



УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ВОЗБУЖДЕНИИ ДЕЛА №066/05/18-1577/2023 И НАЗНАЧЕНИИ ДЕЛА К РАССМОТРЕНИЮ

10 мая 2023 г.

г. Екатеринбург

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе <...> (заместитель руководителя Управления), рассмотрев заявление физического лица (вх.№9164-ЭП/23 от 26.04.2023) о получении 20.04.2023 и 25.04.2023 на электронный почтовый ящик <...> с электронного почтового ящика noreply@mail.mirkubikov.ru рекламы компании «Мир кубиков» без согласия адресата на ее получение с признаками нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛ:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области поступило заявление физического лица ((вх.№9164-ЭП/23 от 26.04.2023) о получении 20.04.2023 и 25.04.2023 на электронный почтовый ящик <...> с электронного почтового ящика noreply@mail.mirkubikov.ru рекламы компании «Мир кубиков» без согласия адресата на ее получение следующего содержания:

Магия в мире кубиков

Мир Кубиков <noreply@mail.mirkubikov.ru>

При наличии проблем с отображением этого сообщения щелкните здесь, чтобы просмотреть его в веб-браузере.

Отправлено: Чт 20.04.2023 14:24

 мир кубиков

КОНСТРУКТОРЫ АКСЕССУАРЫ НОВИНКИ АКЦИИ МАГАЗИНЫ



Новинки Funko POP

Мир Кубиков <noreply@mail.mirkubikov.ru>

При наличии проблем с отображением этого сообщения щелкните здесь, чтобы просмотреть его в веб-браузере.

Отправлено: Вт 25.04.2023 15:22

 мир кубиков

КОНСТРУКТОРЫ АКСЕССУАРЫ НОВИНКИ АКЦИИ МАГАЗИНЫ



Законодательством Российской Федерации согласно ч. 4 ст. 5 Федерального закона от 27.07.2006 №149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» могут быть установлены виды информации в зависимости от ее содержания или обладателя. При этом под **рекламой** в ст.3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ (далее - Закон о рекламе) понимается 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 (п. 1); под **объектом рекламирования** – 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 (п.2); под **товаром** – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (п.3).

Рекламой признается информация, позволяющая четко обозначить, индивидуализировать конкретный объект рекламирования, выделить его среди однородных товаров и сформировать к нему интерес в целях продвижения на рынке.

По мнению ФАС России к рекламной информации, направленной на формирование и поддержание интереса к определенному лицу и его продвижение на рынке, относится указание следующей информации о лице:

- наименование юридического лица, индивидуального предпринимателя или название торгового предприятия данного лица (независимо от указания вида деятельности), выполненное с использованием товарных знаков, логотипов или иных индивидуализирующих данное лицо обозначений, цветов,
- контактная информация о лице (почтовый адрес, телефон, адрес сайта, электронной почты и т.п.),
- характеристика, описание лица, его деятельности,
- информация о производимых или реализуемых товарах.

Таким образом, характер информации и ее отнесение к рекламе либо не рекламе связан исключительно с ее **целевой направленностью** на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Как указано в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 04.03.1997 № 4-П, реклама рассматривается законодателем как средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации.

Экономической целью размещения рекламы для лица, осуществляющего производство, реализацию товара (работ, услуг), является продвижение и продажа товара (работ, услуг) оптовому покупателю и конечному потребителю.

Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

В соответствии с позицией, изложенной в пункте 16 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.12.1998 №37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителя с определенным товаром, должна рассматриваться как реклама этого товара.

В спорных письмах, поступивших на электронный почтовый ящик заявителя, указано наименование конкретного хозяйствующего субъекта - «*Мир кубиков*», а также наименование марок реализуемой им продукции - «LEGO ® Harry Potter», «Funko», что позволяет выделить конкретный хозяйствующий субъект и его товар, сформировать к нему интерес с целью его продвижения на рынке, информация обладает распознаваемостью для потребителя.

Кроме того, по своему содержанию информация, доведенная до заявителя посредством электронных писем, адресована неопределенному кругу лиц. Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию и собственно имя, а также отчество, если иное не вытекает из закона или национального обычая (п.1 ст.19 ГК РФ). Имя, полученное гражданином при рождении, а также перемена имени подлежат регистрации в порядке, установленном для регистрации актов гражданского состояния (п.3 ст.19 ГК РФ).

В рассматриваемом случае адресат по имени не назван.

Спорные сведения о рекламируемых товарах **носят обобщенный характер**, сообщения не содержат сведений о каком-либо товаре, который бы предназначался исключительно заявителю, направлены на формирование и поддержание интереса к объекту рекламирования - товарам хозяйствующего субъекта, осуществляющего деятельность под наименованием «Мир кубиков», **представляют интерес для неопределенного круга лиц**, в связи с чем являются рекламой.

В соответствии с **ч. 1 ст. 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.**

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. 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.

При этом, согласно позиции, изложенной в Постановлении Арбитражного суда Московского округа от 01.02.2018 №Ф05-21313/2017 по делу №А40-64096/17, в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 №2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов **абонента как более слабой стороны** в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной.

Предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте п. 2 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

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 ч.1 ст.23 Конституции РФ каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни.

Персональные данные - это любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных) (п. 1 ст. 3 Федерального закона от 27.07.2006 №152-ФЗ «О персональных данных» (далее - Закон №152-ФЗ)).

Как следует из положений ст. 8 Закона №152-ФЗ, к персональным данным можно отнести фамилию, имя, отчество, год и место рождения, адрес, абонентский номер, сведения о профессии и иные персональные данные, то есть ту информацию, которая позволяет идентифицировать конкретного человека. При этом приведенный перечень является открытым.

Принцип идентификации физического лица по фамилии, имени, отчеству из всего массива информации не является единственно возможным критерием отнесения обработанных сведений к персональным данным ([Письмо Роскомнадзора от 20.01.2017 №08АП-6054](#)).

Абонентский номер и адрес электронной почты могут быть признаны персональными данными в том случае, когда такая информация относится к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу. Например, абонентский номер, принадлежащий юридическому лицу, не может рассматриваться в качестве персональных данных ([Письмо Минкомсвязи России от 07.07.2017 №П11-15054-ОГ](#)).

Таким образом, номер телефона и адрес электронной почты будут являться персональными данными, если они зарегистрированы на определенное физическое лицо, что позволит идентифицировать конкретного человека.

Адрес электронной почты принадлежит конкретному физическому лицу - заявителю.

Для признания надлежащим факта получения рекламораспространителем согласия абонента либо адресата на получение им рекламной информации изначально должно быть явно выраженное желание абонента либо адресата на ее получение, в том числе, посредством отметки соответствующего надлежащим образом оформленного пункта.

В Определении Верховного Суда Российской Федерации от 12.02.2018 № 309-КГ17-22298 по делу № А60-63378/2016, указано, что согласие абонента на получение рекламы, содержащееся **в договоре, заключенном в письменной форме, подписанном абонентом**, в том числе в договоре на оказание услуг связи, позволяет однозначно идентифицировать абонента и может рассматриваться как надлежащее.

Согласно ст. 2 Закона о персональных данных его целью является обеспечение защиты прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных, в том числе защиты прав на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну. Неприкосновенность частной жизни в силу п. 1 ст. 150 ГК РФ является **нематериальным благом**, принадлежащим гражданину от рождения или в силу закона, **неотчуждаемым и непередаваемым** иным способом. При этом

положения Закона о связи и Закона о рекламе о необходимости получения предварительного согласия субъекта персональных данных (абонента) также направлены на обеспечение и защиту прав субъектов персональных данных (Определение Конституционного Суда РФ от 23.06.2015 N 1537-О).

Так, в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 01.12.2020 по делу №А40-70758/2020, а также в Решении Арбитражного суда Свердловской области по делу №А60-64190/2021 указано, что распространение рекламы **против воли** абонента является **формой его информационного насилия**.

В свою очередь, в ч.1 ст.18 Закона о рекламе презюмируется отсутствие согласия, а не наоборот.

Заявитель указала, что согласия на распространение рекламы на принадлежащий ей электронный почтовый ящик <...> с электронного почтового ящика noreply@mail.mirkubikov.ru не давала.

Ответственность за нарушение требований, установленных ст.18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель (ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе).

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, согласно п. 7 ст. 3 Закона о рекламе.

АО «РСИЦ» сообщило (исх.№1557-С от 02.05.2023), что регистратором домена mirkubikov.ru является ООО «Регистратор доменных имен РЕГ.РУ».

ООО «Регистратор доменных имен РЕГ.РУ» сообщило (вх.№9806-ЭП/23 от 04.05.2023), что администратором доменного имени mirkubikov.ru с 20.08.2018 является <...>. Администратор доменного имени с 20.08.2018 не менялся.

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 посредством информационно-телекоммуникационной сети «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» -лицо, самостоятельно и по своему усмотрению определяющее порядок использования сайта в сети «Интернет», в том числе порядок размещения информации на таком сайте.

Таким образом, лицом, отправляющим электронное письмо с применением сайта в сети «Интернет», является владелец сайта в сети «Интернет» (администратор домена). Данное лицо в полном объеме распоряжается и управляет доменом, отвечает за любые действия, совершенные с использованием такого домена, в том числе за направлением электронных сообщений с применением домена, самостоятельно обеспечивает конфиденциальность своей авторизационной информации и несет ответственность за все действия, совершенные с использованием своего логина и пароля, несет риск неблагоприятных последствий, связанных с их утратой.

Таким образом, предполагаемым рекламораспространителем является владелец электронного почтового ящика noreply@mail.mirkubikov.ru <...>, который несет ответственность за доступ к принадлежащему ему электронному почтовому ящику и его использование в целях распространения рекламы.

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 24, 25 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утв. Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922,

ОПРЕДЕЛИЛ:

1. Возбудить производство по делу №066/05/18-1577/2023 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

2. Признать лицами, участвующими в деле:

- заявитель: **физическое лицо**;

- лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства: <...> (паспорт: <...>).

Назначить дело к рассмотрению на **30 мая 2023 г. в 16 час. 00 мин.** (время местное, московское время 14-00) по адресу: г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, 3 этаж, зал заседания комиссии (каб. 314) путем проведения видеоконференцсвязи через систему TrueConf, для участия в которой в указанное время необходимо перейти по ссылке <https://fas2.tconf.rt.ru/c/6335219463>

Руководство участника видеоконференцсвязи размещено по ссылке: <https://sverdlovsk.fas.gov.ru/news/11212>.

Подключение и исправность технических устройств связи необходимо проверить заблаговременно, до начала рассмотрения дела. Документы, подтверждающие полномочие лиц, участвующих в рассмотрении дела, и документы, удостоверяющие их личность, необходимо направить заблаговременно по адресу электронной почты – to66@fas.gov.ru (со ссылкой на исходящий номер данного документа).

5. <...> на основании ст.34 Закона о рекламе представить в Свердловское УФАС России в срок **до 26 мая 2023 г.** следующие документы и сведения:

1) копии материалов, подтверждающих получение предварительного согласия владельца электронного почтового ящика <...> на получение рекламы с электронного почтового ящика noreply@mail.mirkubikov.ru (при наличии);

2) сведения о стоимости рекламной кампании;

3) сведения о количестве писем иным адресатам 20.04.2023 и 25.04.2023 с электронного почтового ящика noreply@mail.mirkubikov.ru с аналогичными предложениями;

4) сведения о том, исключен ли электронный почтовый ящик <...> из базы рассылки в рекламных целях (с приложением подтверждающих материалов, в случае принятия подобных мер);

5) письменное объяснение по факту распространения рекламы с признаками нарушения рекламного законодательства, а именно, ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Явка лиц, участвующих в деле, для участия в рассмотрении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе обязательна.

Управление информирует о возможности представить расписку о выборе формы получения процессуальных документов (указать номер дела) путем их направления по адресу электронной почты, указанной в расписке, с подтверждением того, что такой способ получения процессуальных документов будет являться надлежащим уведомлением (расписка должна быть заполнена физическим, должностным лицом лично либо законным представителем юридического лица с приложением надлежащим образом заверенной копии документа, подтверждающего полномочия).

Председатель Комиссии

<...>