

ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ»

450047, г. Уфа, ул. Бакалинская, д. 25,
помещ. 63

Заявитель: <...>

РЕШЕНИЕ

по делу № 002/05/18-21/2023

27.03.2023 года

г. Уфа, ул. Пушкина, 95

Решение в полном объеме изготовлено «06» апреля 2023 года

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

Председатель Комиссии:

<...>;

Члены Комиссии:

<...>;

<...>;

рассмотрев дело № 002/05/18-21/2023 возбужденное по обращению физического лица в отношении ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ» (ОГРН: 1130280029505, ИНН: 0278199678), 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:

- представителя Заявителя <...> – <...> (доверенность № 02АА 6327697 от 28.02.2023);

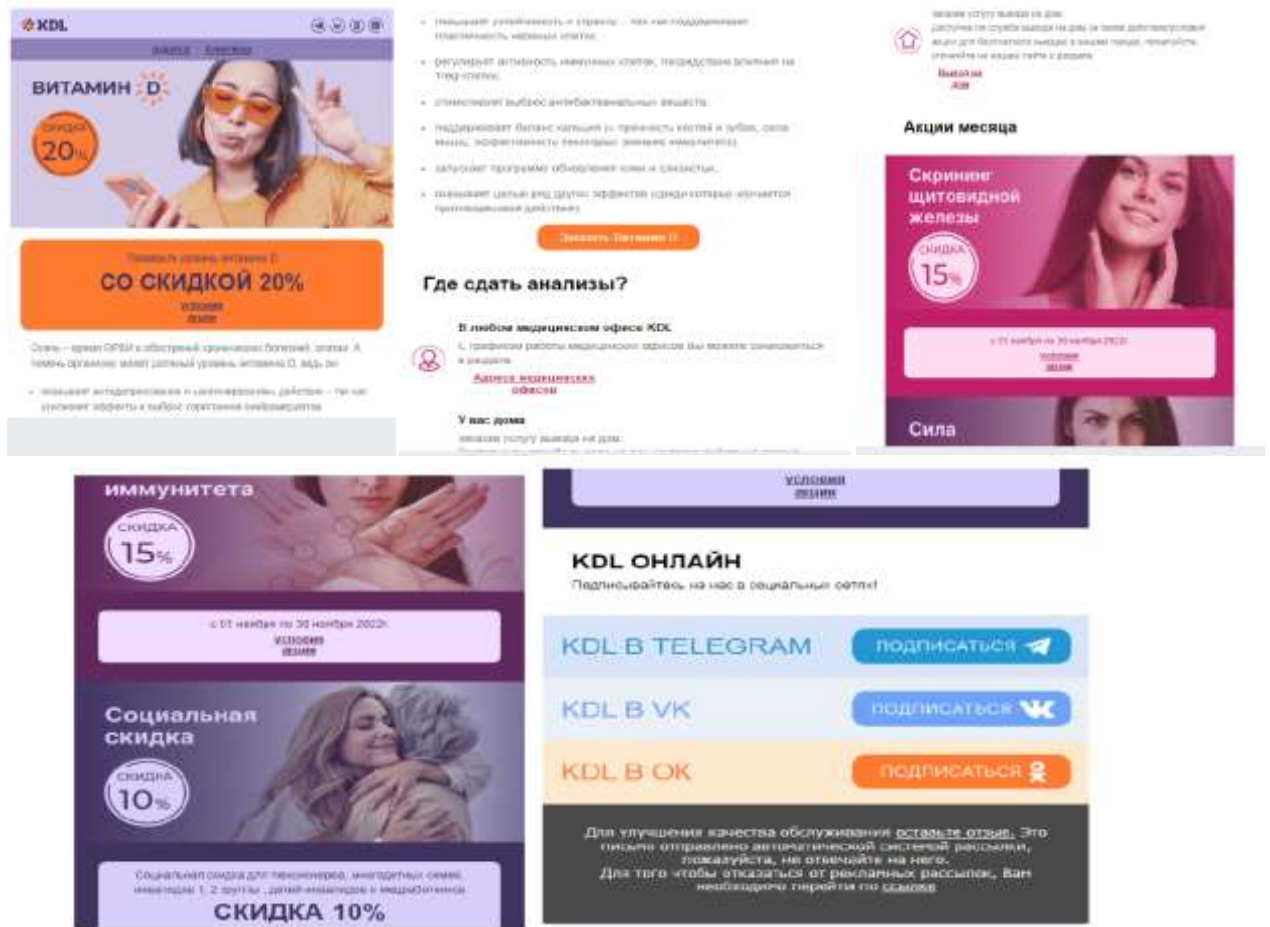
- представителя ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ» - <...> (доверенность № 72 от 04.09.2022);

УСТАНОВИЛА:

16.11.2022 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. № 17185-ИП/22, срок рассмотрения продлен) указывающее на признаки нарушения ФЗ «О рекламе».

В обращение Заявитель сообщил, что 09.11.2022 года в 17:39 на адрес

электронного почтового ящика () получил нежелательное сообщение следующего содержания:



Адрес электронной почты, с которого поступила данная информация – zabota@kdl.ru.

Согласно обращению, согласие на получение данного рекламного сообщения Заявитель не давал.

В рамках рассмотрения обращения, от ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ» (ОГРН: 1130280029505, ИНН: 0278199678) получена информация (вх. № 20041-ЭП/22 от 27.12.2022), из которой следует, что отправка рассматриваемого сообщения осуществлена на основании договора № на оказание платных медицинских услуг от 13.12.2017 года. В частности пунктом 7.1 указанного договора предусмотрено, что подписывая настоящий договор, Потребитель дает свое согласие на получение уведомлений, в том числе о новостях, проводимых акциях и специальных предложениях от Исполнителя по смс и (или) электронной почте. Также Общество сообщило, что выступило рекламодателем рекламы.

11.01.2023 года Башкортостанским УФАС России, в порядке части 2 статьи 36 Закона о рекламе возбуждено дело № 002/05/18-21/2023 по признакам нарушения требований ФЗ «О рекламе». К участию в деле привлечены:

• **Заявитель:**

- вх. № 17185-ИП/22 от 16.11.2022.

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

- ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ» (ОГРН: 1130280029505, ИНН: 0278199678).

Рассмотрение дела назначено на 06.02.2023 года.

13.01.2023 года от Заявителя поступило ходатайство о дистанционном ознакомлении с материалами дела (вх. № 331-ИП/23 электронная почта).

18.01.2023 года Заявителем представлены письменные пояснения (вх. № 606-ИП/23 электронная почта). Кроме того, заявлено ходатайство о передаче материалов дела, в части раскрытия сведений о произведенных медицинских услугах, в органы прокуратуры и уполномоченный орган в сфере охраны здоровья Республики Башкортостан.

19.01.2023 года ранее поступившее ходатайство (вх. № 606-ИП/23) о передаче материалов дела, в части раскрытия сведений о произведенных медицинских услугах, отозвано Заявителем (вх. № 640-ИП/23 электронная почта).

06.02.2023 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-21/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе представитель ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ» не присутствовал. От Общества поступило ходатайство об отложении рассмотрения дела на другую дату (вх. № 1786-ЭП/23). Поступившее ходатайство удовлетворено.

Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. продлить срок рассмотрения дела № 002/05/18-21/2023.
2. отложить рассмотрение дела на другую дату – 21.02.2023 года.

21.02.2023 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-21/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе представитель ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ» не присутствовал. От Общества поступило ходатайство об отложении рассмотрения дела на другую дату (вх. № 2101-ЭП/23 от 10.02.2023 электронная почта). Поступившее ходатайство удовлетворено.

Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. отложить рассмотрение дела на другую дату – 16.03.2023 года.

16.03.2023 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-21/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе присутствовали:

- <...> (доверенность № 02 АА 6327697 от 28.02.2023) – представитель Заявителя.

- <...> (доверенность № 72 от 04.09.2022) – представитель ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ».

Представителем Заявителя озвучена позиция, обращение поддержано в полном объеме.

Представителем ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ» озвучена позиция по делу, с нарушением Общество несогласно по доводам, изложенным в пояснениях.

Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. отложить рассмотрение дела на другую дату – 27.03.2023 года.

24.03.2023 года ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ» представлены дополнительные пояснения и материалы в рамках дела (вх. № 4605-ЭП/23 электронная почта).

27.03.2023 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-21/2023 по признакам нарушения законодательства о рекламе присутствовали:

- <...> (доверенность № 02 АА 6327697 от 28.02.2023) – представитель

Заявителя.

- <...> (доверенность № 72 от 04.09.2022) – представитель ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ».

Сторонами озвучена позиция, поддержаны доводы изложенные ранее.

Исследовав материалы дела, заслушав пояснения сторон, Комиссия приходит к выводу, что реклама, распространенная 09.11.2022 года в 17:39 на адрес электронного почтового ящика <...> с адреса zabota@kdl.ru следующего содержания:

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 персонифицированной;
- направлена на привлечения внимания потребителей к услугам и товарам, предоставляемым соответствующим рекламодателем (медицинская организация KDL) и осуществляемой им деятельности и способствует формированию интереса к реализуемым товарам и их продвижение на рынке;
- объектом рекламирования выступает товар (услуги) – услуги медицинской организации, в частности услуги по проверки витамина «D», скрининг щитовидной железы. Рассматриваемая информация формирует и поддерживает потребительский интерес к данному товару – указание на скидки, сведения о проводимых акциях, что направлено на положительное выделение услуг организации и стимулирование потенциальных потребителей рекламы к обращению к данному хозяйствующему субъекту.
- целью распространения рекламы является увеличение спроса на рекламируемый товар (услуги).

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.

Согласие на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было не только однозначно идентифицировать такого абонента, но и подтвердить волеизъявление данного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно, во-первых, относиться к конкретному рекламодателю либо рекламодателю, во-вторых – должно быть выражено явно.

Время 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.

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.

Поступление рекламы на электронную почту <...> подтверждается представленными в Башкортостанское УФАС России скриншотами сообщений, содержащих изображение рассматриваемой рекламы, а также сведениями о дате и времени поступления рекламы, его получателе.

Принимая во внимание тот факт, что Заявитель представил в адрес Башкортостанского УФАС России изображения рекламы, а также сведения о дате и времени поступления рекламы, 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 указанного сообщения Заявителю, а также принадлежность электронного почтового ящика zabota@kdl.ru ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ» не оспаривается.

Сведения, передаваемые посредством использования сетей электросвязи, являются индивидуализированными по способу распространения, так как направляются определенным адресатам (в частности владельцам электронных почтовых ящиков). В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный электронный адрес, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключаящим рекламный характер сообщения.

Информация, содержащая сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), 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 и отчества абонента либо принадлежащих ему индивидуализирующих признаков, представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

Оценивая текст сообщения, Комиссия Башкортостанского УФАС России приходит к выводу, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением Заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования – услугам медицинской организации. Предложение не является персональным (не содержит какой-либо услуги, которой мог бы воспользоваться исключительно Заявитель), носит обобщенный характер, представляет интерес для неопределенного круга лиц и предназначено для одновременной массовой рассылки идентичных сообщений с разницей лишь в адресе электронного почтового ящика, которое меняется автоматически. Информация, сознательно доводимая распространителем исключительно до лиц, являющихся его клиентами, при этом создана и адресована неопределенному лицу, может быть воспринята любым потребителем. Иное толкование закона фактически привело бы к тому, что любая информация, распространяемая определенному количеству лиц, например, только держателям клубных карт, только читателям определенного средства массовой информации и т.п., не являлась бы рекламой.

В материалы дела безусловных и убедительных доказательств того, что указанным предложением может воспользоваться исключительно владелец абонентского почтового ящика <...> не представлено.

В части получения согласия на направление рекламы от владельца почтового ящика, юридическим лицом сообщено, что заключив Договор № от 13.12.2017 года на оказание платных медицинских услуг, Заявитель выразил согласие на получение уведомлений, в том числе о новостях, проводимых акциях и специальных предложениях от Исполнителя (ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ») по смс и (или) электронной почте.

Проанализировав указанный Договор, Комиссия отмечает, что согласие на получение от Общества рекламных сообщений находится в разделе – «Персональные данные». Указанный раздел как не содержит отказа от согласия на обработку персональных данных, так и отказа от рекламных сообщений. Таким образом, при подписании Договора у Клиента отсутствует возможность отдельно отказаться от получения рекламной информации, и Клиент вынужден в целях получения медицинских услуг в совокупности соглашаться с обработкой персональных данных и на получение рекламы. Однако при его подписании Заявитель выразил несогласие на обработку персональных данных, о чем свидетельствует запись, сделанная в тексте Договора в конце указанного раздела. Учитывая то обстоятельство, что согласие на получение рекламы находится в разделе обработки персональных данных, отказ от одного порождает отказ и от другого.

Довод Общества, о том, что Заявителем не сделан отказ от рекламы

аналогично отказу от обработки персональных, не может свидетельствовать о правомерности действий юридического лица. Бремя доказывания наличия предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы по сетям электросвязи лежит на рекламодателе, при этом, потребитель не обязан доказывать факт отсутствия подобного согласия. Отсюда следует, что потребитель не обязан доказывать, что в момент заключения договора он имел возможность внести в ее текст собственноручно какие-либо замечания.

Дополнительно Комиссия обращает внимание на тот факт, что в данном Договоре отсутствует адрес электронной почты - <...>. Позиция Общества, которая заключается в том, что адрес был получен из приложений к указанному Договору, Комиссией также отклоняется, так как из текста приложений следует, что адрес почты был предоставлен в целях получения результатов медицинских исследований, но никак не в целях направления какой-либо иной информации, включая рекламные сообщения.

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.

Юридическим лицом в материалы дела не представлено доказательств, что в момент подписания Договора, до Заявителя была доведена информация, о том, что он может отказаться от рекламы, или что он может отказаться только путем совершения специальной надписи. Также не представлено доказательств, что Клиенту было сообщено, что после отказа от обработки персональных данных также надо совершить письменный отказ от рекламы, иначе продвижение услуг Общества будет продолжаться.

Таким образом, указанный Договор не может выступать доказательством получения предварительного согласия на направление рекламных сообщений в адрес Заявителя.

По смыслу части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», для распространения рекламы по сетям электросвязи необходимо предварительное согласие абонента или адресата на получение рекламы. Следовательно, довод юридического лица о возможности отписаться от рассылки уже после получения рекламного сообщения таковым согласием не является.

На основании изложенного, ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ» распространена реклама без согласия абонента на получение рекламы, что является нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

Рекламодатель - 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 «КДЛ УФА-ТЕСТ» выступило рекламодателем указанной рекламы. Данный факт Обществом 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.

В силу пункта 54 Правил при добровольном устранении лицом (лицами) совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В этом случае основания нецелесообразности выдачи предписания излагаются в мотивировочной части решения по делу.

Комиссией принято решение предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ» не выдавать, так как Заявителем доказательства повторного получения рекламной информации (после обращения в антимонопольный орган) не представлено.

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, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ» рекламодателем рекламы.
2. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную 09.11.2022 года в 17:39 путем направления на электронный почтовый ящик <...> с адреса zabota@kdl.ru, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».
3. В соответствии с пунктом 54 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать.

4. Передать материалы дела для возбуждения административного производства, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО «КДЛ УФА-ТЕСТ».

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>