

ИГ/2666/18(1) от 19.01.2018

ООО «Купишуз»

Летниковская ул., д. 10, стр. 5,
г. Москва, 115114

Варшавское ш., д. 9, стр. 1Б,
г. Москва, 117105

РЕШЕНИЕ
по делу № 3-18-180/77-17

«30» ноября 2017 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 № 3-18-180/77-17, возбужденное в отношении ООО «Купишуз» по факту распространения посредством e-mail-сообщения на электронную почту <...>, рекламы следующего содержания:

— «Только для читателей рассылки! 40 % ДОПОЛНИТЕЛЬНО на товары данной акции...», поступившей 17.05.2017 в 15:37 с электронного адреса newsletter@info.lamoda.ru;

— «25 % дополнительно на последний товар...», поступившей 20.05.2017 в 15:58 с электронного адреса newsletter@info.lamoda.ru;

— «40 % ДОПОЛНИТЕЛЬНО на товары данной акции...», поступившей 23.05.2017 в 13:02 с электронного адреса confirmation@info.lamoda.ru;

— «40% дополнительная скидка Максимальная выгода!», поступившей 24.05.2017 в 13:00 с электронного адреса newsletter@info.lamoda.ru;

— «Выгода для всех. Подарите скидку 15% друзьям и получите кэшбек 15% от суммы их покупок», поступившей 19.07.2017 в 16:19 с электронного

адреса newsletter@info.lamoda.ru;

— «Summer sale до 70% + до 40% по промокоду», поступившей 19.07.2017 в 17:41 с электронного адреса newsletter@info.lamoda.ru, 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 надлежащего согласия адресата на получение рекламы.

в присутствии представителей ООО «Купишуз» в лице: <...>, (по доверенности б/н от 29.11.2017), <...>, (по доверенности б/н от 29.11.2017),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-180/77-17 возбуждено в отношении ООО «Купишуз» на основании заявления физического лица относительно распространения посредством e-mail-сообщений на электронную почту <...>, рекламы следующего содержания:

— «Только для читателей рассылки! 40 % ДОПОЛНИТЕЛЬНО на товары данной акции...», поступившей 17.05.2017 в 15:37 с электронного адреса newsletter@info.lamoda.ru;

— «25 % дополнительно на последний товар...», поступившей 20.05.2017 в 15:58 с электронного адреса newsletter@info.lamoda.ru;

— «40 % ДОПОЛНИТЕЛЬНО на товары данной акции...», поступившей 23.05.2017 в 13:02 с электронного адреса confirmation@info.lamoda.ru;

— «40% дополнительная скидка Максимальная выгода!», поступившей 24.05.2017 в 13:00 с электронного адреса newsletter@info.lamoda.ru;

— «Выгода для всех. Подарите скидку 15% друзьям и получите кэшбек 15% от суммы их покупок», поступившей 19.07.2017 в 16:19 с электронного адреса newsletter@info.lamoda.ru;

— «Summer sale до 70% + до 40% по промокоду», поступившей 19.07.2017 в 17:41 с электронного адреса newsletter@info.lamoda.ru.

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 «Купишуз» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 09.12.2010 за основным государственным регистрационным номером 5107746007628, ИНН 7705935687, КПП 772601001.

Согласно материалам дела № 3-18-180/77-17 на электронную почту <...>, посредством e-mail-сообщений, поступивших: 17.05.2017 в 15:37, 20.05.2017 в 15:58, 23.05.2017 в 13:02, 24.05.2017 в 13:00, 19.07.2017 в 17:41, в 16:19, от

отправителей newsletter@info.lamoda.ru, confirmation@info.lamoda.ru, поступила спорная реклама.

Поступление указанной рекламы на электронную почту <...>, подтверждается представленными в Московское УФАС России скриншотами сообщений, содержащие текст рассматриваемых сообщений, а также сведения о дате и времени поступления рекламы, ее отправителе и получателе.

Принимая во внимание тот факт, что <...>, 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 <...>.

В письменных пояснениях <...>, прямо указал на то, что не давал согласия на получение рекламной рассылки. Однако заявителю поступили e-mail-сообщения рекламного характера от 17.05.2017, 20.05.2017, 23.05.2017, 24.05.2017, 19.07.2017 на электронную почту <...>. Между тем, заявитель письмом от 22.05.2017 направил в адрес ООО «Ламода» и ООО «Купишуз» отказ от получения рекламных сообщений, что подтверждается копиями писем с отметкой о получении от 22.05.2017 и 23.05.2017, приложенной заявителем.

Более того, ООО «Купишуз» сообщило, что заявитель был исключен из списка получателей рекламных материалов, но 19.07.2017 заявителю вновь поступили рекламные сообщения.

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.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная 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 не представлено доказательств направления спорных e-mail-сообщений исключительно по адресам одного заявителя.

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 содержатся предложения по приобретению товаров со скидкой, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная 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 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 рекламодателя.

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.

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 адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

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

Согласие заявителя на получение рекламы ООО «Купишуз» не представило.

Согласно представленным ООО «Купишуз» сведениям, администратором (владельцем) домена lamoda.ru является ООО «Купишуз».

Положения статьи 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 статье 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 «Купишуз» в настоящем случае не предприняло достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

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

Таким образом, распространение указанной рекламы, поступившей: 17.05.2017 в 15:37, 20.05.2017 в 15:58, 23.05.2017 в 13:02, 24.05.2017 в 13:00, 19.07.2017 в 17:41, в 16:19, от отправителей newsletter@info.lamoda.ru, confirmation@info.lamoda.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 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, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

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

В соответствии с документами и сведениями, представленными ООО «Купишуз», рассматриваемая реклама распространялась на основании договора о предоставлении услуг по рассылке по электронной почте, заключенного между ООО «Купишуз» и Experian Deutschland GmbH.

В соответствии с условиями указанного договора ООО «Купишуз» несет ответственность за содержание электронных сообщений, их обращение и обработку всех запросов.

Таким образом, условия Договора предполагают самостоятельное использование ООО «Купишуз» сервиса Experian Deutschland GmbH и осуществление рассылки электронных сообщений и их содержания по собственной базе адресов, создаваемой ООО «Купишуз». Experian Deutschland GmbH предоставляет техническую возможность ООО «Купишуз» в использовании данного сервиса для формирования базы данных и распространения рекламной информации на электронные адреса клиентов.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ООО «Купишуз» осуществило распространение рассматриваемой рекламы на электронную

почту <...>, посредством e-mail-сообщений, от отправителей newsletter@info.lamoda.ru, confirmation@info.lamoda.ru.

Таким образом, лицо, участвующее в настоящем деле, признается рекламодателем, а равно несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

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 «Купишуз» не представлено.

Резюмируя изложенное, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Купишуз» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы, поступившей: 17.05.2017 в 15:37, 20.05.2017 в 15:58, 23.05.2017 в 13:02, 24.05.2017 в 13:00, 19.07.2017 в 17:41, в 16:19, от отправителей newsletter@info.lamoda.ru, confirmation@info.lamoda.ru, на электронную почту <...>, без предварительного согласия адресата на ее получение.

В материалах дела представлены доказательства, свидетельствующие о прекращении распространения указанной рекламы ООО «Купишуз», а именно скриншот блокировки на отправку рекламной рассылки на электронную почту mmtuyurin@gmail.com.

ООО «Купишуз» представило сведения, согласно которым электронный адрес mmtuyurin@gmail.com исключен из базы данных Общества.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу об отсутствии необходимости выдачи ООО «Купишуз» 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 «Купишуз» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении рекламы, поступившей: 17.05.2017 в 15:37, 20.05.2017 в 15:58, 23.05.2017 в 13:02, 24.05.2017 в 13:00, 19.07.2017 в 17:41, в 16:19, от отправителей newsletter@info.lamoda.ru, confirmation@info.lamoda.ru, на электронную почту <...>, без предварительного согласия адресата на ее получение.

2. Не выдавать ООО «Купишуз» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии <...>,

Члены Комиссии <...>,

<...>,

Исполнитель: <...>,