

ИГ/50327/18 от 19.10.2018

ООО «Купишуз»

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

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

ООО «ФрииЭтЛаст»

Красина ул., д. 13,
г. Москва, 123056

support@flocktory.com

РЕШЕНИЕ

по делу № 3-18-92/77-18

«30» августа 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 № 3-18-92/77-18, возбужденное в отношении ООО «Купишуз» по факту распространения посредством e-mail-сообщения на электронную почту заявителя <...> рекламы следующего содержания: «Михаил, вы хотите получить скидку 1200 рублей на следующую покупку?», поступившей 28.11.2017 в 17:53 с электронного адреса: lamoda.ru@flocktory.com, 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 31.07.2018), <...> (по доверенности б/н от 31.07.2018), ООО «ФрииЭтЛаст» в лице К<...>(по доверенности <...> от 06.02.2018),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-92/77-18 возбуждено в отношении ООО «Купишуз» на основании заявления физического лица относительно распространения посредством e-mail-сообщения на электронную почту <...> <...> рекламы следующего содержания: «Михаил, вы хотите получить скидку 1200 рублей на следующую покупку?», поступившей 28.11.2017 в 17:53 с электронного адреса: lamoda.ru@flocktory.com.

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.

ООО «ФрииЭтЛаст» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 27.04.2012 за основным государственным регистрационным номером 1127746335530, ИНН 7703767395, КПП 770301001.

Согласно материалам дела № 3-18-92/77-18 на электронную почту <...> <...>, посредством e-mail-сообщения, поступившего 28.11.2017 в 17:53 от отправителя lamoda.ru@flocktory.com, поступила спорная реклама.

Поступление указанной рекламы на электронную почту <...> подтверждается представленными в Московское УФАС России скриншотами сообщения, содержащие текст рассматриваемого сообщения, 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 <...> <...>

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 материалы дела не представлено доказательств направления спорных e-mail-сообщений исключительно по адресам одного заявителя.

В тексте рекламы присутствует имя лица, на восприятие которого направлена распространенная информация.

Однако Комиссия приходит к выводу, что обращение к адресату в данном случае не является фактором, определенно идентифицирующим получателя распространяемой информации. Подобное обращение к потенциальному клиенту является нормальным общепринятым поведением в обществе, соответствующим правилам обычного и делового этикета и лишь свидетельствует о клиентоориентированной направленности деятельности рекламораспространителя при продвижении своей продукции на рынке.

При этом в случае направления посредством e-mail-сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение (упоминание имени адресата), представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

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 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 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.

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 рекламораспространителя.

Так, ООО «Купишуз» представлены в материалы дела скриншоты выгрузки из системы заказов, в которых, по мнению Общества, заявитель самостоятельно поставил галочку в графе «Подписаться на новости и скидки» при оформлении заказа на сайте lamoda.ru.

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, согласно Протоколу заседания Комиссии по рассмотрению настоящего дела от 30.08.2018, представителем ООО «Купишуз» было указано, что в Системе Flocktory (далее — Система) отсутствует информация о согласии абонента за прошлый период (2017 год).

Также заявитель прямо указал в своем заявлении, что убрал «галочку» напротив графы «Подписаться на новости и скидки».

Согласно письменным пояснениям ООО «Купишуз», Система хранит данные лишь о первичной подписке и о текущем статусе подписки. Таким образом, если клиент в течение периода с даты первой подписки менял свой статус несколько раз, такие данные в системе не отражаются и не хранятся, поскольку в них нет необходимости для коммерческой цели компании.

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

Согласно представленным ООО «Купишуз» сведениям, администратором (владельцем) домена lamoda.ru является ООО «Купишуз». Домен lamoda.ru@flocktory.com принадлежит ООО «ФрииЭтЛаст». Вместе с тем указанное доменное имя используется при рассылке сообщений через Личный кабинет Системы ООО «ФрииЭтЛаст».

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» и ООО «ФрииЭтЛаст» в настоящем случае не предприняли 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 28.11.2017 в 17:53 с электронного адреса: lamoda.ru@flocktory.com, 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.

Так, в соответствии с документами и сведениями, рассматриваемая реклама распространялась на основании договорных отношений между ООО «Купишуз» и ООО «ФрииЭтЛаст».

В соответствии с пунктом 2.1 Партнерского договора № 123 от 10.12.2012 о предоставлении доступа к системе Flocktory (далее — Договор 1), ООО «ФрииЭтЛаст», являясь владельцем, разработчиком и обладателем исключительных прав на Систему, предоставляет ООО «Купишуз» на условиях Договора право доступа к Системе, по технологии SaaS, за вознаграждение, уплачиваемое ООО «Купишуз», в оговоренных пределах и способах.

Пункт 3.2.3 Договора 1, указывает, что ООО «ФрииЭтЛаст» имеет право обрабатывать данные о клиентах ООО «Купишуз», в том числе конфиденциальные, персональные данные физических лиц клиентов ООО «Купишуз», способами, указанными в пункте 7 Договора 1.

В соответствии с пунктом 3.3.4 Договора 1, в случае, если клиент ООО «Купишуз» является физическим лицом, то ООО «Купишуз» ответственно за получение письменного согласия клиента ООО «Купишуз» на обработку ООО «Купишуз» и передачу ООО «ФрииЭтЛаст» для обработки персональных данных такого клиента ООО «ФрииЭтЛаст»: ФИО, почтовый адрес, номер

телефона/факса, адрес электронной почты, наименование приобретаемого товара/услуги и их стоимость, если получение такого согласия от физического лица требуется в соответствии с законодательством.

Таким образом, ООО «ФрииЭтЛаст» и ООО «Купишуз» имеют доступ к личному кабинету, в котором хранятся все данные о пользователях и доступны им в любой момент.

Согласно пункту 1.1 договора № 2310 на размещение рекламы от 27.02.2018 (далее — Договор 2), ООО «Купишуз» обязуется по заданию ООО «ФрииЭтЛаст» оказывать рекламные услуги, а ООО «ФрииЭтЛаст» обязуется принимать и оплачивать услуги на условиях Договора.

В соответствии с пунктом 2.1.1 Договора 2, ООО «ФрииЭтЛаст» обязано предоставлять ООО «Купишуз» по электронной почте или иными согласованными сторонами способами для размещения на ресурсе рекламы, соответствующей техническим требованиям ООО «Купишуз», а также требованиям законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе, защите конкуренции, защите прав потребителей, интеллектуальной собственности, не позднее, чем за 3 рабочих дня до планируемой даты начала размещения рекламы.

Согласно пунктам 2.4.1, 2.4.2 Договора 2, ООО «Купишуз» имеет право не принимать к размещению рекламу, если она не соответствует техническим требованиям и/или требованиям законодательства Российской Федерации, в том числе Закону о рекламе. По своему усмотрению, как выборочно, так и в полном объеме, до начала размещения рекламы или в любой момент после размещения рекламы, проверять ее на соответствие в том числе требованиям законодательства Российской Федерации. Так, ООО «Купишуз» вправе приостановить размещение рекламы до устранения нарушения.

Исходя из анализа упомянутых положений договора представляется возможным сделать вывод о том, что распространение рассматриваемой рекламы осуществляется последовательно от ООО «Купишуз» к ООО «ФрииЭтЛаст», в целях непосредственного доведения такой рекламы до их конечных получателей.

Таким образом, каждое лицо, участвующее в деле, является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи рекламной информации конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанной рекламы невозможным.

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.

ООО «Купишуз» и ООО «ФрииЭтЛаст» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, исходя из положений договоров, следует, что субъекты

приняли на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе, при распространении рассматриваемой рекламы.

В этой связи действия лиц, участвующих в деле, противоречат ранее приведенным положениям договора и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о распространении рекламы неопределенному кругу лиц.

Обратного ООО «Купишуз» и ООО «ФрииЭтЛаст» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям.

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 распространении рекламы, на всех этапах распространения.

Желание лиц, участвующих в деле, получать обусловленную договором плату за оказание услуг по распространению рекламы в Системе, и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе представляет собой исключительное злоупотребление правом, которое в силу части 2 статьи 10 ГК РФ не подлежит защите.

Кроме того, согласно части 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, 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 вышеупомянутые договоры, ООО «Купишуз» и ООО «ФрииЭтЛаст» приняли на себя все обязательства 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 рекламы до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно передаваемой рекламной информации и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ООО «Купишуз» и ООО «ФрииЭтЛаст» рекламораспространителями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

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

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России

приходит к выводу, что в настоящем случае ООО «Купишуз» и ООО «ФрииЭтЛаст» совершили определенную совокупность действий по доведению рассматриваемой рекламы до неопределенного круга лиц, а равно являются рекламодателями.

Таким образом, рекламодателями рассматриваемой рекламы является и ООО «Купишуз» и ООО «ФрииЭтЛаст»

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», ООО «ФрииЭтЛаст» не представлено.

Резюмируя изложенное, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Купишуз», ООО «ФрииЭтЛаст» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении посредством e-mail-сообщения на электронную почту заявителя <...> рекламы следующего содержания: «Михаил, вы хотите получить скидку 1200 рублей на следующую покупку?», поступившей 28.11.2017 в 17:53 с электронного адреса: lamoda.ru@flocktory.com, без предварительного согласия адресата на ее получение.

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

В материалы дела представлены 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 «Купишуз», ООО «ФрииЭтЛаст» предписаний 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», ООО «ФрииЭтЛаст» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении рекламы по сетям электросвязи посредством e-mail-сообщения на электронную почту заявителя <...> следующего содержания: «Михаил, вы хотите получить скидку 1200 рублей на следующую покупку?», поступившей 28.11.2017 в 17:53 с электронного адреса: lamoda.ru@flocktory.com.

2. Не выдавать ООО «Купишуз», ООО «ФрииЭтЛаст» 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: <...>