

## РЕШЕНИЕ

### ПО ДЕЛУ № 04-6/2-12-2015

Резолютивная часть решения по делу оглашена 03 апреля 2015 г.

Решение изготовлено в полном объеме 17 апреля 2015 г.

г.

Тверь

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Тверское УФАС России, Комиссия) в составе:

председатель Комиссии: Фомин В.М., руководитель управления,

члены Комиссии:

Посохова Л.В. - заместитель руководителя управления,

Манюгина Е.И. – начальник отдела контроля органов власти,

Балан А.Э. – специалист 1 разряда отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-12-2015, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 01.07.2014 в 17:09 на выделенный <\*\*\*> телефонный номер <\*\*\*> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «*Стоматологический холдинг! Имплант Израиль – 3775 руб, США – 11900. Нейлоновый протез - скидка 50 процентов! Цены тел. +7(812) 449 02 04*», отправитель – <\*\*\*>, СМС-центр - <\*\*\*>,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <\*\*\*>, а также представителей ООО «Инкор Девелопмент»,

### УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <\*\*\*> (далее также заявитель) о распространении 01.07.2014 в 17:09 на выделенный заявителю телефонный номер <\*\*\*> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «*Стоматологический холдинг! Имплант Израиль – 3775 руб, США – 11900. Нейлоновый протез - скидка 50 процентов! Цены тел. +7(812) 449 02 04*», отправитель – <\*\*\*>, СМС-центр - <\*\*\*>.

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон) **целями настоящего Закона являются** развитие рынков

товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, **реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.**

В соответствии со статьей 3 Закона **реклама** это 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; **объект рекламирования** - товар, средство его индивидуализации, 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; **товар** - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; **ненадлежащая реклама** - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; **рекламораспространитель** - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 05.04.2007 № АЦ/4624 разъяснено, что 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.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае являются стоматологические услуги.

Согласно части 1 статьи 5 Закона реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона 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.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламодателя.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее: «Согласно части 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 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. Следовательно, 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 абонента 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».

Телефонный номер заявителя <\*\*\*> относится к ресурсу нумерации оператора связи ОАО «МегаФон», согласно информации которого (письмо от 26.11.2014 № 5/1-18-ОГ-исх-00216/14) <\*\*\*> является абонентом ОАО «МегаФон» по абонентскому номеру <\*\*\*>. Согласно скриншоту мобильного телефона, представленного заявителем, смс-сообщение 01.07.2014 в 17:09 было отправлено с номера смс-центра <\*\*\*>, относящегося к ресурсу нумерации оператора связи ЗАО «Волгоград GSM». Факт поступления смс-сообщения 01.07.2014 в 17:09 на телефонный номер <\*\*\*> также подтвержден сведениями ОАО «ВымпелКом», за которым закреплен номер телефона +7(812)449-02-04, указанный в тексте смс-сообщения.

Согласно информации ЗАО «Волгоград-GSM» (письмо от 06.08.2014 № 4юр-693) через номер СМС-центра <\*\*\*> маршрутизируются СМС-сообщения, направляемые ООО «А1 Системс» на основании договора № 2779785 и дополнительного соглашения № 1 от 01.12.2012 на распространение услуги «SMS-

контакт», которыми предусматривается возможность отправления смс-сообщений.

Согласно информации ООО «А1 Системс» (письмо от 20.08.2014 № 4244) номер СМС-центра <\*\*\*> был выделен контрагенту ООО «Инкор Девелопмент» по договору от 01.04.2013 № 485-syst1 (далее – договор № 485-syst1).

В рамках вышеуказанного договора ООО «А1 Системс» предоставило Заказчику (ООО «Инкор Девелопмент») доступ к техническим и программным средствам для отправки SMS-сообщений абонентам Операторов, при условии наличия согласия на получение смс-сообщений (пункт 3.1.3 договора).

Согласно пункту 4.3 договора № 485-syst1 ответственность за содержание исходящих SMS-сообщений возложено на ООО «Инкор Девелопмент». Согласно пункту 4.4 договора № 485-syst1 Заказчик рассылает SMS-сообщения, только желаемые к получению адресатом. SMS-сообщения, которые адресат не изъявил желания получать признаются СПАМом. Согласно пункту 7.2 договора № 485-syst1 в связи с тем, что Исполнитель не является создателем и распространителем SMS-сообщений, начиная с момента подготовки текста, его редактирования и заканчивая отправкой Абонентам, являясь при этом лишь техническим каналом для передачи Заказчиком SMS-сообщений, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее или незаконное распространение SMS-сообщений и их содержание в полном объеме несет Заказчик.

Кроме того, ООО «А1 Системс» было представлено заключение по результатам служебной проверки, в рамках которой было установлено, что в качестве средства передачи смс-сообщений от ООО «Инкор Девелопмент» на конечные мобильные терминалы абонентов через сигнальную сеть СМС-центра ЗАО «Волгоград-GSM» использовался именно СМС-центр с номером <\*\*\*>. В системных журналах СМС-центра обнаружены сообщения, которые отправлялись ООО «Инкор Девелопмент», том числе с содержанием, указанным заявителем в обозначенное в заявлении время – 17:09, что подтверждается записями системного журнала, в котором отражено, что в это время использовался этот СМС-центр, отправка осуществлялась лицом, имеющим уникальный номер и пароль, соответствующий номеру и паролю, присвоенному ООО «Инкор Девелопмент».

ООО «Инкор Девелопмент», будучи надлежаще уведомленным о дате, времени и месте рассмотрения дела, затребованные от него пояснения и документы не представило, позицию о факте распространения рекламы не выразило.

Учитывая отсутствие согласия заявителя на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 01.07.2014 в 17:09 на выделенный Заявителю телефонный номер <\*\*\*> рекламы следующего содержания: *«Стоматологический холдинг! Имплант Израиль – 3775 руб, США – 11900.Нейлоновый протез - скидка 50 процентов! Цены тел. +7(812) 449 02 04»*, были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона.

Представленная ООО «А1 Системс» копия анкеты, поименованная «О согласии на получение информации по каналам связи (СМС рассылка) и обработку персональных данных», заполненная 10.05.2014, в которой содержатся ФИО лица, заполнившего анкету – <\*\*\*>, телефонный номер <\*\*\*>, совпадающий с номером заявителя, а также пометка в квадрате напротив колонки анкеты «Я хочу получать

информацию об услугах от стоматологии «Все свои» в виде смс-сообщений на указанный выше номер сотового телефона», не содержит согласия Абонента <\*\*\*> на получение рекламы.

Абонент <\*\*\*> отрицает факт дачи письменного согласия на получение рекламы на телефонный номер <\*\*\*> и отрицает факт передачи телефонного номера в пользование иным лицам.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламодатель.

Как указано выше, статьей 3 Закона определено, что рекламодатель это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

При решении вопроса о том, кто является рекламодателем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что им является ООО «Инкор Девелопмент», основанием для такого вывода являются сведения ООО «А1 Системс», включающие в себя заключение по результатам служебной проверки, установившей, что все сообщения в рассылках ООО «Инкор Девелопмент» приходили на СМС-шлюз ООО «А1 Системс» с использованием данных авторизации и аутентификации ООО «Инкор Девелопмент», при этом данные авторизации и аутентификации ООО «Инкор Девелопмент» были неоднократно использованы для входа в личный кабинет ООО «Инкор Девелопмент», что доказывает использование СМС-шлюза ООО «А1 Системс» исключительно ООО «Инкор Девелопмент», а также условия договора с ООО «А1 Системс», согласно которому именно ООО «Инкор Девелопмент» прямо и непосредственно причастно к распространению смс-сообщения на телефонный номер заявителя <\*\*\*>, а его действия квалифицировать как действия рекламодателя.

Действия ООО «Инкор Девелопмент» по распространению 01.07.2014 в 17:09 на телефонный номер <\*\*\*>, выделенный <\*\*\*>, без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: *«Стоматологический холдинг! Имплант Израиль – 3775 руб, США – 11900.Нейлоновый протез - скидка 50 процентов! Цены тел. +7(812) 449 02 04»*, нарушают требования части 1 статьи 18 Закона.

На основании вышеуказанного и руководствуясь частью 1 статьи 18, пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37, 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия

**РЕШИЛА:**

1. Признать рекламу следующего содержания: «Стоматологический холдинг! Имплант Израиль – 3775 руб, США – 11900.Нейлоновый протез - скидка 50 процентов! Цены тел. +7(812) 449 02 04», распространенную 01.07.2014 в 17:09 на выделенный <\*\*\*> телефонный номер <\*\*\*> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей, действия ООО «Инкор Девелопмент» (ОГРН 1123668014040, ИНН 3666177670) нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Инкор Девелопмент» (ОГРН 1123668014040, ИНН 3666177670) и ООО «А1 Системс» (ОГРН 5087746337091, ИНН 7703678459), как лицу, имеющему возможность прекратить или обеспечить прекращение нарушения законодательства о рекламе, предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» при распространении вышеуказанной рекламы стоматологических услуг посредством направления смс-сообщений без предварительного согласия абонента.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии: В.М. Фомин

Члены Комиссии: Л.В. Посохова, Е.И. Манюгина, А.Э. Балан

## **ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-12-2015**

### **О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

### **РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ**

17 апреля 2015 г.  
Тверь

г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

председатель Комиссии: Фомин В.М. - руководитель управления,

члены Комиссии:

Посохова Л.В. - заместитель руководителя управления,

Манюгина Е.И. – начальник отдела контроля органов власти,

Балан А.Э. - специалист 1 разряда отдела контроля органов власти,

на основании решения от 17.04.2015 по делу № 04-6/2-12-2015 и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частей 1 и 3 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508,

### **ПРЕДПИСЫВАЕТ:**

1. ООО «Инкор Девелопмент» (394000, г. Воронеж, ул. Студенческая, д. 33, ИНН 3666177670) и ООО «А1 Системс» (123557, г. Москва, Большой Тишинский переулок, д. 43/20, корп. 2, ИНН 7703678459) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «*Стоматологический холдинг! Имплант Израиль – 3775 руб, США – 11900. Нейлоновый протез - скидка 50 процентов! Цены тел. +7(812) 449 02 04*» на телефонный номер <\*\*\*> **без предварительного согласия абонента – <\*\*\*>**, и при распространении рекламы посредством смс-сообщений на телефонный номер <\*\*\*> обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. ООО «Инкор Девелопмент» (394000, г. Воронеж, ул. Студенческая, д. 33, ИНН 3666177670) и ООО «А1 Системс» (123557, г. Москва, Большой Тишинский переулок, д. 43/20, корп. 2, ИНН 7703678459) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 01.06.2015 либо в течение десяти дней со дня исполнения настоящего предписания.**

*В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе ФАС России вправе в соответствии с [пунктом 2.4 статьи 19.5](#) Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на должностных лиц штраф в размере от двенадцати тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей.*

*Предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном [статьей 198](#) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. Обжалование в судебном порядке настоящего предписания не*

*приостанавливает его исполнение.*

Председатель Комиссии: В.М. Фомин

Члены Комиссии: Л.В. Посохова, Е.И. Манюгина, А.Э. Балан