



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РІШЕННЯ

АДМІНІСТРАТИВНОЇ КОЛЕГІЇ КИЇВСЬКОГО ОБЛАСНОГО ТЕРИТОРІАЛЬНОГО ВІДДІЛЕННЯ

«23» серпня 2016 року

№ 35

справа № 100-02/07.15

м. Київ

Про закриття провадження у справі

Адміністративна колегія Київського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України, розглянувши матеріали справи № 100-02/07.15 про порушення товариством з обмеженою відповідальністю «П'яте Авеню» (ідентифікаційний код 38735048) (далі – ТОВ «П'яте Авеню», Товариство) законодавства про захист економічної конкуренції та подання про попередні висновки у справі від 24.06.2016 № 61/ПС-02-05,

ВСТАНОВИЛА:

Київським міським територіальним відділенням Антимонопольного комітету України (далі – КМТВ АМКУ) здійснювався розгляд заяви громадянки України Мурашової В.М. (далі – Заявник) від 17.11.2014 б/н (вх. КМТВ від 17.11.2014 № 07-14/193-М) про розповсюдження ТОВ «П'яте Авеню» неправдивої інформації про гарантоване вручення головного призу (далі – Заява).

За інформацією Заявника, Товариство поширювало у власних рекламно-інформаційних матеріалах неправдиву інформацію про перемогу гр. Мурашової В.М. та отримання нею грошових коштів (головного призу).

ТОВ «П'яте Авеню» є юридичною особою, зареєстроване Деснянською районною в м. Києві державною адміністрацією 20.05.2013, ідентифікаційний код – 38735048.

Місцезнаходження: вул. Кіото, буд. 25, м. Київ, 02156.

ТОВ «П'яте Авеню» діє на підставі Статуту, затвердженого Загальними зборами учасників Товариства (протокол № 2 від 26 червня 2013 року), зареєстрованого Реєстраційною службою Головного управління юстиції у м. Києві 15.07.2013 (номер запису 1 066 105 0008 009608). Товариство має самостійний баланс, поточні рахунки в установах банків, печатку та штампи зі своїм найменуванням та ідентифікаційним кодом.

Основним видом діяльності за КВЕД є 47.91 роздрібна торгівля, що здійснюється фірмами поштового замовлення або через мережу Інтернет.

Таким чином, ТОВ «П'яте Авеню» є суб'єктом господарювання у розумінні статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

Відповідно до договору від 29.11.2013 № 03300/17, укладеного між Київською дирекцією Українського державного підприємства поштового зв'язку «Укрпошта» та

ТОВ «П'яте Авеню», абонентна скринька № 17 у відділенні поштового зв'язку Київ – 03300 була надана у користування Товариству до 30.06.2014.

За інформацією Товариства, основним видом діяльності ТОВ «П'яте Авеню» є продаж товарів широкого вжитку, який здійснюється серед населення України винятково через УДППЗ «Укрпошта» шляхом сплати грошових коштів після отримання замовленої продукції покупцем.

ТОВ «П'яте Авеню» проводяться рекламні заходи – маркетингові акції, спрямовані на підвищення споживчого попиту на товари, які реалізуються Товариством через поштові каталоги.

За повідомленням Товариства (лист від 10.02.2015 № 1-10-15 та лист Товариства до Солом'янського РУ ГУ МВС України в м. Києві від 11.11.2014 № 1/11), ТОВ «П'яте Авеню» було організовано три маркетингові акції, а саме:

1. У період з 17.06.2013 по 21.08.2013 із загальним розміром призового фонду 40 000 грн;
2. У період з 25.11.2013 по 10.01.2014 із загальним розміром призового фонду 150 000 грн (далі – Акція);
3. У період з 10.01.2014 по 29.12.2014 із загальним розміром призового фонду 50 000 грн.

Стосовно участі в Акції гр. Мурашової В.М., ТОВ «П'яте Авеню» повідомило, що від неї 04.12.2013 надійшло одне замовлення на товар (крем ліфтинг для рук – 90,00 грн, крем-догляд для ніг – 91,90 грн та подарунок в рамках маркетингової акції – гель для душу «Антистрес») загальною вартістю 210,90 грн (у тому числі плата за пересилання та пакування 29,90 грн), яке було оформлене післяплатою.

Замовлений товар було відправлено Товариством на адресу гр. Мурашової В.М. (вул. Студентська, буд. 12/14, кв. 50, м. Київ, 04050) 05.12.2013.

Відповідно до умов Акції, запрошення клієнтів ТОВ «П'яте Авеню» до участі у вищезазначеній Акції здійснювалось шляхом надсилання на їх поштову адресу рекламно-інформаційних матеріалів про акцію, каталогу Товариства та анкети учасника Акції. Реєстрація участі в Акції здійснювалась до 08.01.2014 (за поштовим штемпелем).

Обов'язковою умовою для реєстрації участі клієнта в Акції було надходження до дати закінчення Акції (включно) від нього належним чином заповненої анкети учасника Акції та квитанції про повну оплату на підприємстві поштового зв'язку або в будь-якій банківській установі України хоча б одного товару, замовленого із каталогу Товариства.

Загальна вартість товарів, замовлених з каталогів Товариства та сплачених його клієнтами, у період з січня 2014 року по січень 2015 року становить 16 271 172,55 грн.

За результатами аналізу рекламно-інформаційних матеріалів, які пропонувалися споживачам у ході проведення Акції, встановлено наступне.

На конвертах, в яких ТОВ «П'яте Авеню» надсилає листівки з пропозиціями, розміщено інформацію про те, що адресат є офіційним переможцем головного призу у 50 000 грн. Обраний спосіб розміщення такої інформації на конвертах посилює враження клієнтів про отримання грошового виграшу саме ними.

На листівках, що містяться в конвертах, зокрема, розміщено інформацію, що умовою виплати грошового призу у 50 000 грн є замовлення та оплата клієнтом товарів з каталогів Товариства, *«як підтвердження бажання отримати головний приз»*.

Окремі рекламні листівки містять бланки замовлень із зазначенням коду певного товару, його найменування, кількості, ціни та суми замовлення. У верхній частині бланку та/або під бланком замовлення розміщено інформацію стосовно підтвердження виплати учаснику грошового призу, у разі оформлення замовлення на товар з каталогів Товариства.

Як вбачається із тексту листівок та бланку замовлення, твердження *«Главный победитель*»* (участник), *«получение*»*, *«50 000 грн*»*, *«ДОСТАНУТСЯ ВАМ ОБЯЗАТЕЛЬНО!*»* (выигрыш), *«деньги*»* (вручение 50 000 грн), *«гарантирована*»*

(виплата), які підсилюють враження клієнта стосовно отримання ним грошових коштів, позначені «зірочками». В той же час, лише на деяких рекламних листівках дрібним шрифтом розміщено інформацію «*См. условия проведения маркетинговой акции».

Тобто, такий спосіб викладення істотної для клієнтів інформації може ускладнити розуміння та пов'язаність тверджень стосовно гарантованого отримання клієнтом грошових коштів в цих листівках з правилами Акції.

Разом з тим, на відміну від інформації викладеній в рекламних листівках стосовно отримання клієнтом грошових коштів, умовами Акції було передбачене наступне:

1. «Всі запрошені до участі в Акції клієнти є Переможцями (термін «переможець» означає, що даний клієнт обраний Товариством серед інших клієнтів для надсилання Запрошення, при одержанні якого йому надається можливість взяти участь в Акції);»

2. «В рекламно-інформаційних матеріалах терміни «Головний переможець», «Єдиний переможець» є одним із способів проведення маркетингового дослідження і не є критерієм вибору між клієнтами для вручення головного призу».

Отже, правилами акції клієнтам ТОВ «П'яте Авеню» гарантується лише право на участь у розподілі призів за умови придбання та оплати ними продукції з каталогів Товариства, а не гарантовану виплату грошового призу, як зазначено в рекламних листівках.

Слід зазначити, що у витязі з правил Акції, який надсилався клієнтам вказано, що повний текст цих правил знаходиться в мережі Інтернет за посиланням <http://5avenu.com.ua/principle-enactment/act/office2act.html>, що ускладнювало ознайомлення з повними правилами Акції, оскільки не всі клієнти ТОВ «П'яте Авеню» можуть мати доступ до мережі Інтернет.

У зв'язку з цим, розпорядженням адміністративної колегії КМТВ АМКУ від 03.07.2015 № 101/02-рп/к було розпочато розгляд справи за ознаками порушення ТОВ «П'яте Авеню» законодавства про захист від недобросовісної конкуренції.

Відповідно до розпорядження Антимонопольного комітету України від 26.10.2015 № 36-рп з 03 листопада 2015 року функції КМТВ АМКУ, відповідно до Положення про територіальне відділення Антимонопольного комітету України, виконує Київське обласне територіальне відділення Антимонопольного комітету України (далі – Відділення).

В ході розгляду справи № 100-02/07.15 під час всебічного аналізу матеріалів справи та відповідних документів Відділенням встановлено наступне.

ТОВ «П'яте Авеню» поштовим зв'язком надсилало громадянам пакети, які містять, зокрема, каталоги товарів, ціни на які, як правило, вище ринкових, а також містять письмові повідомлення про те, що адресати **можуть отримати** грошовий виграш (приз). При цьому, всі одержувачі таких пакетів оголошуються потенційними переможцями акції.

Проте, розроблені Товариством умови акції, складені таким чином, щоб завідомо ввести громадян в оману шляхом заволодіння їх грошовими коштами.

Відповідно до статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» економічна конкуренція (конкуренція) – це змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку.

Згідно з частиною першою статті 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» недобросовісною конкуренцією є будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності.

Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» визначає правові засади захисту суб'єктів господарювання і споживачів від недобросовісної конкуренції та спрямований на встановлення, розвиток і забезпечення торгових та інших чесних звичаїв ведення конкуренції при здійсненні господарської діяльності в умовах ринкових відносин.

Відповідно до вимог статті 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», поширенням інформації, що вводить в оману, є повідомлення суб'єктом господарювання, безпосередньо або через іншу особу, одній, кільком особам або невизначеному колу осіб, у тому числі в рекламі, неповних, неточних, неправдивих відомостей, зокрема внаслідок обраного способу їх викладення, замовчування окремих фактів чи нечіткості формулювань, що вплинули або можуть вплинути на наміри цих осіб щодо придбання (замовлення) чи реалізації (продажу, поставки, виконання, надання) товарів, робіт, послуг цього суб'єкта господарювання.

Отже, з огляду на конкурентне законодавство, обов'язковою умовою для кваліфікації дій ТОВ «П'яте Авеню», як вчинення порушення, передбаченого статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», є введення в оману споживачів з метою набуття конкурентних переваг на відповідному ринку.

Проте, в діях ТОВ «П'яте Авеню» не спостерігаються наміри щодо здобуття конкурентних переваг у конкуренції, оскільки:

- товари, які ТОВ «П'яте Авеню» пропонує громадянам придбати, Товариством не виробляються, тобто воно не зацікавлено у наданні конкурентних переваг конкретним товарам, а лише пропонує до продажу широкий спектр продукції для змоги покупця самостійно обрати потрібні йому товари;

- ціни на запропоновані товари не підлягають державному регулюванню, отже ТОВ «П'яте Авеню» може самостійно встановлювати будь-який рівень цін на товари, що пропонуються до продажу, якщо на них є попит;

- з огляду на те, що ТОВ «П'яте Авеню» пропонує до продажу товари широкого вжитку (від господарських товарів до косметики та БАДів), не є можливим визначити ринок, на якому діє Товариство;

- ТОВ «П'яте Авеню» позиціонує себе як маркетингову компанію, що вивчає попит на різні товари;

- Товариство не має на меті набуття конкурентних переваг, а його дії завідомо спрямовані на введення громадян в оману шляхом заволодіння грошовими коштами громадян внаслідок придбання товарів із значними націнками з каталогів ТОВ «П'яте Авеню».

Разом з тим, дії ТОВ «П'яте Авеню» щодо залучення громадян до участі в різноманітних акціях, участь в яких передбачає можливість отримання за це грошових призів, не мають конкурентних важелів, тобто характерну для суб'єктів господарювання поведінку, що впливає чи може вплинути на конкуренцію.

Враховуючи ці та інші обставини, дії ТОВ «П'яте Авеню» щодо залучення громадян до участі в різноманітних акціях, участь в яких передбачає **можливість** отримання за це грошових призів, можуть свідчити про наявність ознак злочину в діях Товариства у вигляді заволодіння чужим майном шляхом введення в оману, що також підтверджується неодноразовими зверненнями гр. Мурашової В.М.: *«докладно проаналізувавши надані «документи» (матеріали інформаційно-рекламного характеру я вважаю, що можна зробити висновок про те, що клієнту не буде здійснено жодної виплати, так званого «виграшу», оскільки розроблені організаторами, такої сумнівної акції, умови розіграшів, складені таким чином, аби завідомо уникнути виплати призів та ухилитися від будь-якої відповідальності»* (мова оригіналу), *«ведь эти фирмы два года спокойно продолжают и дальше обманным путем выманивать деньги у клиентов...»* (мова оригіналу) та *«... открыто досудебное расследование № 1201400090006288 от 12.06.2014 по ст. 190 КК Украины мошенничество, по этим фирмам...»* (мова оригіналу).

Відповідно до коментарю до статті 190 Кримінального кодексу України, особливістю шахрайства є те, що воно може бути вчинено як стосовно майна, так і стосовно права на таке майно. Право на майно може бути закріплене у різних документах, наприклад цінних паперах, довіреностях на право розпорядження майном, боргових зобов'язаннях, заповітах тощо. Шахрайство завжди повинно містити в собі прямиї умисел

на заподіяння саме шахрайства, а також мати корисливі мотиви вчинення. Шахрайство — кримінально каране діяння, відповідальність за яке передбачена Кримінальним кодексом України.

Об'єктивна сторона шахрайства полягає у заволодінні майном або придбанні права на майно шляхом обману чи зловживання довірою. В результаті шахрайських дій потерпілий - власник, володілець, особа, у віданні або під охороною якої знаходиться майно, добровільно передає майно або право на майно винній особі. Безпосередня участь потерпілого у передачі майнових благ і добровільність його дій є обов'язковими ознаками шахрайства, які відрізняють його від викрадення майна та інших злочинів проти власності.

Способами вчинення шахрайства є обман та зловживання довірою.

Обман, як спосіб шахрайського заволодіння чужим майном чи придбання права на таке майно полягає у повідомленні потерпілому неправдивих відомостей або приховування певних відомостей, повідомлення яких мало б суттєве значення для поведінки потерпілого, з метою введення в оману потерпілого. Таким чином, обман може мати як активний (повідомлення потерпілому неправдивих відомостей про певні факти, обставини, події), так і пасивний (умисне замовчування юридичне значимої інформації) характер.

Зловживання довірою полягає у недобросовісному використанні довіри. Як шахрайство, вчинене шляхом зловживання довірою, слід розглядати отримання кредиту, попередньої оплати за товари чи виконання робіт (авансу), укладення договору позики, укладення договору прокату тощо без наміру повернути отримані кошти чи інші матеріальні цінності, виконати відповідну роботу, повернути борг чи отримані у користування речі.

Таким чином, дії ТОВ «П'яте Авеню» щодо залучення громадян до участі в акціях (шляхом придбання товарів з каталогів Товариства), які передбачають отримання грошових призів, пропонуючи населенню таким чином «збагатитися», не можуть бути кваліфіковані як порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, оскільки не впливають на умови конкуренції та не надають Товариству конкурентні переваги на відповідному ринку (ринках), проте вищезазначені дії ТОВ «П'яте Авеню» можуть містити ознаки злочину у вигляді заволодіння чужим майном або придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою (шахрайство), визначеного Кримінальним кодексом України.

Враховуючи вищенаведене, в ході розгляду справи № 100-02/07.15 не виявлено обставин, які можуть бути доказами у справі та, відповідно, свідчити про наявність у діях ТОВ «П'яте Авеню» під час поширення в рекламно-інформаційних матеріалах відомостей, які містять неправдиву інформацію про розіграш призів, строки отримання призів, зокрема внаслідок обраного способу їх викладення, ознак порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, передбаченого статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції, у вигляді поширення інформації, що вводить в оману.

Листом від 29.06.2016 № 02-05/2214 копію подання з попередніми висновки у справі № 100-02/07.15 було направлено на юридичну адресу ТОВ «П'яте Авеню» та було повернуто УДППЗ «Укрпошта» до Відділення з позначкою «За закінченням терміну зберігання» 03.08.2016 року.

У зв'язку з вищенаведеним, на підставі абзацу четвертого пункту 26 Правил розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, інформацію щодо попередніх висновків у справі № 100-02/07.15 було розміщено на офіційному веб-сайті Антимонопольного комітету України 03.08.2016 року.

Листом від 12.08.2016 № 02-05/2726 копію подання з попередніми висновки у справі № 100-02/07.15 було направлено Заявнику.

Інформацію про дату, час і місце засідання адміністративної колегії Відділення з питань розгляду справи № 100-02/07.15 було розміщено на офіційному веб-сайті Антимонопольного комітету України 10.08.2016 року.

Станом на дату прийняття рішення будь-яких зауважень чи заперечень щодо змісту подання з попередніми висновками від ТОВ «П'яте Авеню» та Заявника до Відділення не надходило.

Відповідно до абзацу шостого статті 49 Закону України «Про захист економічної конкуренції», розгляд справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції підлягає закриттю без прийняття рішення по суті, якщо, зокрема не доведено вчинення порушення.

Враховуючи наведене та керуючись статтями 7 та 14 Закону України "Про Антимонопольний комітет України", статтею 49 Закону України «Про захист економічної конкуренції», статтями 27 та 30 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», пунктами 3, 11 Положення про територіальне відділення Антимонопольного комітету України, затвердженого розпорядженням Антимонопольного комітету України від 23 лютого 2001 року № 32-р, зареєстрованого у Міністерстві юстиції України від 30 березня 2001 року за № 291/5482 (із змінами), пунктом 36 Правил розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (Правила розгляду справ), затверджених розпорядженням Антимонопольного комітету України від 19 квітня 1994 року № 5, зареєстрованих у Міністерстві юстиції України 6 травня 1994 року за № 90/299 (у редакції розпорядження Антимонопольного комітету України від 29 червня 1998 року № 169-р) (зі змінами), адміністративна колегія Київського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України,

ПОСТАНОВИЛА:

Закрити провадження у справі № 100-02/07.15 без прийняття рішення по суті у зв'язку з не доведенням вчинення товариством з обмеженою відповідальністю «П'яте Авеню» (ідентифікаційний код 38735048) порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції.

Відповідно до частини першої статті 60 Закону України «Про захист економічної конкуренції» рішення органів Антимонопольного комітету України у двомісячний строк з дня одержання може бути оскаржене до господарського суду.

**Голова адміністративної колегії –
голова відділення:**

О. Хмельницький

Члени колегії:/ _____ /
(підпис)**О. Білянський**/ _____ /
(підпис)**Г. Мінченко**/ _____ /
(підпис)**Л. Маракіна**/ _____ /
(підпис)**К. Куракова**/ _____ /
(підпис)**В. Коваленко**/ _____ /
(підпис)**Ю. Москаленко**/ _____ /
(підпис)**Я. Дмитрук****Начальник юридичного відділу**Т. Ключова / _____ /
(підпис)**Секретар колегії:**_____ / _____ /
(підпис)**Виконавець:**Н. Кузьмініх / _____ /
(підпис)