

ООО «Остин»

117420, г. Москва, ул. Профсоюзная, д. 61А

support@ostin.com

«...»

Заявитель: «...»

РЕШЕНИЕ

по делу № 002/05/18-2386/2023

16.05.2024 года

г. Уфа, ул. Пушкина, 95

Решение в полном объеме изготовлено «28» мая 2024 года

Комиссия Башкортостанского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

Председатель Комиссии:

«...»;

Члены Комиссии:

«...»;

«...»;

рассмотрев дело № 002/05/18-2386/2023 возбужденное по обращению физического лица в отношении ООО «Остин» (ОГРН: 1057747320003, ИНН: 7728551510), по факту распространения рекламы с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе», Закон о рекламе),

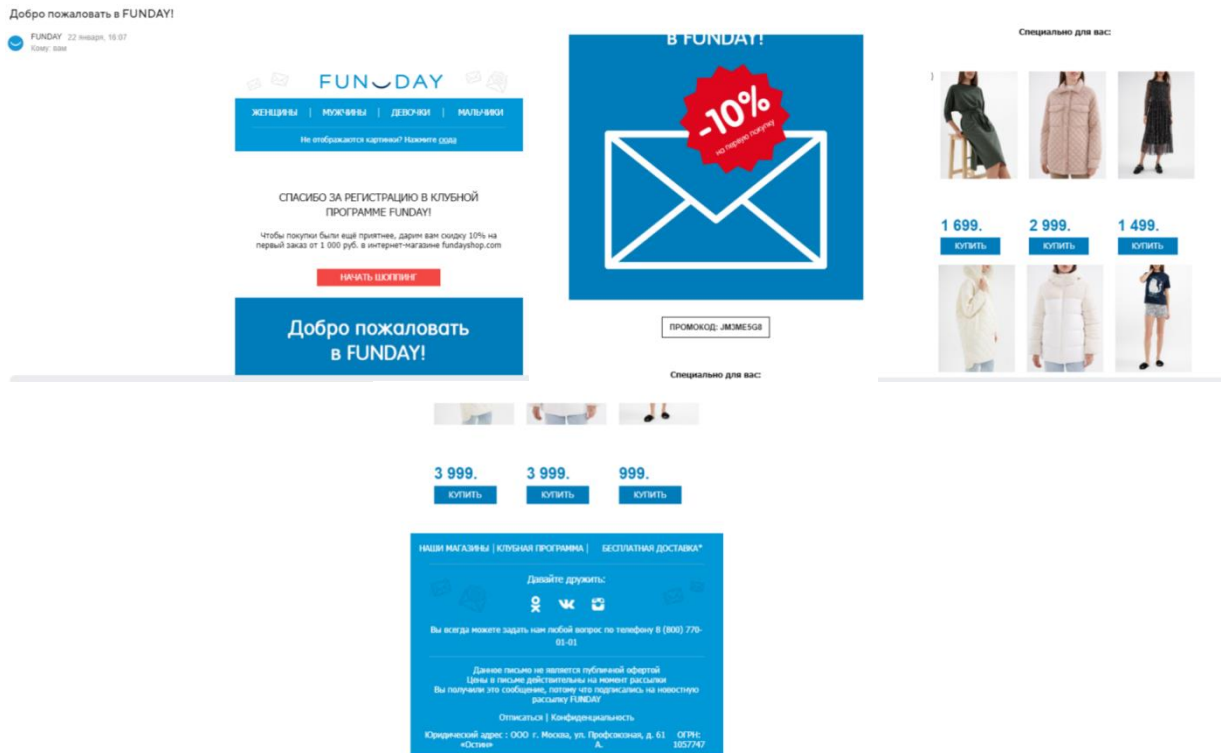
в присутствии:

- «...» (доверенность № «...» от 26.02.2024) – представителя Заявителя «...» путем использования систем видео-конференц-связи

УСТАНОВИЛА:

13.11.2023 года в Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан (далее - УФАС по РБ, антимонопольная служба) посредством электронной почты (интернет приемная ФАС) поступило заявление гражданина (вх. № 17690-ИП/23) указывающее на признаки нарушения ФЗ «О рекламе».

В обращении Заявитель сообщил, что 22.01.2023 года в 14:07 (время московское) на адрес электронного почтового ящика («...») получил нежелательное сообщение следующего содержания (тема письма – Добро пожаловать в FUNDAY!):



Адрес электронной почты, с которого поступила данная информация – news@sender.fundayshop.com.

По мнению Заявителя, реклама направлена без получения предварительного согласия.

29.11.2023 года Башкортостанским УФАС России, в порядке части 2 статьи 36 Закона о рекламе возбуждено дело № 002/05/18-2386/2023 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе». К участию в деле привлечены:

• **Заявитель:**

- вх. № 17690-ИП/23 от 13.11.2023.

• **Лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:**

- ООО «Остин» (ОГРН: 1057747320003, ИНН: 7728551510).

Рассмотрение дела назначено на 26.12.2023 года.

26.12.2023 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-2386/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе путем использования систем видео-конференц-связи присутствовал:

- «...» (доверенность № 02АА 6327697 от 28.02.2023) – представитель Заявителя «...».

Озвучена позиция, заявлено устное ходатайство об отложении дела.

Ходатайство удовлетворено.

Комиссия Башкортостанского УФАС России определила: 1. продлить срок рассмотрения дела. 2. рассмотрение дела отложить на 31.01.2023 года.

15.01.2024 года дополнительные сведения представлены Заявителем (вх. № 422-ЭП/24 от 15.01.2024).

15.01.2024 года ООО «Остин» представлены письменные пояснения относительно рассматриваемых обстоятельств и сведения (документы и материалы) в рамках дела (вх. № 468-ЭП/24 электронная почта).

31.01.2024 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-2386/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе путем использования систем видео-конференц-связи присутствовал:

- «...» (доверенность № 02АА 6327697 от 28.02.2023) – представитель Заявителя «...»

Озвучена позиция, заявлено устное ходатайство об отложении дела для ознакомления с позицией Общества. Ходатайство удовлетворено.

Комиссия Башкортостанского УФАС России определила: 1. рассмотрение дела отложить на 15.02.2024 года.

15.02.2024 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-2386/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе путем использования систем видео-конференц-связи присутствовали:

- «...» (доверенность № 02АА 6327697 от 28.02.2023) – представитель Заявителя «...»

Представлены дополнительные пояснения (вх. № 2512-ЭП/24 электронная почта).

- «...» (доверенность № А299/22-СФ от 31.08.2022) – представитель ООО «Остин».

Сторонами озвучена позиция.

Комиссия Башкортостанского УФАС России определила: 1. продлить срок рассмотрения дела. 2. рассмотрение дела отложить на 12.03.2024 года.

16.02.2024 года дополнительные пояснения представлены Заявителем (вх. № 2605-ЭП/24 электронная почта).

27.02.2024 года от ООО «Остин» поступили дополнительные сведения (вх. № 3118-ЭП/24 электронная почта).

12.03.2024 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-2386/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе путем использования систем видео-конференц-связи присутствовал:

- «...» (доверенность № 02АА 6729571 от 26.02.2024) – представитель Заявителя «...».

Озвучена позиция.

Комиссия Башкортостанского УФАС России определила: 1. рассмотрение дела отложить на 28.03.2024 года.

26.03.2024 года ООО «Остин» представлены дополнительные пояснения (вх. № 4812-ЭП/24 электронная почта) в рамках дела.

28.03.2024 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-2386/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе путем использования систем видео-конференц-связи присутствовал:

- «...» (доверенность № А299/22-СФ от 31.08.2022) – представитель ООО «Остин».

Заявлено устное ходатайство об ознакомлении с пояснениями Заявителя.

Ходатайство удовлетворено.

Комиссия Башкортостанского УФАС России определила: 1. рассмотрение дела отложить на 18.04.2024 года.

04.04.2024 года ООО «Остин» представлены дополнительные пояснения (вх. № 5442-ЭП/24 электронная почта).

18.04.2024 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-2386/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе путем использования систем видео-конференц-связи присутствовал:

- «...» (доверенность № 02АА 6729571 от 26.02.2024) – представитель Заявителя «...».

Озвучена позиция. Заявлено устное ходатайство об ознакомлении с пояснениями ООО «Остин».

Ходатайство удовлетворено.

Комиссия Башкортостанского УФАС России определила: 1. продлить срок рассмотрения дела. 2. рассмотрение дела отложить на 16.05.2024 года.

22.04.2024 года дополнительные пояснения представлены Заявителем (вх. № 6409-ЭП/24 и 6410-ЭП/24 электронная почта).

16.05.2024 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-2386/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе путем использования систем видео-конференц-связи присутствовал:

- «...» (доверенность № 02АА 6729571 от 26.02.2024) – представитель Заявителя «...»

Озвучена позиция.

Представитель ООО «Остин» не присутствовал. Дополнительных пояснений или ходатайств от юридического лица не поступило.

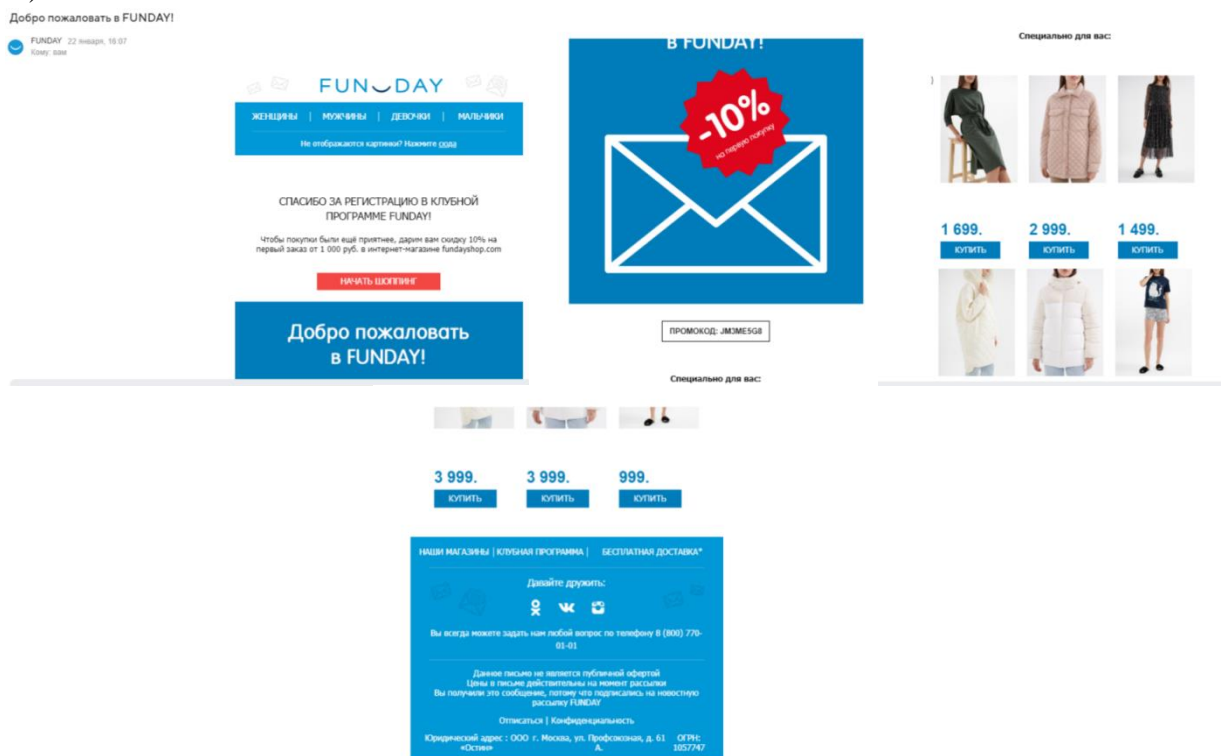
В соответствии с информацией, размещенной на официальном сайте Национальной

почтовой службы (<https://nationalpost.ru/>), корреспонденция с почтовым идентификационным номером 8250002905168 (определения по делу с с/п от 19.04.2024 № исх. № ЮД/4376/24) направленная ООО «Остин» по юридическому адресу - г. Москва, ул. Профсоюзная, д. 61А, доставлена 06.05.2024 года.

В соответствии с пунктом 31 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, рассмотрение дела в отсутствие сторон возможно в случаях, если имеются данные об их своевременном извещении о дате, времени и месте рассмотрения дела и если от них не поступило мотивированное ходатайство об отложении рассмотрения дела или это ходатайство не удовлетворено антимонопольным органом.

С учетом изложенного, Комиссия Башкортостанского УФАС России считает возможным рассмотреть настоящее дело по существу на основании имеющихся материалов.

Исследовав материалы дела, Комиссия пришла к выводу, что реклама, поступившая 22.01.2023 года в 14:07 (время московское) на адрес электронного почтового ящика («...») с адреса news@sender.fundayshop.com следующего содержания (тема письма – Добро пожаловать в FUNDAY!):



нарушает часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе». При этом Комиссия исходит из следующего

В соответствии с пунктами 1, 2, 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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.

Объект рекламирования - 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.

Товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

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.

Распространенная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками:

- распространена путем использования сетей электросвязи (поступление на почтовый ящик Заявителя - «...»).
- является общедоступной для восприятия неопределенного круга лиц и не является персонафицированной.
- направлена на привлечения внимания потребителей к услугам и товарам, предоставляемым соответствующим рекламодателем и осуществляемой им деятельности и способствует формированию интереса к реализуемым товарам и их продвижение на рынке.
- объектом рекламирования выступает товар (услуги) – ассортимент товаров, представленный в магазине «FUNDAY». Рассматриваемая информация формирует и поддерживает потребительский интерес к данным товарам, в том числе путем упоминания о скидке, что направлено на положительное выделение услуг магазина и стимулирование потенциальных потребителей рекламы к обращению к данному хозяйствующему субъекту.
- целью распространения рекламы является увеличение спроса на рекламируемый товар (услуги).

Факт содержания в сообщении рекламной информации ООО «Остин» не оспаривается.

Частью 1 статьи 5 ФЗ «О рекламе» установлено, что реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Требования к рекламе, распространяющейся по сетям электросвязи, установлены статьей 18 Закона о рекламе.

Согласно части 1 статьи 18 ФЗ «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.

Каждый рекламодатель обязан соблюдать требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

При этом, из данной нормы закона следует, что отсутствие согласия абонента на получение рекламы предполагается, если иное не доказано рекламодателем.

Бремя доказывания наличия предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы по сетям электросвязи лежит на рекламодателе, при этом, заявитель не обязан доказывать факт отсутствия подобного согласия.

Из обращения Заявителя следует, что рекламное сообщение поступило без предварительного согласия.

При этом 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 (Постановление Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

Поступление спорной рекламы на электронную почту «...» подтверждается представленными в Башкортостанское УФАС России скриншотами, содержащими изображение рассматриваемой рекламы, а также сведениями о дате и времени поступления рекламы, его получателе и отправителе.

Принимая во внимание тот факт, что Заявитель представил в адрес Башкортостанского УФАС России изображение рекламы, а также сведения о дате и времени поступления, его получателе, антимонопольный орган приходит к выводу о принадлежности электронной почты «...» Заявителю.

Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя (Постановление пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее – Пленум № 58)).

Факт поступления сообщений Заявителю, а также принадлежность электронного почтового ящика news@sender.fundayshop.com ООО «Остин» не оспаривается.

В части получения предварительного согласия на направление рекламы на почтовый ящик Общество сообщило, что согласие было получено от пользователя 22.01.2023 года в рамках регистрации в клубной программе FUNDAY на сайте www.fundayshop.com. Пояснения ООО «Остин»: «...Идентификация пользователя была произведена путем направления контрольного СМС-сообщения на указанный номер мобильного телефона 89272353416, и введением соответствующего кода подтверждения в процессе регистрации. По факту регистрации, Участнику клубной программы, давшему согласие на получение сообщений об акциях, скидках и новостях, приходит приветственно сообщение – Добро пожаловать в FUNDAY, которое и содержится в Вашем определении.

После завершения процедуры регистрации, данный участник Клубной Программы FUNDAY (имя: Тимур, номер мобильного телефона: 89272353416, адрес электронной почты: «...», отписался от рассылки, указав в качестве причины «Другое». На стадии регистрации пользователь может согласиться на получение сообщений об акциях, скидках и новостях, при этом регистрация возможна и без данного согласия. Кнопка «Зарегистрироваться» активна, как при наличии, так и в отсутствие согласия на получение сообщений об акциях, скидках и новостях. Нажимая кнопку «Зарегистрироваться» пользователь принимает условия Пользовательского соглашения, Политики конфиденциальности и Правил клубной программы...

Указанные обстоятельства подтверждают факт получения предварительного согласия «...» на получение рекламно-информационных сообщений от ООО «Остин», что в свою очередь подтверждает факт отсутствия в действиях ООО «Остин» нарушения законодательства о рекламе, в связи с чем производство по указанным обстоятельствам в отношении ООО «Остин» должно быть прекращено...

Права и обязанности пользователей и ООО «Остин» указаны в Правилах клубной программы FUNDAY, разница между пользователями, которые дали согласие и не дали согласие на получение сообщений об акциях, скидках и новостях, как раз и заключается в получении или не получении сообщений об акциях, скидках и новостях».

Изучив представленные пояснения и фотоматериалы, Комиссия соглашается с доводом юридического лица о возможности прохождения процедуры регистрации в Клубной Программе FUNDAY без проставления галочки в чек-боксе «Получать сообщения об акциях, скидках и новостях». Доказательств обратного материалы дела не содержат.

Однако Комиссия обращает внимание на следующее.

Для признания надлежащим факта получения рекламодателем согласия абонента либо адресата на получение им рекламной информации, изначально должно быть явно выраженное желание абонента либо адресата на ее получение. Следовательно, распространение рекламы посредством ее рассылки возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица.

При этом доказывать факт получения такого согласия должен рекламодатель, а в случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Из требований Закона о рекламе следует, что согласие абонента на получение рекламы

должно быть явным и недвусмысленным. Следовательно, рекламодатель должен доказать, что воля абонента была направлена именно на дачу согласия на получение рекламы.

Форма согласия должна быть выполнена таким образом, чтобы её содержание и контекст позволяли однозначно установить волю потребителя на получение рекламы от рекламодателя.

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, что недопустимо в контексте части 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Использование в процессе регистрации слов «акции», «скидки» и «новости», но избегание слова «реклама», по мнению антимонопольного органа, направлена на создание неоднозначной ситуации, когда потребитель может быть введен в заблуждение относительно содержания сообщения, которые могут быть направлены в его адрес, что произошло, в том числе в настоящем деле.

В свою очередь из пункта 4.1 Правил Клубной Программы FUNDAY следует, что вступая в программу, Участник соглашается получать информацию от ООО «Остин» о специальных предложениях, о новых товарах и рекламных акциях по сетям электросвязи и по почтовой связи (включая, но не ограничиваясь: SMS-рассылки, E-mail-рассылки, телефония, сеть Интернет и мобильные устройства) и обработку своих персональных данных посредством сбора, записи, систематизации, накопления, хранения, уточнения, извлечения, использования, осуществляемую с использованием средств автоматизации, в том числе в информационно-телекоммуникационных сетях, или без использования таких средств в целях организации направления им специальных предложений, информации о новых товарах и рекламных акциях, обработки их запросов и обращений.

Изменение статуса рекламной подписки (подключение или отключение получения информации) проводится в срок до 5 рабочих дней с момента получения запроса (пункт 4.4 Правил).

Правила содержат упоминания о рекламных акциях и рекламной подписке, но в окне регистрации непосредственного обозначения о рекламных сообщениях не содержатся. 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.

Соответственно такой порядок регистрации не позволяет прийти к выводу о наличии факта дачи согласия на получение рекламы. Положения Закона о рекламе относительно обязанности рекламодателя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

В этой связи использование «чек-бокса» без непосредственного упоминания о возможности получения рекламных сообщений является ненадлежащей формой получения предварительного согласия клиента (абонента) на получение 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.

Таким образом, в материалы дела не предоставлено документальное подтверждение получения предварительного согласия на направление рекламы на почтовый ящик «...» Заявителя ООО «Остин», что не соответствует требованиям части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Ответственность за нарушение указанной статьи Закона о рекламе, в соответствии с частью 7 статьи 38 данного Закона, возложена на рекламодателя.

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Закона о рекламе).

Материалами дела установлено, что ООО «Остин» выступило рекламораспространителем рекламы. Данное обстоятельство не оспаривается.

Согласно пункту 49 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.

Комиссией принято решение выдать ООО «Остин» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, так как юридическим лицом не представлены доказательства прекращения распространения ненадлежащей рекламы на электронный почтовый ящик «...» (отсутствуют доказательства невозможности продолжения обществом распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации, иных внутренних актов, на основании которых прекращена рассылка рекламы Заявителю). Скриншот, представленный юридическим лицом о запрете направления рекламных сообщений, в письме от 04.04.2024 года на 4 стр. (вх. № 5442-ЭП/24 электронная почта) не содержит идентификационных данных позволяющих соотнести его с карточкой Заявителя.

Комиссия также отмечает следующее.

Частью 4 статьи 38 Закона о рекламе, частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе.

Исходя из части 1 статьи 4.5 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

Пунктом 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» закреплено, что рассматривая дела о привлечении лиц к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе, суды должны учитывать, что срок давности привлечения к административной ответственности начинается течь с момента совершения такого правонарушения, а не с момента принятия антимонопольным органом решения о нарушении законодательства о рекламе.

Так как реклама была распространена 22.01.2023 года, годичный срок давности привлечения к административной ответственности истек.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 42-48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 N 1922, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «Остин» рекламораспространителем рекламы.

2. Признать ненадлежащей рекламу, поступившую 22.01.2023 года в 14:07 (время московское) на адрес электронного почтового ящика («...») с адреса news@sender.fundayshop.com, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

3. Выдать ООО «Остин» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

4. Не передавать материалы дела для возбуждения административного производства, предусмотренного 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

«...»

«...»