



УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ВОЗБУЖДЕНИИ ДЕЛА №066/05/18-22/2024 И НАЗНАЧЕНИИ ДЕЛА К РАССМОТРЕНИЮ

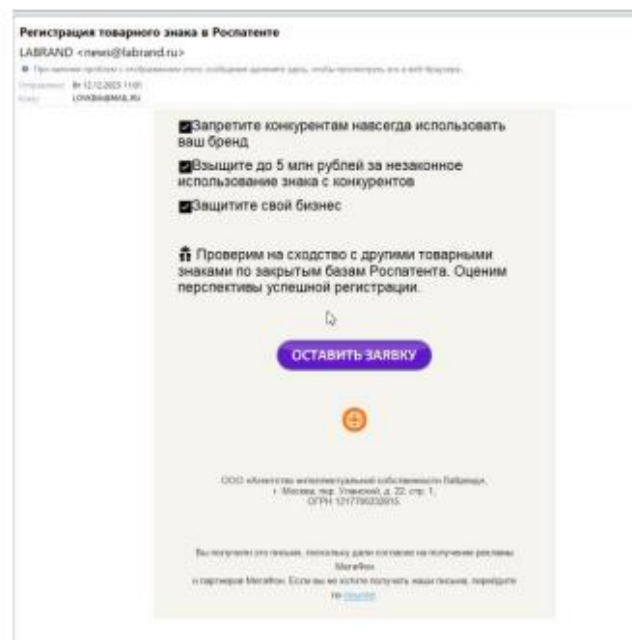
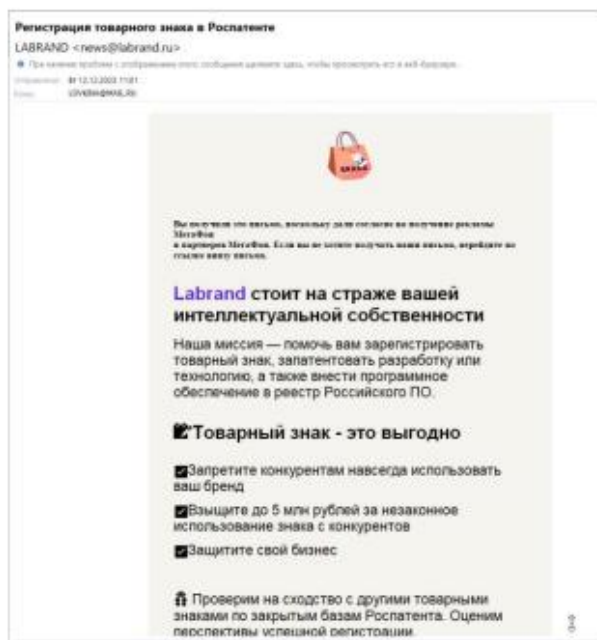
10 января 2024 г.

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 <...> (вх.№27388-ЭП/23 от 12.12.2023) о получении 12.12.2023 в 11:01 на электронный почтовый ящик lovkina@mail.ru с электронного почтового ящика news@labrand.ru рекламы услуг ООО «Агентство интеллектуальной собственности Лабренд» 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 <...> (вх.№27388-ЭП/23 от 12.12.2023) о получении 12.12.2023 в 11:01 на электронный почтовый ящик lovkina@mail.ru с электронного почтового ящика news@labrand.ru информации следующего содержания:



From: LABRAND [<mailto:news@labrand.ru>]

Sent: Tuesday, December 12, 2023 11:01 AM To: LOVKINA@MAIL.RU

Subject: Регистрация товарного знака в Роспатенте

Вы получили это письмо, поскольку дали согласие на получение рекламы МегаФон и партнеров МегаФон. Если вы не хотите получать наши письма, перейдите по ссылке внизу письма.

Labrand стоит на страже вашей интеллектуальной собственности

Наша миссия — помочь вам зарегистрировать товарный знак, запатентовать разработку или технологию, а также внести программное обеспечение в реестр Российского ПО.

Товарный знак - это выгодно

Запретите конкурентам навсегда использовать ваш бренд

Взыщите до 5 млн рублей за незаконное использование знака с конкурентов

Защитите свой бизнес

Проверим на сходство с другими товарными знаками по закрытым базам Роспатента. Оценим перспективы успешной регистрации.

Сайт ООО «Агентство интеллектуальной собственности Лабренд», г. Москва, пер. Уланский, д. 22, стр. 1, ОГРН 1217700232815.

Вы получили это письмо, поскольку дали согласие на получение рекламы МегаФон и партнеров МегаФон. Если вы не хотите получать наши письма, перейдите по ссылке.

<...> в заявлении, в частности, указала следующее: «Согласия на получение от АО «МегаФон», (ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585, адрес местонахождения: 127006, Российская Федерация, г. Москва, ул. Оружейный переулок, 41) рекламных спамных писем я никогда и никому не давала.

Более того, я НЕОДНОКРАТНО жаловалась в Управление ФАС по Свердловской области на информационное насилие со стороны АО «Мегафон» и шарашкиных контор, которым Мегафон продает клиентскую базу.

Прошу принять к рассмотрению жалобу на ООО «Агентство интеллектуальной собственности Лабренд», г. Москва, пер. Уланский, д. 22, стр. 1, ОГРН 1217700232815 и АО «МегаФон», (ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585, адрес местонахождения: 127006, Российская Федерация, г. Москва, ул. Оружейный переулок, 41), которые незаконно рассылают свою спамную рекламу, согласие на получение которой у меня не получили. Прошу выписать ООО «Агентство интеллектуальной собственности Лабренд», г. Москва, пер. Уланский, д. 22, стр. 1, ОГРН 1217700232815 и АО «МегаФон», (ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585, адрес местонахождения: 127006, Российская Федерация, г. Москва, ул. Оружейный переулок, 41) штраф от 100 тыс. до 500 тыс. как предусматривает законодательство России. Мегафону, как особо злостному нарушителю, на которого не подействовали ранее вынесенные штрафы по моим жалобам, прошу выписать штраф в максимальном размере».

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 спорном письме, поступившем на электронный почтовый ящик заявителя, указан конкретный хозяйствующий субъект, осуществляющий деятельность под наименованием *ООО «Агентство интеллектуальной собственности Лабренд»*, описано существо предлагаемой услуги (*Наша миссия — помочь вам зарегистрировать товарный знак, запатентовать разработку или технологию, а также внести программное обеспечение в реестр Российского ПО*), указана контактная информация, что позволяет выделить конкретный хозяйствующий субъект и его услугу, 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 электронного письма, 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 услугах **носят обобщенный характер**, сообщение не содержит сведений о какой-либо услуге, которой мог бы воспользоваться исключительно заявитель, и которая предназначалась бы только для него, направлены на формирование и поддержание интереса к объекту рекламирования – услугам *ООО «Агентство интеллектуальной собственности Лабренд»*, **представляет интерес для неопределенного круга лиц**, в связи с чем является 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 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.

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 рекламодателя**.

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

Для признания надлежащим факта получения рекламодателем 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 lovkina@mail.ru с электронного почтового ящика news@labrand.ru не давала. Более того, ранее обращалась с заявлением в адрес Уральского филиала ПАО «Мегафон» (код салона УР9600305, принято от 19.05.2020) с просьбой удалить все рекламные предложения и акции, сообщала, что не нуждается ни в каких рекламных предложениях (в заявлении указан абонентский номер <...>).

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

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

Как следует из информации, размещенной на сайте <https://www.nic.ru/>, регистратором домена labrand.ru является RU-CENTER-RU (АО «Региональный Сетевой Информационный Центр»).

АО «РСИЦ» сообщило (вх.№28626-ЭП/23 от 25.12.2023), что администратором домена второго уровня labrand.ru со 02.05.2021 и по настоящее время является <...>.

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 (Постановление Верховного Суда Российской Федерации от 24.04.2015 №305-АД15-2693).

Таким образом, предполагаемым рекламодателем является администратор домена второго уровня labrand.ru и владелец электронного почтового ящика news@labrand.ru <...>, которая несет ответственность за доступ к принадлежащему ей 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 №066/05/18-22/2024 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

2. Признать лицами, участвующими в деле:

- заявитель: <...>;

- лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства: <...>;

- заинтересованные лица:

1) ООО «Агентство интеллектуальной собственности Лабренд» (107140, г. Москва, вн. тер. г. муниципальный округ Красносельский, ул. Верхняя Красносельская, д. 1, помещ. V, ком. 12, ОГРН: 1217700232815, дата присвоения ОГРН: 19.05.2021, ИНН: 7708395870, КПП: 770801001);

2) ПАО «Мегафон» (127006, г. Москва, Оружейный переулок, д.41, ОГРН: 1027809169585, дата присвоения ОГРН: 15.07.2002, ИНН: 7812014560, КПП: 770701001).

3. Назначить дело к рассмотрению на **06 февраля 2024 г. в 14 час. 00 мин.** (время местное, московское время 12-00) 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/4188899205>

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 (с сопроводительным письмом, в котором указан номер данного дела и исходящий номер данного определения).

5. <...> на основании ст.34 Закона о рекламе представить в Свердловское УФАС России в срок до **01 февраля 2024 г.** следующие документы и сведения:

- 1) копию паспорта (разворот страниц с фотографией и пропиской);
- 2) копии материалов, подтверждающих получение предварительного согласия владельца электронного почтового ящика lovkina@mail.ru на получение рекламы с электронного почтового ящика news@labrand.ru (при наличии);
- 3) сведения о стоимости рекламной кампании;
- 4) сведения о количестве писем иным адресатам 12.12.2023 с электронного почтового ящика news@labrand.ru с аналогичным предложением;
- 5) сведения о том, исключен ли электронный почтовый ящик lovkina@mail.ru из базы рассылки в рекламных целях (с приложением подтверждающих материалов, в случае принятия подобных мер);

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

6. <...> на основании ст.34 Закона о рекламе представить в Свердловское УФАС России в срок до **01 февраля 2024 г.** следующие документы и сведения:

- 1) копию действующего договора с ПАО «Мегафон»;
- 2) сведения о наличии письменных отказов от рекламных рассылок ПАО «Мегафон» и его партнеров (помимо указанного в данном определении) с приложением их копий;

7. **ООО «Агентство интеллектуальной собственности Лабренд»** на основании ст.34 Закона о рекламе представить в Свердловское УФАС России в срок до **01 февраля 2024 г.** письменные пояснения относительно обстоятельств, рассматриваемых в данном деле.

8. **ПАО «Мегафон»** на основании ст.34 Закона о рекламе представить в Свердловское УФАС России в срок до **01 февраля 2024 г.** следующие документы и сведения:

- 1) копию действующего договора с <...>;
- 2) сведения о наличии письменных отказов <...> от рекламных рассылок ПАО «Мегафон» и его партнеров (помимо указанного в данном определении) с приложением их копий;
- 3) письменные пояснения относительно обстоятельств, рассматриваемых в данном деле (с учетом заявления <...> от 19.05.2020).

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).