрес рекламы.

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

В данном случае у лица, принявшего положения Политики конфиденциальности, возникает необходимость для отказа от получения

рекламных сообщений совершить ряд дополнительных действий. В то время, когда для их получения достаточно лишь зарегистрироваться на сайте. Как было указано ранее, подобное положение прямо противоречит самой цели установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе правила предварительного получения согласия абонента, и нарушает право адресата на возможность не соглашаться на распространение на его электронную почту (телефонный номер 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, акций, бонусов, скидок и т. п., формируемых на основании зарегистрированных на сайте отдельных адресатов.

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.

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.

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 воспользоваться персональными предложениями и иными маркетинговыми акциями и скидками, имеет регулярный характер, направляется не одному адресату, а неопределенному кругу лиц, содержит в себе сведения, направленные на побуждение абонента 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 приобрел товар, услугу и который в силу специфики своего статуса имеет широкий доступ к информации об абоненте 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 адресата предоставлен особый статус среди иных потенциальных распространителей рекламы в силу наличия у него информации об адресате и противоречило бы самой сути ограничения, установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Исходя из текста e-mail-сообщения, в котором содержится информация о приобретении товаров со скидкой, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

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 <...> рекламы следующего содержания: «ПОРА НА ДАЧУ Успеите на лучшие скидки!», поступившей 14.07.2017 в 15:45 с электронного адреса news@220-volt.ru, была направлена в отсутствие надлежащего согласия адресата на ее получение.

Согласно представленным ООО «Регистратор Р01» сведениям, администратором (владельцем) домена 220-volt.ru является ООО «ТДСЗ».

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 «ТДСЗ», что подтверждается также доказательствами и сведениями, представленными самим Обществом и ООО «Регистратор Р01».

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 «ТДСЗ» 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 14.07.2017 в 15:45 с электронного адреса news@220-volt.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, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

На основании изложенного ООО «ТДСЗ» является рекламораспространителем рассматриваемой рекламы, что подтверждается материалами дела и самим Обществом.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ООО «ТДСЗ» осуществило распространение рассматриваемой рекламы на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщения, от отправителя news@220-volt.ru.

Таким образом, лицо, участвующее в настоящем деле, признается рекламораспространителем, 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 «ТДСЗ» не представлено.

Резюмируя изложенное, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «ТДСЗ» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы, поступившей 14.07.2017 в 15:45 с электронного адреса news@220-volt.ru на электронную почту заявителя <...>, без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении указанной рекламы, ООО «ТДСЗ» 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 «ТДСЗ» 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 «ТДСЗ» (ИНН 1027809186899, ИНН 7825444144) нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством e-mail-сообщения на электронную почту заявителя <...> рекламы следующего содержания: «ПОРА НА ДАЧУ Успеите на лучшие скидки!», поступившей 14.07.2017 в 15:45 с электронного адреса news@220-volt.ru, без предварительного согласия абонента на ее получение.

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

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения 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 <...>