

## РЕШЕНИЕ

### ПО ДЕЛУ № 04-6/2-15-2015

Резолютивная часть решения по делу оглашена 29 апреля 2015 г.

Решение изготовлено в полном объеме 13 мая 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,

рассмотрев дело № 04-6/2-15-2015, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 24.10.2014 на выделенный <\*\*\*> телефонный номер <\*\*\*> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: *«Абсолютно новый INFINITI Q50: 160 000 рублей уже на вашем счету + 1000 евро в подарок при Trade-IN! +74957557744»*,

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

### УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <\*\*\*> (далее также заявитель) по факту распространения 24.10.2014 на выделенный ему телефонный номер <\*\*\*> без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: *«Абсолютно новый INFINITI Q50: 160 000 рублей уже на вашем счету + 1000 евро в подарок при Trade-IN! +74957557744»*, отправитель – «ASCInfiniti».

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 является специальное предложение по приобретению автомобилей марки «INFINITI Q50».

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 ОАО «МТС», согласно информации которого (письма от 13.11.2014 № M01-6/0937и, от 24.12.2014 № M01-6/1149и, от 29.12.2014 № M01-6/1180и) вышеуказанное смс - сообщение поступило 24.10.2014 в 13:14 на телефонный номер <...> выделенный заявителю, через номер <\*\*\*> СМС - центра ОАО «МТС» с короткого номера 1422, выделенного ЗАО «Связной Загрузка» в рамках заключенного с ним договора от 01.12.2013 № D 130000041 (далее – договор).

Согласно информации ЗАО «Связной Загрузка» (письмо от 15.01.2015 № 714) рассылка вышеуказанного смс – сообщения осуществлялась с помощью технических услуг ЗАО «Связной Загрузка» по заказу ООО «СМС Трафик» на основании заключенного между ними договора оказания услуг предоставления доступа к Системе и обработке данных от 01.04.2014 № А-33/14р (далее – договор № А-33/14р). Из пояснений ЗАО «Связной Загрузка» также следует, что технологически ООО «СМС Трафик» подключено к платформе ЗАО «Связной Загрузка» через протокол SMPP 3.4, посредством которой происходит отправка смс – сообщений, сформированных ООО «СМС Трафик», по указанным последним в своих аппаратно-программных комплексах номерам.

В соответствии с пунктом 2.1 договора № А-33/14р Исполнитель (ЗАО «Связной Загрузка») по заданию Заказчика (ООО «СМС Трафик») оказывает последнему услуги доступа к Системе, обеспечивающей обработку, отправку сообщений и организацию взаимодействия между ООО «СМС Трафик» и Абонентом. Согласно пункту 1.2 договора № А33/14р под Системой понимается принадлежащий ЗАО «Связной Загрузка» комплекс оборудования и программного обеспечения, который позволяет получать, обрабатывать и пропускать в форме различных типов Сообщений данные, поступающие от Абонента и адресуемые ООО «СМС Трафик», а также в обратном порядке – от ООО «СМС Трафик», адресуемые Абоненту.

Согласно условиям договора № А-33/14р на Заказчика (ООО «СМС Трафик») возложены следующие обязательства: запрещается использовать технические возможности, полученные в соответствии с названным договором, для осуществления действий, запрещенных законодательством Российской Федерации, в том числе направление Абонентам информации без согласия последних на ее получение (пункт 3.2.2); не отправлять через Систему ЗАО «Связной Загрузка» сообщения, которые будут соответствовать признакам СПАМ (пункт 3.2.5); - до начала оказания услуг получить от Абонентов предварительное согласие на получение SMS-сообщений ООО «СМС Трафик» (пункт 3.2.9); ответственность за содержание исходящих сообщений несет ООО «СМС Трафик» (пункт 5.3).

В соответствии с пунктом 1.3 договора № А-33/14р ООО «СМС Трафик» осуществляло отправку смс – сообщений в Личном кабинете, то есть в WEB-интерфейсе, расположенном на серверах ЗАО «Связной Загрузка» и находящемся по адресу [www.zagruzka.com](http://www.zagruzka.com), доступ ООО «СМС Трафик» к которому осуществляется после авторизации (ввода логина и пароля, известных только ООО «СМС Трафик»); в пределах Личного кабинета стороны обмениваются юридически и технически значимой информацией, касающейся исполнения договора № А-33/14р, в том числе предусматривающей передачу и планирование отправки информационных сообщений.

В подтверждение исполнения договора № А-33/14р ЗАО «Связной Загрузка» представило подписанные ЗАО «Связной Загрузка» и ООО «СМС Трафик» акт от 31.10.2014 № СЗ-0000000001321, подтверждающий оказание услуг по передаче смс – сообщений и мониторингу трафика в октябре 2014 года, и отчет от 31.10.2014 № 10/14, свидетельствующий об отправке ООО «СМС Трафик» смс – сообщений в количестве 113 925 432 штук в период с 01.10.2014 по 31.10.2014. Оплата оказанных в октябре 2014 года услуг по договору № А-33/14р произведена посредством зачета встречных требований ЗАО «Связной Загрузка» и ООО «СМС Трафик», что подтверждено соглашением о прекращении обязательств зачетом встречных требований от 31.10.2014.

К ответу ЗАО «Связной Загрузка» приложены пояснения ООО «СМС Трафик» (письмо от 30.12.2014 № 333-14), согласно которым 24.10.2014 в 13:14 было отправлено вышеуказанное смс – сообщений оригинатором отправки «ASCIInfiniti», которым является ООО «Инкор Девелопмент».

Согласно информации ООО «СМС Трафик», ООО «Инкор Девелопмент» инициировало рассылку названного смс – сообщения на основании заключенного с ООО «СМС Трафик» договора предоставления услуг от 30.07.2014 № 272-14

(далее – договор № 272-14).

В рамках договора № 272-14 Исполнитель (ООО «СМС Трафик») обязуется по заданию Заказчика (ООО «Инкор Девелопмент») оказывать последнему услуги доступа к Системе SMS Traffic, обеспечивающей обработку, отправку сообщений и организацию взаимодействия между ООО «Инкор Девелопмент» и Абонентом. При этом под Системой SMS Traffic понимается принадлежащий ООО «СМС Трафик» комплекс оборудования и программного обеспечения, который позволяет получать, обрабатывать и пропускать в форме различных типов сообщений данные, поступающие от Абонента и адресуемые ООО «Инкор Девелопмент», а также в обратном порядке - от ООО «Инкор Девелопмент» адресуемые Абоненту (пункт 1 Раздела 1 договора № 272-14).

В соответствии с условиями договора № 272-14 Заказчик (ООО «Инкор Девелопмент») обязан получать от Абонента, на телефон которого планируется отправка сообщений с информацией Заказчика, письменное согласие на получение таких сообщений (пункт 3.2.2); строго соблюдать Правила оказания услуг (Приложение № 2) (пункт 3.2.4). В соответствии с пунктом 3 договора № 272-14 ООО «Инкор Девелопмент» осуществляло отправку смс – сообщений в Личном кабинете, то есть WEB-интерфейсе, расположенном на серверах ООО «СМС Трафик» и находящемся по адресу <https://smstraffic.ru/>, доступ ООО «Инкор Девелопмент» к которому осуществляется после авторизации (ввода логина и пароля, известных только ООО «Инкор Девелопмент»); в пределах Личного кабинета стороны обмениваются юридически и технически значимой информацией, касающейся исполнения договора № 272-14, в том числе предусматривающей передачу и планирование отправки информационных сообщений.

В Приложении № 2 к договору № 272-14, поименованном как «Правила оказания услуг», предусмотрено, что Заказчик (ООО «Инкор Девелопмент») получает индивидуальные логин и пароль, позволяющие получить доступ к защищенной области сайта [www.smstraffic.ru](http://www.smstraffic.ru). ООО «СМС Трафик» предоставляет оплаченные ООО «Инкор Девелопмент» услуги доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование и доставку сообщений. Передача информации (текст сообщения и др.) происходит от ООО «Инкор Девелопмент» к ООО «СМС Трафик» через сеть Интернет (протокол передачи согласовывается с ООО «Инкор Девелопмент» дополнительно). Факт передачи или получения первого сообщения через Платформу (Систему) ООО «СМС Трафик» признается началом оказания услуг ООО «Инкор Девелопмент», и одновременно служит в качестве подтверждения получения ООО «Инкор Девелопмент» всех регистрационных данных, включая имя пользователя и пароль. Доступные федеральные номера для приема смс - сообщений и правила (алгоритм), при соблюдении которых ООО «Инкор Девелопмент» получит SMS-сообщение, размещаются в Личном кабинете ООО «Инкор Девелопмент». Согласно пункту 12 Правил оказания услуг со стороны ООО «Инкор Девелопмент» не допускается отправлять через Платформу (Систему) ООО «СМС Трафик» сообщения, которые будут соответствовать признакам СПАМ.

ООО «СМС Трафик» письмом от 11.04.2015 № 220 представило акт об оказанных услугах по договору № 272/14 от 31.10.2014, подписанный ООО «СМС Трафик» и ООО «Инкор Девелопмент».

При этом содержание как договорных отношений между ЗАО «Связной Загрузка»

и ООО «СМС Трафик», так и между ООО «СМС Трафик» и ООО «Инкор Девелопмент» свидетельствует о том, что стороны осознают возможность нарушения рекламного законодательства – в части распространения рекламы посредством смс - сообщений без согласия абонента, оговаривают ответственность другой (по цепочке от оператора связи ОАО «МТС») стороны за такое нарушение, «перекладывая» на такую сторону ответственность за данное нарушение.

Таким образом, и ООО «СМС Трафик», и ООО «Инкор Девелопмент» в рамках вышеперечисленных договоров не только последовательно, с использованием имеющихся у них технических возможностей, осуществляли передачу смс - сообщений, но и в рамках этих отношений последовательно создавали другой стороне договорных отношений условия для отправки смс - сообщений.

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

Учитывая отсутствие согласия <\*\*\*> на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 24.10.2014 на выделенный ему телефонный номер <\*\*\*> рекламы следующего содержания: *«Абсолютно новый INFINITI Q50: 160 000 рублей уже на вашем счету + 1000 евро в подарок при Trade-IN! +74957557744»*, были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона.

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

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

Принимая во внимание совокупность действий всех лиц, участвующих в схеме доведения спорного sms-сообщения до <\*\*\*>, Комиссия пришла к выводу о нарушении ООО «Инкор Девелопмент» и ООО «СМС Трафик» требований части 1 статьи 18 Закона, выразившемся в распространении 24.10.2014 смс - сообщения (содержащего рекламу специального предложения по приобретению автомобилей марки «INFINITI Q50») без получения предварительного согласия самого абонента. Технология отправки вышеуказанного смс - сообщения рекламного характера через Платформу ЗАО «Связной Загрузка» и Систему ООО «СМС Трафик» требовала как от ООО «СМС Трафик», так и ООО «Инкор Девелопмент» совершения активных действий (авторизации в Системах путем ввода личного логина и пароля и получения доступа к Личному кабинету), что свидетельствует о том, что и ООО «Инкор Девелопмент», и ООО «СМС Трафик» прямо и непосредственно причастны к распространению смс - сообщения на телефонный номер заявителя <\*\*\*>, а их действия подлежат квалификации как действия рекламораспространителей.

Действия ООО «Инкор Девелопмент» и ООО «СМС Трафик» по распространению 24.10.2014 в 13:14 на телефонный номер <\*\*\*>, выделенный <\*\*\*>, без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: *«Абсолютно новый INFINITI Q50: 160 000 рублей уже на вашем счету +*

1000 евро в подарок при Trade-IN! +74957557744», 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: «Абсолютно новый INFINITI Q50: 160 000 рублей уже на вашем счету + 1000 евро в подарок при Trade-IN! +74957557744», распространенную 24.10.2014 в 13:14 на выделенный <\*\*\*> телефонный номер <\*\*\*> посредством смс - сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей, действия ООО «Инкор Девелопмент» (394030, г. Воронеж, ул. Студенческая, д. 33, ИНН - 3666177670, ОГРН – 1123668014040) и ООО «СМС Трафик» (125190, г. Москва, Ленинградский проспект, д. 80, корп. 37, ИНН - 7705642257, ОГРН - 1057746117384) нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Инкор Девелопмент» (394030, г. Воронеж, ул. Студенческая, д. 33, ИНН - 3666177670, ОГРН – 1123668014040) и ООО «СМС Трафик» (125190, г. Москва, Ленинградский проспект, д. 80, корп. 37, ИНН - 7705642257, ОГРН - 1057746117384) предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» при распространении вышеуказанной рекламы специального предложения по приобретению автомобилей марки «INFINITI Q50» 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

**ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-15-2015**

**О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

## РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

13 мая 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,

на основании решения от 13.05.2015 по делу № 04-6/2-15-2015 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» (394030, г. Воронеж, ул. Студенческая, д. 33, ИНН - 3666177670, ОГРН – 1123668014040) и ООО «СМС Трафик» (125190, г. Москва, Ленинградский проспект, д. 80, корп. 37, ИНН - 7705642257, ОГРН - 1057746117384) в **10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «*Абсолютно новый INFINITI Q50: 160 000 рублей уже на вашем счету + 1000 евро в подарок при Trade-IN! +74957557744*» 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» (394030, г. Воронеж, ул. Студенческая, д. 33, ИНН - 3666177670, ОГРН – 1123668014040) и ООО «СМС Трафик» (125190, г. Москва, Ленинградский проспект, д. 80, корп. 37, ИНН - 7705642257, ОГРН - 1057746117384) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 25.06.2015 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