

<...>

<...>

ООО «Битерика Групп»

<...>

РЕШЕНИЕ по делу № 077/05/18-15773/2022 «23» мая 2023 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 № 077/05/18-15773/2022 по признакам нарушения <...>, <...> части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством e-mail-сообщения на электронную почту заявителя <...> от отправителя «Екатерина Станкевич» (адрес электронной почты: <...>) рекламы следующего содержания: «Как вернуть густоту Волос и не стать по пути совсем Лысой. Вы нервничаете и теряете волосы?... ИЛИ не знаете что Шампунь бывает «неправильным»? Приходите на мастер класс, узнаете как быть!», поступившей 12.08.2022 в 21:32, в присутствии представителя <...> (по доверенности), в отсутствие <...> и ООО «Битерика Групп» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-15773/2022 возбуждено в отношении <...><...> на основании заявления физического лица по факту распространения посредством e-mail сообщения на электронную почту заявителя <...> от отправителя «Екатерина Станкевич» (адрес электронной почты: <...>) рекламы следующего содержания: «Как вернуть густоту Волос и не стать по пути совсем Лысой. Вы нервничаете и теряете волосы?... ИЛИ не знаете что Шампунь бывает «неправильным»? Приходите на мастер класс, узнаете как быть!», поступившей 12.08.2022 в 21:32. 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. Поступление указанной рекламы на электронную почту <...> подтверждается представленными в Московское УФАС России скриншотами сообщений, содержащими 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 изображение рекламы, содержащей 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. 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. Резюмируя изложенное, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

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. Исходя из текста сообщений, в которых содержится информация, направленная на привлечение внимания к услугам Екатерины Станкевич, а именно приглашение на мастер-класс по вопросу ухода за волосами, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования. Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на электронную почту <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством e-mail-сообщения; адресована неопределенному

кругу лиц, поскольку из текста информационного 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. Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца электронной почты <...>, согласие на получение рекламы он не давал. Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что реклама, поступившая на электронную почту <...> от отправителя «Екатерина Станкевич» (адрес электронной почты: <...>) рекламы следующего содержания: «Как вернуть густоту Волос и не стать по пути совсем Лысой. Вы нервничаете и теряете волосы?... ИЛИ не знаете что Шампунь бывает «неправильным»? Приходите на мастер класс, узнаете как быть!», поступившей 12.08.2022 в 21:32, была направлена в отсутствие 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 рекламы на электронную почту <...>, посредством e-mail-сообщения, поступившего от отправителя <...>, 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,

рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

Согласно ответу ООО «Регистратор доменных имён РЕГ.РУ» владельцем и администратором домена в сети Интернет по адресу <...> является <...>.

Таким образом, установлено, что использование домена <...> осуществляется <...>

Также, согласно log-файлу установлено, что рассылка рассматриваемого сообщения проходила через Falconsender.ru.

Согласно ответу ООО «Регистратор доменных имен «РЕГ.РУ» домен Falconsender.ru принадлежит <...>

<...> в своих пояснениях отмечает, что письмо, отправленное с доменом <...>, было отправлено пользователем программного обеспечения Falconsender.ru — <...>.

В соответствии со сведениям сайта www.reg.ru/whois администрирование выделенного диапазона IPv4, в частности ip-адреса — 109.248.204.231, осуществляет ООО «Битерика Групп».

ООО «Битерика Групп» сообщило, что занимается продажей хостинга и не имеет отношения к распространению, созданию и размещению рекламы. Также согласно ответу ООО «Регистратор доменных имен «РЕГ.РУ» услуги хостинга для домена <...> не оказываются. Под хостингом понимается услуга по предоставлению ресурсов для размещения информации на сервере, постоянно имеющем доступ к сети (обычно Интернет). Также на заседании Комиссии представителем <...> представлены письменные и устные пояснения, согласно которым <...> не может являться рекламораспространителем на основании следующего. <...> является техническим посредником, предоставляет только доступ к программному обеспечению, которое обеспечивает отправку электронного письма на несколько электронных адресов. Так, согласно пункту 1.3 Лицензионного соглашения (публичная оферта) (далее — Соглашение) программное обеспечение (ПО) – программное обеспечение Лицензиара, доступное для использования в виде веб-сайта, расположенного по адресу <http://falconsender.ru/>, с помощью которого Конечный пользователь осуществляет Электронные рассылки. В соответствии с пунктом 1.10 Соглашения электронная рассылка – массовая доставка сообщений с помощью электронной почты.

Согласно пункту 2.1 Соглашения предметом настоящего Соглашения является передача Лицензиаром неисключительной временной лицензии Лицензиату на использования Сервиса. В соответствии с пунктом 3.1 Соглашения использование Программного обеспечения Конечным пользователем осуществляется посредством Личного Кабинета Автора, в котором Пользователь самостоятельно формирует текст сообщений и поручения на отправку e-mail сообщений Подписчикам в требуемое время. Лицензионное соглашение заключено 27.07.2022 путем акцепта с момента регистрации пользователя на сайте (п. 1.5, 2.2 Соглашения). В связи с чем, рекламораспространителями рекламы являются Пользователь программного обеспечения, которые определяют объект рекламирования, круг получателей рекламы и используют его для распространения рекламы. Более того, пунктом 3.2 Соглашения пользователь обязан формировать поручения на отправку любых типов сообщений только при

наличии согласия на получение таких сообщений со стороны Подписчиков. Пользователь самостоятельно и за свой счет предварительно получает такие согласия, урегулирует претензии любых третьих лиц, в том числе получателей сообщений, органов государственной власти по всем вопросам, вытекающим из нарушения Пользователем условий настоящего Договора. Также пунктом 3.3 Соглашения 3.3 пользователю запрещено осуществлять рассылки сообщений, которые не соответствуют применимому законодательству или законодательству страны Подписчика, в том числе рассылки, содержащие: а) спам; б) недостоверную информацию в) ненормативную лексику; г) вредоносное и нелицензионное ПО; д) призывы к расовой, религиозной, половой дискриминации; е) авторский материал и торговые марки третьих лиц, используемые без разрешения правообладателя; ж) материал порнографического характера; з) рассылка emailписем, содержащих в заголовке и/или составе самого письма предложения по быстрому и легкому заработку в интернете, быстрых и легких денег или финансовых пирамид. Пунктом 4.2.1 Соглашения установлено, что пользователь обязан удалять из базы адресов Подписчиков, отказавшихся получать рассылку и не импортировать их ни в коем случае снова в свои рассылки. В настоящее время пользователь, осуществивший рассылку, заблокирован. Распространение рекламы не является предметом Соглашения, ввиду того что данное программное обеспечение предназначено для формирования и отправки электронных сообщений своим подписчикам (клиентам). Также <...> сообщил, что не участвует в формировании электронных сообщений и согласовании их текстов, не проверяет их содержание, не определяет список получателей сообщений, не контактирует с ними. Пользователь программного обеспечения производит указанные действия самостоятельно, без участия <...> Электронный адрес <...> не принадлежит <...>, в связи с чем, доступ к почтовому ящику у него отсутствует. Более того, рассылка сообщений допускается только с подтвержденного электронного адреса. В связи с вышеизложенным <...> ходатайствует о прекращении производства в отношении <...> Комиссия, изучив представленные пояснения, установила, что кроме представленной позиции в материалы дела не представлено иных документальных доказательств (например, договора, расписки и т. п.) использования «<...>» программного обеспечения, кроме карточки аккаунта, с указанием количества дней — 0. В своих пояснениях <...> сообщает о пользователе <...> с предоставлением только его адреса электронной почты. Каких-либо данных, удостоверяющих личность данного физического лица, включая адрес места жительства или регистрации, <...> не представлено. В этой связи, у Комиссии отсутствуют достаточные основания полагать, что Viktor Basin является реальным физическим лицом, а также лицом, использующим какой-либо адрес электронной почты из представленных (<...> и <...>) и распространившим рассматриваемую рекламу. Кроме того, на заседании Комиссии представитель <...> затруднился пояснить, каким образом указанная в карточке аккаунта почта <...> прошла подтверждение, при условии отсутствия работы хостинга на данном домене. Также представителем <...> не представлено каких-либо пояснений относительно реальной идентификации лица, использующего программное обеспечение помимо указания на добросовестность участников гражданских правоотношений и отсутствия необходимости требования таких данных.

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. Согласно открытым сведениям в сети Интернет falconsender - это сервис email рассылок в Рунете. Так, на рассматриваемом ресурсе размещено соответствующее Соглашение. Исходя из анализа упомянутого Соглашения представляется возможным сделать вывод о том, данное Соглашение является лицензионным договором, в понимании статьи 1235 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ). Так, в соответствии с частью 1 статьи 1235 ГК РФ по лицензионному договору одна сторона - обладатель исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования такого результата или такого средства в предусмотренных договором пределах. Лицензиат может использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации только в пределах тех прав и теми способами, которые предусмотрены лицензионным договором. Право использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, прямо не указанное в лицензионном договоре, не считается предоставленным лицензиату. Таким образом, при принятии данного Соглашения обе стороны в гражданские правоотношения, которые регулируются соответствующим законодательством. 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 делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями. Кроме того, исходя из положений Соглашения, следует, что субъекты приняли на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе, при распространении рекламных сообщений, а также по осуществлению отправки сообщений только тем пользователям, которые выразили свое согласие на их получение. В этой связи действия лиц, участвующих в деле, противоречат ранее приведенным положениям Соглашения и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых услуг, а именно о рассылке сообщений информационного и рекламного характера неопределенному кругу лиц. Обратного ни <...>, ни его представителем не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на <...> не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителю. Более того, в материалы дела не представлено документов подтверждающих, что письма, отправляемые конечным получателям, отправляются действительно при наличии соответствующего согласия, ввиду отсутствия какой-либо соответствующей проверки. 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. Желание лица, участвующего в деле, получать обусловленную Соглашением плату за оказание услуг по передаче сообщений, в том числе рекламного характера, и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче представляет собой исключительное злоупотребление правом, которое в силу части 2 статьи 10 ГК РФ не подлежит защите. Кроме того, согласно части 1 статьи 2 ГК РФ, предпринимательская деятельность направленная на систематическое

извлечение прибыли осуществляется субъектом на свой риск. Право общества на осуществление предпринимательской деятельности не должно нарушать права и интересы лица, не изъявившего желание получать рекламные сообщения. В этой связи, заключив вышеупомянутое Соглашение с пользователем программного обеспечения, <...> принял на себя все обязательства по указанному Соглашению (в том числе по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение) со всеми вытекающими правовыми последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе. На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению сообщения до их конечного получателя осуществлено лицом, участвующими в деле, а также то, что оно было осведомлено относительно специфики работы и предоставлению услуг сервисом falconsender.ru, в данном случае имеются все основания считать <...> рекламодателем в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе. На основании изложенного <...> является рекламодателем рекламы, поступившей на электронную почту <...> от отправителя «Екатерина Станкевич» (адрес электронной почты: <...>) рекламы следующего содержания: «Как вернуть густоту Волос и не стать по пути совсем Лысой. Вы нервничаете и теряете волосы?... ИЛИ не знаете что Шампунь бывает «неправильным»? Приходите на мастер класс, узнаете как быть!», поступившей 12.08.2022 в 21:32, была направлена в отсутствие согласия адресата на ее получение. 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. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу Соглашения. Как установлено выше, лицами, участвующими в деле, осуществляется предпринимательская деятельность по осуществлению рассылок сообщений, в том числе рекламного характера, подпадающих под понятие СПАМ. Осуществление любого рода деятельности с целью извлечения прибыли влечет за собой определенные последствия, включая набор определенных рисков. Субъект договорных отношений, предполагая возможность нарушения контрагентом законодательства Российской Федерации, ответственность за которое будет нести он, может включить в договор условия о компенсации понесенных убытков. Однако, данные положения договора лишь регулируют взаимоотношения между лицами, заключившими такой договора, но не могут влиять на привлечение таких лиц к ответственности за нарушения законодательства Российской Федерации. Таким образом, лицо, участвующие в настоящем деле, в рамках рассмотрения данного дела признается рекламодателем, а равно несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений. Иное фактически выводило бы такого важного участника распространения рекламы по сетям электросвязи как лицо, предоставляющее доступ для использования такой системы, которая создана конкретно для рассылки сообщений, из под обязанности по соблюдению Закона о рекламе лишь на основании наличия Соглашения, в котором отсутствуют какие-либо требования о соблюдении Закона о рекламе каким-либо из участников правоотношений и нежелании нести ответственность за сервис по рассылке сообщений, который априори может использоваться под СПАМ рассылку. Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях <...> установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении e-mail сообщения на электронную

почту заявителя <...> от отправителя «Екатерина Станкевич» (адрес электронной почты: <...>) рекламы следующего содержания: «Как вернуть густоту Волос и не стать по пути совсем Лысой. Вы нервничаете и теряете волосы?... ИЛИ не знаете что Шампунь бывает «неправильным»? Приходите на мастер класс, узнаете как быть!», поступившей 12.08.2022 в 21:32, 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, гражданскоправовых 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 (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 <...> нарушившим часть 1 статьи 18 Закон о рекламе, выразившегося в распространении посредством e-mail сообщения на электронную почту <...> от отправителя «Екатерина Станкевич» (адрес электронной почты: <...>) рекламы следующего содержания: «Как вернуть густоту Волос и не стать по пути совсем Лысой. Вы нервничаете и теряете волосы?... ИЛИ не знаете что Шампунь бывает «неправильным»? Приходите на мастер класс, узнаете как быть!», поступившей 12.08.2022 в 21:32.

2. Выдать <...> предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. В отношении <...> рассмотрение настоящего дела прекратить.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дел об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, по каждому установленному факту нарушения Закона о рекламе. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель комиссии <...> Члены комиссии: <...> <...>