

ООО «Приват Трейд»

Михайловский пр., д. 1, стр. 1,
г. Москва, 109029

info@kupivip.ru

РЕШЕНИЕ
по делу № 3-18-172/77-18

«27» сентября 2018 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 № 3-18-172/77-18, возбужденное в отношении ООО «Приват Трейд» (ОГРН 1087746760397, ИНН 7706692532) по факту распространения посредством e-mail-сообщений на электронную почту заявителя <...> рекламы следующего содержания:

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

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

«ШОК-цены на товары с экспресс-доставкой! Скидки до 90%!», поступившей 19.03.2017 в 14:03 с электронного адреса: poreply@em.kupivip.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 согласия адресата на получение рекламы.

в присутствии представителя ООО «Приват Трейд» в лице
(по доверенности № <...>),

<...>

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-172/77-18 возбуждено в отношении ООО «Приват Трейд» на основании заявления физического лица относительно распространения посредством e-mail-сообщений на электронную почту заявителя <...> рекламы следующего содержания:

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

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

«ШОК-цены на товары с экспресс-доставкой! Скидки до 90%!», поступившей 19.03.2017 в 14:03 с электронного адреса: poreply@em.kupivip.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 «Приват Трейд» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 19.06.2008 за основным государственным регистрационным номером 1087746760397, ИНН 7706692532, КПП 772201001.

Согласно материалам дела № 3-18-172/77-18 на электронную почту <...>, посредством e-mail-сообщений, поступивших: 09.03.2018 в 12:59, 18.03.2018 в 13:00, 19.03.2017 в 14:03 от отправителя poreply@em.kupivip.ru, поступила спорная реклама.

Поступление указанной рекламы на электронную почту <...> 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 <...> представил в Московское УФАС России изображение рекламы, содержащей полный текст электронного письма, а также сведения о дате и времени поступления рекламы, ее отправителе, получателе, специалисты отдела приходят в выводу о принадлежности электронной почты <...> заявителю <...>.

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

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.

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 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 рекламораспространителя.

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 абонента именно на получение рекламы, в том числе, от конкретного рекламодателя.

Так, ООО «Приват Трейд» представлены в материалы дела скриншоты выгрузки 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 Трейд» указало, что при покупке товаров в интернет-магазине KUPVIP.RU клиент соглашается с офертой, в которой вписано согласие на распространение рекламы от ООО «Приват Трейд» либо от привлеченных им для исполнения обязательств перед клиентами третьих лиц.

Данный довод подтверждается пунктом 1 части 8 Условий продажи товаров KUPVIP.RU (далее — Условия), где регистрируясь на сайте, клиент дает согласие на получение от ООО «Приват Трейд» либо от привлеченных им для исполнения обязательств перед клиентами третьих лиц рассылок рекламной информации.

Кроме того, 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 Комиссии 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.

Согласно представленным ООО «Приват Трейд» сведениям, администратором (владельцем) домена kupvip.ru является ООО «Приват Трейд».

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 «Приват Трейд» 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: 09.03.2018 в 12:59, 18.03.2018 в 13:00, 19.03.2017 в 14:03 от отправителя po-reply@em.kurivip.ru на электронную почту заявителя <...>, 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 «Приват Трейд» является рекламодателем рассматриваемой рекламы, что подтверждается материалами дела.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ООО «Приват Трейд» осуществило распространение рассматриваемой рекламы на электронную почту <...>, посредством e-mail-сообщений, от отправителя KURIVIP.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 «Приват Трейд» не представлено.

Резюмируя изложенное, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Приват Трейд» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении посредством e-mail-сообщений на электронную почту заявителя <...> 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 19.03.2017 в 14:03 с электронного адреса: noreply@em.kupivip.ru, без предварительного согласия абонента на ее получение.

В материалах дела представлены доказательства, свидетельствующие о прекращении распространения указанной рекламы ООО «Приват Трейд», а именно скриншот блокировки на отправку рекламной рассылки на электронную почту <...>.

ООО «Приват Трейд» представило сведения, согласно которым электронный адрес <...> исключен из базы данных Общества.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу об отсутствии необходимости выдачи ООО «Приват Трейд» 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 «Приват Трейд» (ОГРН 1087746760397, ИНН 7706692532) нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством e-mail-сообщений на электронную почту заявителя <...> 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 19.03.2017 в 14:03 с электронного адреса: noreply@em.kupivip.ru,

без предварительного согласия абонента на ее получение.

2. Не выдавать ООО «Приват Трейд» 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: <...>