

ИГ/24105 от 09.06.2016

ООО «НОРТ»

123104, г. Москва,
ул. Спиридоньевская, д. 8

ООО «Глобал Нетворкс»

109052, г. Москва,
ул. Нижегородская, д. 104, корп. 3

121087, г. Москва,
Багратионовский пр-д, д. 7, оф. 20В

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «29» марта 2016 г.
В полном объеме решение изготовлено «09» июня 2016 г.

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 – И.С. Гудковой,
членов Комиссии – Н.С. Уваровой, Е.А. Романовой,

рассмотрев дело № 3-18-7/77-16 в отношении ООО «НОРТ», ООО «Глобал Нетворкс» по факту распространения посредством электронной почты на адрес: <...> рекламы следующего содержания: «ТЕАТР.DOC Общественный договор В благодарность за помощь участники Театра.doc решили взять на себя обязательства перед зрителями и предложить им договор. Подержите проект — и вы сможете увидеть больше спектаклей на актуальные социальные темы...», поступившей 07.07.2015 в 19:36, отправитель: nogreply@planeta.ru, с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством использования электронной почты без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии представителей ООО «НОРТ» (доверенность б/н от 18.02.2016), ООО «Глобал Нетворкс» (доверенность б/н от 24.03.2016),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-7/77-16 возбуждено в отношении ООО «НОРТ» на основании обращения физического лица по факту распространения посредством электронной почты на адрес: <...> рекламы следующего содержания: «ТЕАТР.DOC Общественный договор В благодарность за помощь участники Театра.doc решили взять на себя обязательства перед зрителями и предложить им договор. Подержите проект — и вы сможете увидеть больше спектаклей на актуальные социальные темы...», поступившей 07.07.2015 в 19:36, отправитель: noreply@planeta.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 «НОРТ» (адрес: 123104, г. Москва, ул. Спиридоньевская, д. 8) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 05.03.2013 за основным государственным регистрационным номером 1137746191494.

ООО «Глобал Нетворкс» (адрес: 109052, г. Москва, ул. Нижегородская, д. 104, корп. 3) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 05.08.2010 за основным государственным регистрационным номером 1107746618385.

Согласно материалам дела № 3-18-7/77-16 посредством электронной почты на адрес: <...> была распространена спорная рекламы, поступившая 07.07.2015 в 19:36 от отправителя: noreply@planeta.ru.

Поступление указанной рекламы на электронную почту <...> подтверждается фотографией электронного сообщения, содержащий полный текст рассматриваемого сообщения. Кроме того, факт отправки рассматриваемого сообщения ООО «Глобал Нетворкс» не оспаривается.

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.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный электронный адрес лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключаящим рекламный характер спорного 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.

Довод ООО «Глобал Нетворкс» о том, что заявителю была предоставлена информация по определенной тематике, которой он интересовался на сайте проекта ТЕАТР.ДОС, не может быть рассмотрена Комиссией в качестве персонализации субъекта получения рекламного сообщения. Формирование тематических подборок и отправка писем, содержащих такие подборки, исходя из пояснений Общества происходит в зависимости от того, какой или какими темами интересовался пользователь на сайте. В данном случае пользователь, как указано в письменных пояснениях ООО «Глобал Нетворкс», интересовался острой социальной темой. В поступившем электронном письме содержалась информация о иных проектах, в которых затронута острая социальная тема. Комиссия приходит к выводу, что такой критерий как тематическая направленность содержания рекламы не может служить персонализацией информации, так как подобная тематика не является предметом интереса исключительно одного пользователя и соответственно очерчивает лишь круг пользователей, так или иначе проявивших интерес к данной теме.

Аналогичным образом по тематике формируются и отображаются рекламные объявления в сети Интернет с помощью системы таргетинга, которая позволяет определить целевую аудиторию конкретной рекламы.

Однако определение целевой аудитории не может считаться персонализацией или определением круга лиц-получателей рекламы.

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.

Также довод Общества относительно отсутствия автоматизированного выбора электронных адресов, а следовательно отсутствия в действиях Общества нарушения части 2 статьи 18 Закона о рекламе, не может быть принят Комиссией Московского УФАС России во внимание в связи с тем, что данное нарушение не является предметом рассмотрения настоящего дела. Дело № 3-18-7/77-16 возбуждено по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, что указано в определении о

возбуждении данного дела

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.

Рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания потребителя к поддержанию проекта Театр.doc путем заключения договора и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также, в материалы дела не представлено доказательств направления электронного письма «ТЕАТР.DOC Общественный договор В благодарность за помощь участники Театра.doc решили взять на себя обязательства перед зрителями и предложить им договор. Подержите проект — и вы сможете увидеть больше спектаклей на актуальные социальные темы...» исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на электронную почту <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством электронной почты; 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 проекту ТЕАТР.DOC.

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 ВАС 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. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

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 переставляется возможным. Таким образом, сам по себе факт регистрации на сайте не является свидетельством надлежащего согласия гражданина на получение рекламных сообщений.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца электронной почты <...>, согласие на получение рекламы от ООО «Глобал Нетворкс» он не давал.

Включение согласия на получение рекламных сообщений в Пользовательское соглашение не является надлежащим согласием абонента на получение рекламы, так как не позволяет регистрирующемуся лицу отказаться от получения рекламы не совершив дополнительных действий после завершения процедуры регистрации, а фактически навязывает такое согласие. Не согласиться с условием о получении рекламных сообщений можно лишь не приняв Пользовательское соглашение в полном объеме, что препятствует процедуре регистрации в целом.

Таким образом перед пользователем ставится выбор: либо в обязательном порядке соглашаться на получение рекламы, либо отказаться от возможности зарегистрироваться на сайте

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.

Таким образом, доказательств получения надлежащего согласия абонента на получение рекламы ООО «Глобал Нетворкс» не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ООО «Глобал Нетворкс» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы, ООО «Глобал Нетворкс» также не представлено.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая

требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение посредством электронной почты на адрес: <...> рекламы следующего содержания: «ТЕАТР.DOC Общественный договор В благодарность за помощь участники Театра.doc решили взять на себя обязательства перед зрителями и предложить им договор. Подержите проект — и вы сможете увидеть больше спектаклей на актуальные социальные темы...», поступившей 07.07.2015 в 19:36, отправитель: poReply@planeta.ru, 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, несут рекламодатель и 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.

При этом законодательно установленное определенное распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-7/77-16, указанная реклама распространялась на основании Лицензионного договора о предоставлении права администрирования доменного имени от 28 марта 2014 года между ООО «НОРТ» и ООО «Глобал Нетворкс» (далее - Договор); на основании Пользовательского соглашения ООО «Глобал Нетворкс».

Согласно Договору, ООО «НОРТ» предоставляет ООО «Глобал Нетворкс» за вознаграждение в порядке и на условиях, изложенных в Договоре, права на использование доменного имени PLANETA.RU на условиях исключительной лицензии в сети Международной компьютерной сети Интернет, принадлежащей ООО «НОРТ».

Кроме того, в соответствии с пунктом 8.2 Договора Стороны руководствуются действующим законодательством РФ, в том числе, Законом о рекламе.

В соответствии с пунктом 4.7 Пользовательского соглашения, с которым соглашается лицо, проходящее процедуру регистрации, пользователь дает согласие на получение информационных и рекламных материалов портала как посредством электронной почты, так и с использованием смс-сообщений на мобильный телефон, указанные пользователем на портале при регистрации.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение электронных сообщений осуществляется ООО «Глобал Нетворкс» через принадлежащее ООО «НОРТ» доменное имя PLANETA.RU

Согласно статьи 309 Гражданского кодекса 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.

В соответствии с частью 1 статьи 8 Гражданского кодекса Российской Федерации гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также из действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены законом или такими актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности. В этой связи гражданские права и обязанности возникают, в том числе, из договоров.

Однако ООО «Глобал Нетворкс» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению электронных сообщений до их конечных получателей осуществлены лицом, участвующим в деле, а также то, что оно было осведомлено относительно содержания передаваемых сообщений, в данном случае имеются все основания считать ООО «Глобал Нетворкс» рекламодателем в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

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 «Глобал Нетворкс» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Глобал Нетворкс» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 07.07.2015 в 19:36 на электронную почту <...> от отправителя noreply@planeta.ru без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ООО «Глобал Нетворкс» не представлено.

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.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «Глобал Нетворкс» предписания о прекращении нарушения (предупреждение аналогичных правонарушений) законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно

распространение 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 «Глобал Нетворкс» нарушившим требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространение 07.07.2015 в 19:36 ненадлежащей рекламы: «ТЕАТР.DOC Общественный договор В благодарность за помощь участники Театра.doc решили взять на себя обязательства перед зрителями и предложить им договор. Подержите проект — и вы сможете увидеть больше спектаклей на актуальные социальные темы...» на электронную почту <...>. от отправителя noreply@planeta.ru.

2. В отношении ООО «НОРТ» производство по делу прекратить в связи с неподтверждением в ходе рассмотрения факта нарушения Обществом части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

3. Выдать ООО «Глобал Нетворкс» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

4. 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

И.С. Гудкова

Члены Комиссии

Н.С. Уварова

Е.А. Романова

Исполнитель: Уварова Н. С., тел. 8 (495) 784-75-05 (доб. 159)