

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-1977/77-18

«26» декабря 2018 года г. Москва

Я, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве <...>, рассмотрев протокол об административном правонарушении от 21.12.2018 и материалы дела № 4-14.3-1977/77-18, возбужденного в отношении должностного лица - директора отдела CRM ООО «Приват Трэйд» <...>, по факту распространения посредством e-mail-сообщений на электронную почту заявителя mmtyurin@gmail.com рекламы следующего содержания:

«Ваша секретная скидка!», поступившей 09.03.2018 в 12:59 с электронного адреса: noreply@em.kupivip.ru;

«Мировые косметические бренды со скидками до 75%!», поступившей 18.03.2018 в 13:00 с электронного адреса: noreply@em.kupivip.ru;

«ШОК-цены на товары с экспресс-доставкой! Скидки до 90%!», поступившей 19.03.2018 в 14:03 с электронного адреса: noreply@em.kupivip.ru с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), выразившимся в распространении рекламы по сетям электросвязи без согласия абонента на получение рекламы, в отсутствие <...>, надлежащим образом извещенной о дате, месте и времени рассмотрения дела об административном правонарушении (до составления протокола об административном правонарушении заявлено письменное ходатайство о рассмотрении дела в ее отсутствие (вх. № 66044-ЭП/18 от 21.12.2018),

УСТАНОВИЛ:

Решением Комиссии Московского УФАС России от 27.09.2018 по делу № 3-18-172/77-18 о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе, в действиях юридического лица - ООО «Приват Трэйд» на основании обращения физического лица (далее - Заявитель) по факту распространения посредством e-mail-сообщения на электронную почту mmtyurin@gmail.com рекламы следующего содержания:

«Ваша секретная скидка!», поступившей 09.03.2018 в 12:59 с электронного адреса: noreply@em.kupivip.ru;

«Мировые косметические бренды со скидками до 75%!», поступившей 18.03.2018 в 13:00 с электронного адреса: noreply@em.kupivip.ru;

«ШОК-цены на товары с экспресс-доставкой! Скидки до 90%!», поступившей 19.03.2018 в 14:03 с электронного адреса: noreply@em.kupivip.ru, установлено нарушение ч 1 ст 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы по сетям

электросвязи без согласия абонента на ее получение.

Поступление указанной рекламы на электронную почту mmtvurin@gmail.com подтверждается представленными в Московское УФАС России скриншотами сообщений содержащими текст рассматриваемых сообщений а также сведения о дате и времени поступления рекламы, ее отправителе и получателе.

Принимая во внимание тот факт, что Заявитель представил в Московское УФАС России изображение рекламы, содержащей полный текст электронного письма, а также сведения о дате и времени поступления рекламы, ее отправителе, получателе, должностное лицо административного органа пришло к выводу о принадлежности электронной почты mmtvurin@gmail.com Заявителю.

Заявитель прямо указал на то, что не давал согласие на получение рекламной рассылки.

Согласно п. 1 ст. 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 ст. 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 диспозитивной ч. 1 ст. 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.

Согласно справке gmail.com, для того, чтобы воспользоваться почтой

gmail.com, а также получить права на использование дополнительных функциональных (программных) возможностей сервиса Google, пользователь должен пройти процедуру регистрации. Для этого пользователю нужно заполнить регистрационную форму в почте или на сервисах gmail.com. В процессе заполнения регистрационной формы пользователь самостоятельно выбирает логин и пароль, необходимые для последующего доступа к электронному почтовому ящику, а также информационные данные, в том числе, номер телефона.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица на восприятие которого направлена распространяемая информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалы дела № 3-18-172/77-18 не представлено доказательств направления спорных e-mail-сообщений исключительно по адресам заявителя.

Согласно п. 2 ст. 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 п. 3 ст. 3 Закона о рекламе под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа и услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из текста сообщений, в которых содержатся предложения по приобретению товаров со скидкой, Московское УФАС России приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространяемая посредством отправки на электронный адрес Заявителя, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством e-mail-сообщений; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационных сообщений не представляется возможным установить, для кого именно созданы данные сообщения и на восприятие кого они направлены; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В соответствии с ч. 1 ст. 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 распространённой 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 п. 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.

Также согласие должно носить явно выраженный характер и не может быть выполнено в форме согласия на получение какой-либо иной информации.

Представляется, что при регистрации на сайте, однозначно идентифицировать лицо, осуществляющее регистрацию, и, как следствие, дающее согласие на получение рекламной информации (путем проставления «галочки»), не представляется возможным. Таким образом, сам по себе факт регистрации на сайте не является свидетельством надлежащего согласия гражданина на получение рекламных сообщений.

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

В настоящем случае отсутствует выражение согласия абонента именно на получение рекламы, в том числе, от конкретного рекламодателя.

Так, ООО «Приват Трэйд» представлены в материалы дела № 3-18-172/77-18 скриншоты загрузки из системы KUPVIP.RU, в которых, по мнению Общества, Заявитель дал свое согласие на получение рекламы.

Между тем, из представленных скриншотов невозможно сделать вывод о том, когда именно заявитель подписался на распространение рекламы, так как на представленных скриншотах отсутствует дата (время) заполнения заявителем указанной формы.

Более того, ООО «Приват Трэйд» указало, что при покупке товаров в интернет-магазине KUPVIP.RU клиент соглашается с офертой, в которой вписано согласие на распространение рекламы от ООО «Приват Трэйд» либо от привлеченных им для исполнения обязательств перед клиентами третьих лиц.

Данный вывод подтверждается п. 1 и 8 Условий продажи товаров KUPVIP.RU (далее - Условия), где, регистрируясь на сайте клиент дает согласие на получение от ООО «Приват Трэйд» либо от привлеченных им для исполнения обязательств перед клиентами третьих лиц рассылок рекламно-информационного характера.

Оценивая Условия, следует признать, что их положения в принципе не оставляют пользователю права выбора на получение либо отказ от получения рекламы ввиду отсутствия в нем соответствующей графы для заполнения.

Исходя из вышеизложенного при регистрации на сайте принимая вышеуказанные Условия пользователь фактически лишен возможности отказаться от распространения в его адрес рекламы.

Таким образом, по мнению Московского УФАС России, включение

обязательного условия о даче согласия на получение рекламы при регистрации на сайте, противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Таким образом, в настоящем случае отсутствует выраженное согласие адресата именно на получение рекламы, в том числе, от конкретного рекламодателя-распространителя.

Согласно материалам дела № 3-18-172/77-18, администратором (владельцем) домена kurivip.ru является ООО «Приват Трэйд».

Положения ст. 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» устанавливают, что сайтом в сети «Интернет» является совокупность программ для электронных вычислительных машин и иной информации, содержащейся в информационной системе, доступ к которой обеспечивается через сеть «Интернет» по доменным именам и (или) по сетевым адресам, позволяющим идентифицировать сайты в сети «Интернет». Доменным именем является обозначение символами, предназначенное для адресации сайтов в сети «Интернет» в целях обеспечения доступа к информации, размещенной в сети «Интернет». Владелец сайта в сети «Интернет» — это лицо, самостоятельно и по своему усмотрению определяющее порядок использования сайта в сети «Интернет», в том числе порядок размещения информации на таком сайте.

Согласно ст. 309 Гражданского кодекса Российской Федерации, 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.

ООО «Приват Трэйд» в настоящем случае не предприняло достаточных мер направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

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

Таким образом, распространение указанной рекламы поступившей 09.03.2018 в 12:59, 18.03.2018 в 13:00, 19.03.2018 в 14:03 от отправителя poreply@em.kurivip.ru на электронную почту заявителя mmtvuirin@gmail.com с нарушением ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

В соответствии с ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований установленных ст. 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель-распространитель.

В силу п. 7 ст. 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.

На основании изложенного ООО «Приват Трэйд» является рекламодателем рассматриваемой рекламы, что подтверждается материалами дела.

Установлено, что ООО «Приват Трэйд» осуществило

распространение рассматриваемой рекламы на электронную почту mmtv.irin@gmail.com, посредством e-mail-сообщений от отправителя KUPIVIP.RU.

Таким образом, ООО «Приват Трэйд» признается рекламодателем, а равно несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

Ответственность за невыполнение требований установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее - КоАП РФ).

В соответствии с ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 настоящей статьи, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, - влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

В соответствии с ч. 1 ст. 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое КоАП РФ или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Согласно ч. 3 ст. 2.1 КоАП РФ, назначение административного наказания юридическому лицу не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к административной или уголовной ответственности физического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо.

В соответствии со ст. 2.4 КоАП РФ, административной ответственности подлежит должностное лицо в случае совершения им административного правонарушения, в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей. Совершившие административные правонарушения в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций руководители и другие работники организаций несут административную ответственность как должностные лица.

В соответствии с документами, представленными ООО «Приват Трэйд» в материалы дела № 3-18-172/77-18, должностным лицом ответственным за нарушение ООО «Приват Трэйл» требований установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, является директор отдела CRM¹ ООО «Приват Трэйд» <...>.

Согласно приказу руководителя ООО «Приват Трэйл» от 01.08.2017 № 213/004-к <...> состоит в должности директора отдела CRM.

В соответствии с разделом 2 Должностной инструкции директора CRM № 01/01/02-07 от 02.02.2018 < > обеспечивает развитие CRM-направления и рост активности клиентской базы, формирование сегментации клиентской базы. В соответствии с разделом 4 указанной должностной инструкции, <...> несет ответственность за нарушения, допущенные в процессе осуществления своей деятельности - в

пределах, определенных действующим административным, уголовным и гражданским законодательством Российской Федерации; за нарушение требований информационной безопасности; за нарушение требований защиты сведений, относящихся к персональным данным.

На основании изложенного, установлено, что должностным лицом, ответственным за нарушение ООО «Приват Трэйд» требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, является <...>.

Виновные действия директора отдела CRM ООО «Приват Трэйд» <...> состоят в распространении посредством e-mail-сообщений на электронную почту mmtyurin@gmail.com рекламы следующего содержания: «Ваша секретная скидка!», поступившей 09.03.2018 в 12:59 с электронного адреса: noreply@em.kupivip.ru; «Мировые косметические бренды со скидками до 75%!», поступившей 18.03.2018 в 13:00 с электронного адреса: noreply@em.kupivip.ru; «ШОК-цены на товары с экспресс-доставкой! Скидки до 90%!», поступившей 19.03.2018 в 14:03 с электронного адреса: noreply@em.kupivip.ru, без предварительного согласия абонента на ее получение, с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Доказательств, свидетельствующих о принятии <...> каких-либо мер по соблюдению законодательства Российской Федерации в сфере рекламы в данной части, не представлено.

Вина <...> в совершении административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, доказана.

Место совершения административного правонарушения - г. Москва.

Время совершения административного правонарушения - дата поступления на электронный адрес mmtyurin@gmail.ru вышеуказанной рекламы - 09.03.2018, 18.03.2018, 19.03.2018.

Обстоятельств, отягчающих административную ответственность, смягчающих административную ответственность <...>, не установлено.

Обстоятельств, свидетельствующих о малозначительности допущенного административного правонарушения, должностным лицом административного органа не установлено.

Таким образом штраф, подлежащий взысканию, составляет 4 000,00 рублей.

Руководствуясь ст.-ст. 33, 38 Закона о рекламе, ст.-ст. 4.1, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать должностное лицо - директора отдела CRM ООО «Приват Трэйд» <...> виновной в совершении правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

2. Назначить должностному лицу - директору отдела CRM ООО «Приват Трэйд» <...> наказание в виде административного штрафа в размере - **4 000,00 (Четырех тысяч рублей 00 копеек) рублей.**

В соответствии с ч. 5 ст. 3.5 КоАП РФ сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Согласно ч. 1 ст. 32.2 КоАП РФ административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее **60 дней** со дня вступления постановления о наложении штрафа в законную силу либо со дня истечения срока рассрочки, предусмотренных ст. 31.5 КоАП РФ.

В силу указанных положений КоАП РФ лицо, привлеченное к административной ответственности, обязано исполнить обязательство по уплате штрафа за совершенное правонарушение **самостоятельно**.

Законодательством Российской Федерации не установлена возможность уплаты **неналоговых платежей** иным лицом за лицо, в обязанность которого входит уплата данных платежей.

В соответствии со ст. 160.1 Бюджетного кодекса Российской Федерации администратор доходов бюджета осуществляет бюджетные полномочия по начислению, учету и контролю за правильностью исчисления, полнотой и своевременностью осуществления платежей в бюджет, пеней и штрафов по ним, а также принимает решение о возврате излишне уплаченных (взысканных) платежей в бюджет, пеней и штрафов, и представляет поручение в орган Федерального казначейства для осуществления возврата в порядке, установленном Министерством финансов Российской Федерации.

На основании вышеизложенного, в случае уплаты административного штрафа не являющимся обязанным в соответствии с настоящим постановлением уплатить штраф лицом, Московским УФАС России будет осуществлен возврат указанного платежа плательщику как излишне уплаченных (взысканных) платежей в бюджет.

В соответствии с ч. 5 ст. 32.2 КоАП РФ, при отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, и информации об уплате административного штрафа в Государственной информационной системе о государственных и муниципальных платежах, по истечении срока, указанного в ч. 1 настоящей статьи, судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, направляют в течение десяти суток постановление о наложении административного штрафа с отметкой о его неуплате судебному приставу-исполнителю для исполнения в порядке, предусмотренном федеральным законодательством.

В соответствии с ч. 5 ст. 3.5 КоАП РФ, сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Суммы штрафов, уплаченных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, зачисляются в соответствующие бюджеты в соотношении:

- 40% в Федеральный бюджет;
- 60% в бюджет субъекта Российской Федерации, на территории которого зарегистрировано привлекаемое к административной ответственности лицо, перечислением через банк, обслуживающий хозяйствующий субъект.

Реквизиты для уплаты административных штрафов, предусмотренных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе

(квитанция прилагается):

Получатель:	УФК по г. Москве (для Московского УФАС России, л/с 04731324890) ИНН/КПП: 7706096339 / 770101001
Банк получателя:	ГУ Банка России по ЦФО р/с 40101810045250010041 БИК 044525000 ОКТМО: 45375000 КБК 161 1 16 26000 01 6000140
Назначение платежа:	Административный штраф, зачисляемый в федеральный бюджет по делу № 4-14.3-1977/77- 18

Согласно ч. 1 ст. 20.25 КоАП РФ, неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа.

В соответствии с ч. 3 ст. 30.1 и ч. 1 ст. 30.3 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в районном суде в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

В соответствии с п. 1 ст. 31.1 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении вступает в законную силу после истечения срока, установленного для обжалования постановления по делу об административном правонарушении, если указанное постановление не было обжаловано или опротестовано.

Приложение: квитанция на 1 листе.

Заместитель руководителя <...>

1 Customer Relationship Management