

<...>

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-15835/2021

Резолютивная часть оглашена «07» декабря 2021 года
Изготовлено в полном объеме «___» декабря 2021 года

г. Москва

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

председателя Комиссии: <...>,

членов Комиссии: <...>, <...>,

рассмотрев дело № 077/05/18-15835/2021, возбужденное в отношении <...> по факту распространения посредством e-mail-сообщения на электронную почту заявителя <...> от отправителя «<...>» (адрес электронной почты info@tourism-365.ru) рекламы:

«Лучшие предложения от Путешествия Отдых туризм. Не пропустите обновления на сайте. Кредитная карта Тинькофф платинум до 700 000 рублей...», поступившей 05.06.2021 в 05:22, с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи в отсутствие согласия абонента на ее получение, в отсутствие <...> (уведомлена надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-15835/2021 возбуждено в отношении <...> на основании заявления физического лица относительно распространения посредством e-mail-сообщения на электронную почту <...> рекламы следующего содержания:

«Лучшие предложения от Путешествия Отдых туризм. Не пропустите обновления на сайте. Кредитная карта Тинькофф платинум до 700 000 рублей...», поступившей 05.06.2021 в 05:22 от отправителя «<...>» (адрес электронной почты info@tourism-365.ru).

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

Согласно материалам дела на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщения с электронного адреса «<...>» (адрес электронной почты info@tourism-365.ru) в указанные дату и время поступила спорная реклама.

Поступление указанной рекламы на электронную почту <...> подтверждается представленными в Московское УФАС России скриншотами сообщений, содержащих текст рассматриваемой рекламы, а также сведения о дате и времени поступления рекламы, ее отправителе и получателе.

Принимая во внимание тот факт, что заявитель представил в адрес Московского УФАС России изображения рекламы, содержащие полный текст электронного письма, а также сведения о дате и времени поступления рекламы, ее отправителе, получателе, специалисты отдела приходят к выводу о принадлежности электронной почты <...> заявителю.

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.

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.

Данная информация направлена на привлечение внимания к услугам по организации путешествий, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

Исходя из текста сообщения, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

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.

При этом в случае направления посредством e-mail-сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение (упоминание имени адресата), представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

В материалы дела не представлено документальных доказательств направления спорного e-mail-сообщения исключительно в адрес одного лица (заявителя).

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 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 абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

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

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

В целях защиты прав и законных интересов абонента, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Следует отметить, что предоставленное рекламодателю 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 рекламодателей, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

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.

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 рекламораспространителя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца адреса электронной почты <...>, согласие на получение рекламы он не давал. Доказательств обратного в материалы дела не представлено.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

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

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

<...> в настоящем случае не предприняла достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что поступившая на адрес электронной почты <...> с электронной почты «<...>» (адрес электронной почты info@tourism-365.ru) реклама следующего содержания:

«Лучшие предложения от Путешествия Отдых туризм. Не пропустите обновления на сайте. Кредитная карта Тинькофф платинум до 700 000 рублей...», поступившей 05.06.2021 в 05:22, была направлена в отсутствие надлежащего согласия адресата на ее получение.

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

Таким образом, распространение указанной рекламы, поступившей с электронного адреса «<...>» (адрес электронной почты info@tourism-365.ru) на электронную почту <...> с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе, является ненадлежащим.

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

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

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

В ответ на запрос Московского УФАС России ООО «Регистратор доменных имён РЕГ.РУ» сообщило, что администратором доменного имени tourism-365.ru в соответствии с регистрационными данными является <...>.

Таким образом, распространителем рассматриваемого e-mail-сообщения является <...>

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, <...> не представлено.

Резюмируя изложенное, Комиссией Московского УФАС России в действиях <...> установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на адрес электронной почты <...> с электронной почты «<...>» (адрес электронной почты info@tourism-365.ru) рекламы следующего содержания:

«Лучшие предложения от Путешествия Отдых туризм. Не пропустите обновления на сайте. Кредитная карта Тинькофф платинум до 700 000 рублей...», поступившей 05.06.2021 в 05:22, без предварительного согласия абонента на ее получение.

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

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (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 <...> предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе рекламой посредством использования электросвязи с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать <...> нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством e-mail-сообщения на электронную почту <...> от отправителя «<...>» (адрес электронной почты info@tourism-365.ru) рекламы:

«Лучшие предложения от Путешествия Отдых туризм. Не пропустите обновления на сайте. Кредитная карта Тинькофф платинум до 700 000 рублей...», поступившей 05.06.2021 в 05:22, без предварительного согласия абонента на ее получение.

2. Выдать <...> 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	<...>
	<...>

<...>