

АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ»

Столешников пер., д. 11,
г. Москва, 107031

Пересветов пер., д. 8,
г. Москва, 115280

hr@ldb.ru

РЕШЕНИЕ

«21» марта 2017 г.

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) в составе:

председателя Комиссии – <...>,
членов Комиссии – <...>, <...>, <...>,

рассмотрев дело № 3-18-71/77-17, возбужденное по факту распространения рекламы на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщений следующего содержания:

«Счастливые дни в ИЛЬ ДЕ БОТЭ! Счастливые дни 9-10 декабря в подарок подарочная карта ИЛЬ ДЕ БОТЭ на 555 руб. и экспресс-макияж от CLARINS...», поступившей 09.12.2016 в 0:15 с электронного адреса: robot@lists.iledebeaute.ru, отправитель: ИЛЬ ДЕ БОТЭ;

«Дни марок в ИЛЬ ДЕ БОТЭ! С 19 по 27 декабря ДНИ МАРОК 555 рублей в подарок при покупке любой продукции одной из марок...», поступившей 18.12.2016 в 19:25 с электронного адреса: robot@lists.iledebeaute.ru, отправитель: ИЛЬ ДЕ БОТЭ,

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 абонента на получение рекламы,

в присутствии представителей АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» в лице <...>, <...> (по доверенности № <...> от <...>),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-71/77-17 возбуждено в отношении АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» на основании заявления <...> по факту распространения рекламы на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщений следующего содержания:

«Счастливые дни в ИЛЬ ДЕ БОТЭ! Счастливые дни 9-10 декабря в подарок подарочная карта ИЛЬ ДЕ БОТЭ на 555 руб. и экспресс-макияж от CLARINS...», поступившей 09.12.2016 в 0:15 с электронного адреса: robot@lists.iledebeaute.ru, отправитель: ИЛЬ ДЕ БОТЭ;

«Дни марок в ИЛЬ ДЕ БОТЭ! С 19 по 27 декабря ДНИ МАРОК 555 рублей в подарок при покупке любой продукции одной из марок...», поступившей 18.12.2016 в 19:25 с электронного адреса: robot@lists.iledebeaute.ru, отправитель: ИЛЬ ДЕ БОТЭ.

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.

АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» (адрес: 107031, г. Москва, Столешников пер., д. 11) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 08.10.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700292938, ИНН 7707061530, КПП 774901001.

Указанное юридическое лицо является действующим, сведений о прекращении деятельности не имеется.

Согласно материалам дела № 3-18-71/77-17 рассматриваемая реклама направлена на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщений, поступивших 09.12.2016 в 0:15, а также 18.12.2016 в 19:25, отправитель: robot@lists.iledebeaute.ru.

Поступление указанной рекламы на электронную почту <...> подтверждается представленным в адрес Московского УФАС России изображением рекламы, содержащим полный текст электронного письма, а также сведениями о дате и времени поступления рекламы, ее отправителе, получателе, что не опровергается АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ».

Согласно Политике конфиденциальности и Условиям использования Google для того, чтобы воспользоваться почтой Google, а также получить права на использование дополнительных функциональных (программных) возможностей Интернет-Сервиса, пользователь должен пройти процедуру регистрации. Для этого пользователю нужно заполнить регистрационную форму в почте. В процессе заполнения регистрационной формы пользователь самостоятельно выбирает имя пользователя и пароль, необходимые для последующего доступа к электронному почтовому ящику, а также информационные данные, позволяющие пользователю самостоятельно восстановить доступ к электронному почтовому ящику.

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, Комиссия приходит 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 излучение, 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 распространенных e-mail-сообщений.

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 спорного e-mail-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — 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 содержится предложение приобрести продукцию сети магазинов ILE DE BOTE, 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 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 адресата на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие адресата 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 рекламораспространителя.

Согласно письменным пояснениям Общества, заявитель является владельцем дисконтной карты АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ», при оформлении которой заявитель дал согласие на получение рекламы от Общества на адрес электронной почты <...>.

Заявителем подтверждается факт дачи согласия на получение рекламных сообщений, однако письмом от 28.11.2016 заявитель направил в адрес АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» отказ от получения рекламных сообщений и отзыв согласия, данного при оформлении дисконтной карты, что подтверждается копией письма и квитанцией № 44842, приложенной заявителем.

Согласно представленному заявителем отчету об отслеживании отправления (№ 10914705448425), АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» направленное заявителем письмо получено 08.12.2016. Между тем, рекламные сообщения поступили заявителю 09.12.2016, а также 18.12.2016.

Более того, АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» сообщило, что заявитель был исключен из списка получателей рекламных материалов только 09.01.2017, то есть спустя более чем месяц после получения требования о прекращении распространения рекламы по сетям электросвязи, что никоим образом не согласуется с обязанностью прекратить распространение рекламы немедленно.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что рекламные сообщения, направленные АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» заявителю на адрес электронной почты <...> 09.12.2016 и 18.12.2017, распространены без согласия адресата на получение рекламы.

Довод АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» о том, что заявитель был исключен из списка получателей рекламных материалов только 09.01.2017 поскольку центральный офис АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» готовился к переезду в новый офис к 31.12.2016, не представляется Комиссией обоснованным в связи с тем, что юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, поступивших по его адресу, указанному в Едином государственном реестре юридических лиц (далее — ЕГРЮЛ), а также риск отсутствия по этому адресу своего представителя.

Учитывая, что и в момент направления заявителем письма (адрес: 107031, г. Москва, Столешников пер., д. 11), и на момент вынесения решения по настоящему делу в ЕГРЮЛ указан адрес: 107031, г. Москва, Столешников пер., д. 11, то подготовка к переезду центрального офиса Общества не снимает с него обязанности по получению корреспонденции по данному адресу.

В соответствии с представленными АО «РСИЦ» сведениями администратором (владельцем) домена iledebeaute.ru является АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ».

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.

АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» в настоящем случае не предприняло достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

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.

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-сообщений следующего содержания:

«Счастливые дни в ИЛЬ ДЕ БОТЭ! Счастливые дни 9-10 декабря в подарок подарочная карта ИЛЬ ДЕ БОТЭ на 555 руб. и экспресс-макияж от CLARINS...», поступившей 09.12.2016 в 0:15 с электронного адреса: robot@lists.iledebeaute.ru, отправитель: ИЛЬ ДЕ БОТЭ;

«Дни марок в ИЛЬ ДЕ БОТЭ! С 19 по 27 декабря ДНИ МАРОК 555 рублей в подарок при покупке любой продукции одной из марок...», поступившей 18.12.2016 в 19:25 с электронного адреса: robot@lists.iledebeaute.ru, отправитель: ИЛЬ ДЕ БОТЭ, 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 АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» является рекламодателем рассматриваемой рекламы, что подтверждается и письменными пояснениями Общества.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» осуществило распространение рассматриваемой рекламы на электронную почту <...>.

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, АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» не представлено.

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

правоотношений.

Резюмируя изложенное, Комиссией Московского УФАС России в действиях АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 09.12.2016 в 0:15, а также 18.12.2016 в 19:25 рекламы на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщений, поступивших от отправителя robot@lists.iledebeaute.ru, 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.

Между тем, 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 АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» 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 АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении 09.12.2016 в 0:15, а также 18.12.2016 в 19:25 рекламы на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщений, поступивших от отправителя robot@lists.iledebeaute.ru, без согласия адресата на ее получение.

2. Выдать АО «ИЛЬ ДЕ БОТЭ» предписание 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

<...>

<...>

<...>