

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-4449/2020

г. Москва

Резолютивная часть оглашена 24 июля 2020 года.
Изготовлено в полном объеме ___ сентября 2020 года.

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: <...>ой,

членов Комиссии: <...>ой, <...>ой,

рассмотрев дело № 077/05/18-4449/2020, возбужденное в отношении ООО «Интернет решения» по факту распространения посредством e-mail-сообщения на электронную почту <...> от отправителя news@news.ozon.ru рекламы следующего содержания: *«Бесплатная доставка...Доставим бесплатно в постаматы и пункты выдачи. Здравствуйте, Евгений. Теперь получить заказ с бесплатной доставкой можно в любом из 4000 пунктов выдачи по всей стране! И, конечно, любой заказ, если у вас Ozon Premium. Хорошего шопинга! Команда Ozon...»*, поступившей 26.10.2019 в 0:23, 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 ООО «Интернет решения» (в лице <...> по доверенности № 119-ю от 24.02.2020),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-4449/2020 возбуждено в отношении ООО «Интернет решения» на основании заявления физического лица относительно распространения посредством e-mail-сообщения на электронную почту <...> рекламы следующего содержания:

«Бесплатная доставка...Доставим бесплатно в постаматы и пункты выдачи. Здравствуйте, Евгений. Теперь получить заказ с бесплатной доставкой можно в любом из 4000 пунктов выдачи по всей стране! И, конечно, любой заказ, если у вас Ozon Premium. Хорошего шопинга! Команда Ozon...», поступившей 26.10.2019 в 0:23.

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 «Интернет решения» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 24.09.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027739244741, ИНН/КПП 7704217370/770301001.

Согласно материалам дела на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщения с электронного адреса news@news.ozon.ru 26.10.2019 в 0:23 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 интернет-магазина Ozon, а именно возможности бесплатной доставки товаров, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

Исходя из текста сообщения, в котором содержится предложение осуществить заказ товаров в магазине Ozon, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

В письменных пояснениях ООО «Интернет решения» возражало против признания направленного заявителю e-mail-сообщения рекламой, поскольку оно носило характер информирования потребителя о возможности бесплатной

доставки приобретенных товаров. Также ООО «Интернет решения» обратило внимание на указание в спорном сообщении имени заявителя и на факт направления ему единственного сообщения за 2019 год, что в совокупности свидетельствует о персонификации направленных сведений и исключении их рекламного характера.

В свою очередь, Комиссия Управления отклоняет заявленные ООО «Интернет решения» доводы на основании следующего.

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.

Вместе с тем, в тексте рассматриваемой рекламы присутствует имя лица, на восприятие которого направлена распространенная информация.

Однако Комиссия приходит к выводу, что обращение к адресату в данном случае не является фактором, определенно идентифицирующим получателя распространяемой информации. Подобное обращение к потенциальному клиенту является нормальным общепринятым поведением в обществе, соответствующим правилам обычного и делового этикета и лишь

свидетельствует о клиентоориентированной направленности деятельности рекламодателя при продвижении своих услуг на рынке.

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 обобщённый 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 неопределённого круга лиц и являются рекламой.

Также Комиссия Управления обращает внимание на содержание рекламы, а именно на указание в ней на возможность бесплатной доставки товаров в случае, если у клиента есть подписка Ozon Premium. При этом, в том случае, если ООО «Интернет решения» известна персональная информация о клиенте-адресате, в частности наличие или отсутствие у него указанной подписки, сообщение информационного характера должно было содержать сведения с учетом данного статуса клиента. Например, предполагая отсутствие у клиента-адресата подписки Ozon Premium, информационное сообщение должно было содержать информацию с учетом данного обстоятельства. При этом, из содержания рассматриваемой рекламы следует, что пользователю предлагаются новые услуги — бесплатная доставка и подписка Ozon Premium, которые у него не подключены. Соответственно, путем направления спорного e-mail-сообщения, внимание клиента привлекается к возможности получения новых услуг, которые в сообщении демонстрируются исключительно с положительной стороны — возможности бесплатной доставки любого заказа.

Также Комиссией Управления не может быть принят во внимание довод ООО «Интернет решения» о том, что спорное сообщение было единственным сообщением, направленным данному получателю в 2019 году, поскольку единичный характер его распространения в адрес потребителя не исключает его рекламное содержание в целом.

Само по себе то обстоятельство, что из содержания спорного сообщения следует некая новая для потребителя информация, а именно о возможности бесплатной доставки товара, не может свидетельствовать о переходе такого сообщения в категорию исключительно информационных, а равно об отсутствии квалифицирующих признаков рекламы. Так, распространение рекламы подразумевает сообщение неопределенному кругу лиц некой новой ранее неизвестной ему информации, получив которую, потребитель заинтересуется рекламируемым продуктом. Между тем новостная составляющая рекламы не является признаком, исключающим иные цели ее распространения - стимулирование потребительского спроса и привлечение внимания потребителей к определенному продукту или побуждение покупателя

приобрести продукт в определенном месте либо воспользоваться услугами определенного лица.

Само по себе понятие информации шире понятия рекламы, и реклама является лишь одним из видов информации.

В рассматриваемом деле заявление ООО «Интернет решения» о том, что данное сообщение носило информационный характер, являлось исключительно декларативным, поскольку 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 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 рекламораспространителя.

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.

В рамках дела ООО «Интернет решения» представлены письменные пояснения, согласно которым спорная реклама была направлена заявителю в связи с тем, что последний 08.12.2018 зарегистрировался на сайте интернет-магазина Ozon и принял Условия продажи товаров для физических лиц в OZON.ru (далее также — Условия). В силу пункта 1.9 Условий Регистрируясь на Сайте (включая домены второго уровня) или в мобильном приложении [Ozon.ru](https://www.ozon.ru) или [Ozon.travel](https://www.ozon.travel), Клиент в соответствии с ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», предоставляет свое предварительное согласие на получение сообщений рекламного характера (в форме СМС и/или пуш-уведомлений и/или посредством приложений и/или мессенджеров для смартфонов и/или телефонных звонков и/или иным образом на указанный Клиентом номер телефона, адрес электронной почты) ООО «Интернет Решения», ООО «Интернет Трэвел» и их партнеров. В случае нежелания получать сообщения рекламного характера Клиенту следует изменить настройки подписки в соответствующем разделе личного кабинета. Таким образом, ООО «Интернет решения» утверждает о наличии согласия адресата на получение рекламы.

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. По мнению Комиссии Московского УФАС России, включение обязательного условия о даче согласия при заключении договора на оказание каких-либо услуг, в данном случае — продажи товаров, противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Согласно представленным документам и сведениям, указанные Условия по своей природе являются договором присоединения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 428 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) 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.

Принятие и согласие с указанными Условиями является необходимым для регистрации в интернет-магазине «OZON» на сайте или в приложении и соответственно для использования данных ресурсов в полном объеме, в том числе для оформления заказа. Несогласие с вышеуказанными условиями свидетельствует об отказе потребителя от дальнейшей регистрации.

Соответственно факт несогласия с вышеуказанными условиями, в том числе на распространение в его адрес рекламы, свидетельствует об отсутствии возможности у потребителя использовать приложение «OZON» в полном объеме.

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.

При этом оценивая подобное содержание бланка договора, Комиссия приходит к выводу, что Общество сформировало данный документ таким образом, что у клиента в момент заключения договора отсутствует возможность не соглашаться с получением рекламы на свой адрес электронной почты.

В данном случае у лица, которое принимает условия пользовательского соглашения, возникает необходимость совершить ряд дополнительных действий для отказа от получения рекламных сообщений. В то время, когда для их получения достаточно лишь пройти регистрацию на сайте или в приложении. Подобное положение прямо противоречит самой цели правила предварительного получения согласия абонента и нарушает его право на возможность не соглашаться на распространение на его телефон (электронную почту и т. п.) рекламы.

Согласно статье 309 ГК РФ 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 или иными обычно предъявляемыми требованиями.

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.

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

Таким образом, в настоящем случае отсутствует выраженное согласие абонента на получение рекламы, в том числе от конкретного рекламодателя.

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что поступившая на адрес электронной почты <...> с электронной почты news@news.ozon.ru реклама следующего содержания: *«Бесплатная доставка...Доставим бесплатно в постаматы и пункты выдачи. Здравствуйте, Евгений. Теперь получить заказ с бесплатной доставкой можно в любом из 4000 пунктов выдачи по всей стране! И, конечно, любой заказ, если у вас Ozon Premium. Хорошего шопинга! Команда Ozon...»*,

поступившая 26.10.2019 в 0:23, 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 26.10.2019 в 0:23 с электронного адреса news@news.ozon.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 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.

Факт направления рекламы с электронной почты news@news.ozon.ru ООО «Интернет Решения» не оспаривается.

Таким образом, распространителем рассматриваемого e-mail-сообщения является ООО «Интернет Решения».

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 «Интернет Решения» не представлено.

Резюмируя изложенное, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Интернет Решения» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на адрес электронной почты <...> с электронной почты news@news.ozon.ru рекламы следующего содержания: *«Бесплатная доставка...Доставим бесплатно в постаматы и пункты выдачи. Здравствуйте, Евгений. Теперь получить заказ с бесплатной доставкой можно в любом из 4000 пунктов выдачи по всей стране! И, конечно, любой заказ, если у вас Ozon Premium. Хорошего шопинга! Команда Ozon...»*, поступившей 26.10.2019 в 0:23 без предварительного согласия абонента на ее получение.

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 «Интернет Решения» 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 «Интернет Решения» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством e-mail-сообщения на адрес электронной почты <...> с электронной почты news@news.ozon.ru рекламы следующего содержания: *«Бесплатная доставка...Доставим бесплатно в постаматы и пункты выдачи. Здравствуйте, Евгений. Теперь получить заказ с бесплатной доставкой можно в любом из 4000 пунктов выдачи по всей стране! И, конечно, любой заказ, если у вас Ozon Premium. Хорошего шопинга! Команда Ozon...»*, поступившей 26.10.2019 в 0:23 без предварительного согласия абонента на ее получение.

2. Выдать ООО «Интернет Решения» 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 <...>a

Члены Комиссии <...>a

<...>a