

ИГ/53341/18 от 02.11.2018

ООО «Веломаркет»

Сколковское ш., д. 31, стр. 2,
эт. 5, пом. I, ком. 14;20,
г. Москва, 121353

<...>

РЕШЕНИЕ
по делу № 3-18-206/77-18

«18» сентября 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 № 3-18-206/77-18 по признакам нарушения ООО «Веломаркет» (место нахождения: Сколковское ш., д. 31, стр. 2, эт. 5, пом. I, ком. 14;20, г. Москва, 121353; ОГРН 1147746617710, ИНН 7720815793) части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе),

в отсутствие представителей ООО «Веломаркет» (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-206/77-18 возбуждено в отношении ООО «Веломаркет» (место нахождения: Сколковское ш., д. 31, стр. 2, эт. 5, пом. I, ком. 14;20, г. Москва, 121353; ОГРН 1147746617710, ИНН 7720815793) на основании

заявления физического лица относительно распространения на его электронную почту на электронную почту <...> посредством электронного сообщения рекламы «10 полезных осенних велоаксессуаров!», поступившей 10.10.2017 в 17:25 от отправителя info@velostrana.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.

ООО «Веломаркет» (место нахождения: Сколковское ш., д. 31, стр. 2, эт. 5, пом. I, ком. 14;20, г. Москва, 121353) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 02.06.2014 за основным государственным регистрационным номером 1147746617710, ИНН 7720815793.

Согласно материалам дела № 3-18-206/77-18 на электронную почту <...> 10.10.2017 в 17:25 с электронной почты info@velostrana.ru поступила спорная реклама.

В письменных пояснениях заявителем подтверждается факт регистрации на сайте velostrana.ru, между тем отрицается факт дачи согласия на получение рекламы по сетям электросвязи от ООО «Веломаркет».

Поступление указанной рекламы на электронную почту заявителя <...> подтверждается представленным в Московское УФАС России скриншотом сообщения, содержащего текст рассматриваемого сообщения, а также сведения о дате и времени поступления рекламы, ее отправителе и получателе. ООО «Веломаркет» факт поступления рассматриваемой рекламы на электронный адрес заявителя не отрицается.

Принимая во внимание тот факт, что заявитель представил в адрес Московского УФАС России изображение рекламы, содержащей 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.

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.

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

В материалы дела не представлено доказательств направления спорного e-mail-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — 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.

В соответствии с письменными пояснениями заявителя и ООО «Веломаркет», заявителем в целях осуществления заказа товара через сайт в сети Интернет по адресу velostrana.ru. При этом, по мнению ООО

«Веломеркет», совершая заказ на указанном сайте заявитель согласился с условиями, размещенными на сайте, которые также содержат положение о даче согласия на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно представленным документам и сведениям размещенные на сайте velostrana.ru, по своей природе являются договором присоединения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 428 Гражданского кодекса Российской Федерации, договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Таким образом, у потенциального клиента банка нет объективной возможности каким-либо образом повлиять на условия договора, а равно содержания анкеты. Отказ лица от одного из условий такого договора приравнивается к отказу от заключения договора в целом.

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, заключившего договор, возникает необходимость для отказа от получения рекламных сообщений совершить ряд дополнительных действий. В то время, когда для их получения достаточно лишь заключить договор. 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 (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 заключили договор о выпуске и использовании кредитной банковской карты и банковского счета, 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 рассматриваемые e-mail-сообщения, в частности об ассортименте интернет магазина «ВелоСтрана.ру», расположенного по адресу velostrana.ru, 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 такому продавцу 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 которых содержатся предложения ознакомиться с электронными журналами, мобильными приложениями и приобрести новые программы, в том числе по потребительскому кредиту с специальными условиями, Комиссия приходит к выводу, что спорная

информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на электронную почту <...>, отвечает всем признакам рекламы: 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; 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 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 адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако, Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия адресата 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.

Согласие заявителя на получение рекламы ООО «Веломеркет» не представило, а умолчание адресата не может быть расценено как согласие на ее получение.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ООО «Веломеркет» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего заявление в Московское УФАС России, на распространение рекламы, лицом, участвующим в деле, также не представлено.

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

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.

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

Таким образом, распространение рекламы на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщения, поступивших от отправителя info@velostrana.ru, 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 документами и сведениями, представленными в материалы дела, распространителем рассматриваемой рекламы является ООО «Веломаркет».

Таким образом, ООО «Веломаркет» в рамках рассмотрения данного дела признается рекламодателем, а равно несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

Резюмируя изложенное, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Веломаркет» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 10.10.2017 в 17:25 рекламы на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщений, поступивших от отправителя info@velostrana.ru, без предварительного согласия абонента на ее

получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ООО «Веломаркет» 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 «Веломаркет» 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 «Веломаркет» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении <...> рекламы посредством e-mail-сообщения, поступившего 0.10.2017 в 17:25 с электронного адреса: info@velostrana.ru, следующего содержания: «10 полезных осенних велоаксессуаров!», без предварительного согласия абонента на ее получение.

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

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>