

РЕШЕНИЕ

«23» ноября 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, Комиссия) в составе:

председателя Комиссии: <...>,

членов Комиссии: <...>, <...>,

рассмотрев дело № 3-18-214/77-17, возбужденное в отношении ООО «Мэйл.Ру» (ОРГН 1027739850962, ИНН 7743001840) по факту распространения на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщения рекламы:

«Путешествуй дешевле! ВеерСар поможет сэкономить! Веерсар от @mail.ru; Привет! Попробуй новый сервис для поиска попутчиков. Мы создали ВеерСар, чтобы помочь людям экономить в дороге. Путешествуя вместе, попутчики делят расходы на бензин — такая поездка обходится дешевле и водителю, и пассажирам...», поступившей 05.04.2017 в 11:50 от отправителя Команда Mail.Ru (noreply@corp.mail.ru);

«Агент Mail.Ru. Всегда на связи; Начните пользоваться Агентом Mail.Ru; И будьте всегда на связи с родными и друзьями; В Агенте есть все необходимые функции для общения...», поступившей 12.04.2017 в 11:50 от отправителя Команда Агента Mail.Ru (agent@corp.mail.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 абонента

на получение рекламы,

в присутствии представителей ООО «Мэйл.Ру» в лице <...> (по доверенности б/н от 29.09.2015), <...> (по доверенности б/н от 26.05.2015),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-214/77-17 возбуждено в отношении ООО «Мэйл.Ру» на основании обращения <...> по факту распространения на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщения рекламы:

«Путешествуй дешевле! ВеерСар поможет сэкономить! Веерсар от @mail.ru; Привет! Попробуй новый сервис для поиска попутчиков. Мы создали ВеерСар, чтобы помочь людям экономить в дороге. Путешествуя вместе, попутчики делят расходы на бензин — такая поездка обходится дешевле и водителю, и пассажирам...», поступившей 05.04.2017 в 11:50 от отправителя Команда Mail.Ru (noreply@corp.mail.ru);

«Агент Mail.Ru. Всегда на связи; Начните пользоваться Агентом Mail.Ru; И будьте всегда на связи с родными и друзьями; В Агенте есть все необходимые функции для общения...», поступившей 12.04.2017 в 11:50 от отправителя Команда Агента Mail.Ru (agent@corp.mail.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 «Мэйл.Ру» (адрес: Ленинградский пр-кт, д. 39, стр. 79, г. Москва, 125167) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 20.12.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027739850962, ИНН 7743001840, КПП 771401001.

Поступление рассматриваемой 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.

ООО «Мэйл.Ру» не опровергает направление рассматриваемого e-mail-сообщения на электронную почту <...>.

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 спорного email-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 сообщения, в котором содержится информация о продуктах ООО «Мэйл.Ру» (Агент mail.ru, сервис ВеерCar), Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

ООО «Мэйл.Ру» отрицает рекламный характер данных сообщений, указывая на то, что ООО «Мэйл.Ру» информирует пользователей о существующих и новых сервисах mail.ru, в том числе о новых возможностях Сервиса, право доступа к которым предоставляется на условиях заключенного с пользователем договора. Поскольку сервисы Агент@mail.ru и «Веерcar» являются сервисами Мэйл.Ру, которые предоставляются зарегистрированным пользователям на условиях Пользовательского соглашения и входят в его предмет, спорные сообщения не могут рассматриваться в качестве рекламы.

Однако, установлено, что сервисы Агент@mail.ru и «Веерcar» являются самостоятельными продуктами ООО «Мэйл.Ру». Подтверждением данного утверждения является возможность пользоваться данными сервисами отдельно от пользования почтового ящика. Например, сервис Агент@mail.ru имеет отдельные программы для различных операционных систем, в том числе приложения для мобильных телефонов. В свою очередь сервис Веерcar имеет официальный сайт veercar.ru, регистрацию на который можно осуществить, помимо привязки почтового ящика mail.ru также путем привязки личной страницы в социальных сетях «Вконтакте», «Одноклассники» или номера номера телефона.

Данные сервисы являются самостоятельными продуктами (товарами) ООО «Мэйл.Ру». Только факт того, что производителем сервисов @mail.ru Агент@mail.ru и «Веерcar» является одно лицо, а также что доступ к сервисам Агент@mail.ru и «Веерcar» можно получить, в том числе при регистрации почтового ящика через сервис @mail.ru, не может свидетельствовать о не рекламном характере рассматриваемых сообщений.

Сервисы Агент@mail.ru и «Веерcar» созданы для удовлетворения иных запросов потребителей и не являются неотъемлемой частью почтового сервиса @mail.ru.

Исходя из вышеизложенного, 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 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.

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.

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.

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

В соответствии с пояснениями ООО «Мэйл.Ру» согласие адресата было получено при регистрации заявителем электронного почтового ящика, а именно путем принятия Пользовательского соглашения.

Согласно пункту 1.1 Пользовательского соглашения, предметом Пользовательского соглашения являются отношения между ООО «Мэйл.Ру», являющегося правообладателем Интернет-сервисов (информационного, коммуникационного, рекламного, образовательного, развлекательного и иного характера), расположенных в сети Интернет по адресу mail.ru, а также иных администрируемых ООО «Мэйл.Ру» доменах, и Физическим лицом пользователем сети Интернет, по поводу использования и предоставления сервисов Используя сервисы, пользователь соглашается соблюдать условия, описанные в Пользовательском соглашении. Использование определенных

сервисов может регулироваться отдельными правилами, применимыми к конкретному сервису, которые также являются частью Пользовательского соглашения.

В соответствии с пунктом 2.6 Пользовательского соглашения, пользователь соглашается на получение посредством сервисов ООО «Мэйл.Ру» и/или сервисов третьих лиц e-mail, sms и иных видов рассылок рекламной информационного содержания, в том числе от партнеров ООО «Мэйл.Ру», которым пользователь выразил согласие на отправку ему сообщений.

При этом ООО «Мэйл.Ру» утверждает, что в случае, если пользователь не согласен с условиями Пользовательского соглашения, он вправе отказаться от регистрации почтового ящика в рамках сервиса ООО «Мэйл.Ру» и не использовать его сервисы.

Однако, в случае, если пользователь зарегистрировал почтовый ящик и согласился с условиями Пользовательского соглашения у него есть возможность отказаться от получения рекламы после регистрации путем направления соответствующего требования ООО «Мэйл.Ру».

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что согласие пользователя не является обязательным условием предоставления услуг ООО «Мэйл.Ру».

В соответствии с письменными соглашениями, а также исходя из гражданско-правовой природы Пользовательского соглашения, данное соглашение является договором-оферты.

Согласно пункту 1 статьи 435 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), офертой признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определенно и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение.

Согласно пункту 2 статьи 437 ГК РФ, содержащее все существенные условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется, признается офертой (публичная оферта).

В соответствии с пунктом 1 статьи 438 ГК РФ, акцептом признается ответ лица, которому адресована оферта, о ее принятии. Акцепт должен быть полным и безоговорочным.

Исходя из вышеизложенного, принимая условия Пользовательского соглашения, 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 заключении договора на оказание услуг почтового сервиса, противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС приходит к выводу, что подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

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

Таким образом, распространение на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщения рекламы:

«Путешествуй дешевле! ВеерСар поможет сэкономить! Веерсар от @mail.ru; Привет! Попробуй новый сервис для поиска попутчиков. Мы создали ВеерСар, чтобы помочь людям экономить в дороге. Путешествуя вместе, попутчики делят расходы на бензин — такая поездка обходится дешевле и водителю, и пассажирам...», поступившей 05.04.2017 в 11:50 от отправителя Команда Mail.Ru (noreply@corp.mail.ru);

«Агент Mail.Ru. Всегда на связи; Начните пользоваться Агентом Mail.Ru; И будьте всегда на связи с родными и друзьями; В Агенте есть все необходимые функции для общения...», поступившей 12.04.2017 в 11:50 от отправителя Команда Агента Mail.Ru (agent@corp.mail.ru), является ненадлежащим.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

На основании изложенного, ООО «Мэйл.Ру» является рекламораспространителем рассматриваемой рекламы, что подтверждается и письменными пояснениями Общества.

Таким образом, ООО «Мэйл.Ру» в рамках рассмотрения данного дела признается рекламораспространителем, 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 «Мэйл.Ру» не представлено.

Резюмируя изложенное, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Мэйл.Ру» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщения рекламы, поступившего от отправителей Команда Mail.Ru (noreply@corp.mail.ru), Команда Агента Mail.Ru (agent@corp.mail.ru), без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении указанной рекламы, ООО «Мэйл.Ру» 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.

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.

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

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 ООО «Мэйл.Ру» 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 «Мэйл.Ру» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на электронную почту <...> посредством e-mail-сообщения рекламы:

«Путешествуй дешевле! ВеерСар поможет сэкономить! Веерсар от @mail.ru; Привет! Попробуй новый сервис для поиска попутчиков. Мы создали ВеерСар, чтобы помочь людям экономить в дороге. Путешествуя вместе, попутчики делят расходы на бензин — такая поездка обходится дешевле и водителю, и пассажирам...», поступившей 05.04.2017 в 11:50 от отправителя Команда Mail.Ru (noreply@corp.mail.ru);

«Агент Mail.Ru. Всегда на связи; Начните пользоваться Агентом Mail.Ru; И будьте всегда на связи с родными и друзьями; В Агенте есть все необходимые функции для общения...», поступившей 12.04.2017 в 11:50 от отправителя Команда Агента Mail.Ru (agent@corp.mail.ru), без согласия адресата на ее получение.

2. Выдать ООО «Мэйл.Ру» 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 <...>

<...>