РЕШЕНИЕ

25 апреля 2018 года г. Челябинск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее – Челябинское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушениях законодательства Российской Федерации о рекламе (далее - Комиссия) в составе:

| | |
|---|---|
| председатель Комиссии: | <…> – заместитель руководителя – начальник отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России; |
| члены Комиссии: | <…> – специалист-эксперт отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России; |
| | <…> – главный специалист-эксперт отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России, |

рассмотрев дело № 126-08/2017, возбужденное по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона № 38-ФЗ от 13.03.2006 «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) по факту распространения рекламы путем рассылки СМС-сообщения от отправителя под буквенным обозначением «Bistrodengi» без предварительного согласия абонента,

**УСТАНОВИЛА:**

В Челябинское УФАС России обратилось физическое лицо с заявлением по факту поступления 15 октября 2017 года в 12:34 на телефонный номер <…> - 900-***-**-22 смс-сообщения с рекламой: «Вам предварительно одобрен займ на льготных условиях! Сумма до 25 000 р. Приходите в офис с паспортом. Подробности по т. 8800*****00» от отправителя под буквенным обозначением «Bistrodengi» без предварительного согласия абонента.

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации,

размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи, телефонный номер <...> -900-***-**-22 входит в ресурс нумерации оператора связи ООО «Т2 Мобайл».

ООО «Т2 Мобайл» представило письменные пояснения, согласно которым по результатам проверки установлено, что 15.10.2017 в 12:34 (Московское время +2ч) на номер абонента +7900*****22 поступило входящее смс-сообщение от отправителя «Bistrodengi».

15.10.2017 в 12:34 (Московское время +2ч) направление входящего смс-сообщения абоненту +7900*****22 от отправителя «Bistrodengi» осуществляла компания ООО «ОСК», с которой заключен Договор № 216/SMS-BULK от 01.06.2015 г.

От ООО «ОСК» поступили письменные пояснения, согласно которым Общество осуществляет свою деятельность строго в соответствии с законодательством РФ.

ООО «ОСК» оказывает посреднические технические услуги передачи текстов сообщений и требований к аудитории сообщений на технически мощности операторов мобильной связи или их партнеров, но не формирует сами сообщения, не определяет их содержание и адресатов.

Указанное сообщение поступало на оборудование Общества от ООО «Магазин Малого Кредитования», переименовано в ООО Микрофинансовая компания «Быстроденьги» на основании заключенного с указанной компанией Договора № sms-50/09-14 от 09 октября 2014 г.

В соответствии с Договором, формирование и отправка sms-сообщений осуществляется Клиентом самостоятельно, без согласования с ООО «ОСК» текстов и адресатов направляемых сообщений. При этом ООО «ОСК» не имеет технической возможности каким-либо образом формировать, дополнять, обрабатывать поступающие от Клиента sms-сообщения. Программное обеспечение ООО «ОСК» лишь осуществляет передачу текста sms-сообщения и номера адресата сообщения на оборудование оператора связи; указанная передача происходит в автоматическом режиме без какого-либо вмешательства со стороны ООО «ОСК».

При этом в соответствии с п. 9 параграфа 2 Правил предоставления услуг, Клиент обязуется не использовать услуги ООО «ОСК» в целях распространения информации, не запрошенной получателем, либо информации, от получения которой получатель предварительно отказался. В случае если текст рассылаемых с помощью программного обеспечения ООО «ОСК» сообщений, может быть признан рекламой, рекламораспространителем в этом случае будет являться Клиент как лицо, осуществляющее распространение рекламы.

Кроме того, ООО «ОСК» предприняло меры для соблюдения требований действующего законодательства РФ о рекламе. Согласно условиям Договора, ООО «ОСК» предусмотрело возможность приостановления оказания услуг ООО «Микрофинансовая компания «Быстроденьги»» в случае, если факт передачи или содержание сообщений, передача которых

осуществляется в рамках оказания услуг по Договору, противоречит применимому законодательству.

Таким образом, ООО «ОСК» предусмотрело не только возможность осуществления контроля за процедурой передачи ООО Микрофинансовая компания «Быстроденьги» sms-сообщений, но и оставил за собой возможность понуждения ООО Микрофинансовая компания «Быстроденьги» к совершению или отказу от совершения тех или иных действий путем приостановления оказания услуг.

В тексте смс-сообщения присутствует телефонный номер <...> .

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи, номер <...> *****00 входит в ресурс нумерации оператора связи ОАО «Мобильные ТелеСистемы».

На запрос Челябинского УФАС России ОАО «Мобильные ТелеСистемы» представило письменные пояснения, согласно которым телефонный номер <...> *****00 оформлен на ООО Микрофинансовая компания «Быстроденьги» на основании Договора об оказании услуг связи № 177398130471 от 08.04.2016 и Дополнительного соглашения № 1/Бесплатный вызов 8-800 от 08.04.2016.

Во исполнение запроса МФК Быстроденьги (ООО) предоставило следующую информацию и документы.

СМС-сообщение с рекламой «Вам предварительно одобрен займ на льготных условиях! Сумма до 25 000 руб. Приходите в офис с паспортом. Подробности по т. 8800*****00» поступает клиенту, только в том случае если он оставляет предварительную он-лайн заявку на получение займа и согласие на рассылку ему СМС-сообщений с рекламой на сайте Общества или у партнеров Общества.

Телефонный номер <...> *****00 используется как контактный номер Колл-центра МФК Быстроденьги.

Так, 24.10.2016 г. между МФК Быстроденьги и ИП <…> (далее – Партнер) был заключен договор № ИП-365 (далее – Договор), в соответствии с которым Партнер обязуется оказывать услуги по поиску клиентов, заинтересованных в заключение договора потребительского микрозайма.

Согласно абз. 4 п. 3 согласия на сбор и обработку персональных данных клиент подтверждает и дает свое согласие на предоставление информации рекламного характера о товарах и услугах, реализуемых Операторами (МФК Быстроденьги (ООО) и МФК Турбозайм (ООО)).

МФК Быстроденьги (ООО) направило запрос ИП <…> о предоставлении согласия на сбор и обработку персональных данных абонента, которому принадлежит номер <...> ***-**-22. При получении ответа от ИП <…> Общество дополнительно доведет их до сведения антимонопольного органа.

В адрес МФК Быстроденьги (ООО) поступил ответ ИП <…>, что клиент <…> 15.10.2017 оставил заявку на получение займа, через специализированную

форму, расположенную на сайте http://zaim-gid.ru, при этом дал согласие на обработку персональных данных третьим лицам, отметив соответствующий пункт в форме при подаче заявки, после чего данная заявка 15.10.2017 г. была передана ООО МФК Быстроденьги по каналу API для предоставления услуг микрофинансирования.

Таким образом, в рамках исполнения договора № ИП-365 от 24.10.2016, заключенного между ИП <…> и МФК Быстроденьги (ООО), ИП <…> получил с клиента <…> согласие на сбор и обработку персональных данных, который в том числе, подтвердил и дал свое согласие на предоставление информации рекламного характера о товарах и услугах, реализуемых Операторами (МФК Быстроденьги (ООО) и МФК Турбозайм (ООО)).

В рассматриваемом случае Общество считает, что состав административного нарушения в сфере законодательства о рекламе в отношении МФК Быстроденьги (ООО) отсутствует.

В настоящее время МФК Быстроденьги (ООО) удалила телефонный номер <...> *** ** 22 из всех возможных рассылок СМС-сообщений. В том числе Обществом было направлено информационное письмо в адрес ИП <…> об исключении номера телефона из рассылок СМС-сообщений.

Дополнительно Общество сообщает, что в настоящее время договор № ИП-365 от 24.10.2016 г. заключенный между МФК Быстроденьги (ООО) и ИП <…> не расторгнут, стороны надлежащим образом исполняют обязанности по договору в соответствии с его условиями.

ИП <…> представил письменные пояснения, согласно которым между ИП <…> (по тексту договора – Исполнитель) и ООО МФК «Быстроденьги» (по тексту договора – Заказчик) был заключен договор № ИП-365 от 24 октября 2016 г. (далее по тексту – Договор).

Согласно Заказа на оказание услуг № 1 от «24» октября 2016 г. к Договору № ИП-365 от «24» октября 2016 г. Исполнитель принял на себя обязательства оказывать Заказчику услуги по передаче данных Пользователей, которые выразили желание воспользоваться потребительским займом на Основных условиях займа, с помощью осуществления комплекса информационных и технических мероприятий по маркетингу и продвижению Веб-сайта Исполнителя в сети интернет.

Однако, передача данных Пользователя с телефонным номером +7(900) ***-**-22 ИП <…> ООО МФК «Быстроденьги», в рамках заключенного между сторонами Договора не осуществлялась. Какую бы то ни было плату за данную услугу с ООО МФК «Быстроденьги» ИП <…> не получал.

В связи с тем, что ИП <…> не передавал данные Пользователя с телефонным номером +7(900) ***-**-22 ООО МФК «Быстроденьги», соответственно он и не получал согласия на сбор и обработку персональных данных пользователя.

Ранее в своих письменных пояснениях за № 2 от 13 февраля 2018 г. (направленных Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области 14 февраля 2018 г.) ИП <…> сообщил следующее.

В материалах дела № 126-08/2017 имеется письмо от ИП <…> МФК Быстроденьги (ООО) в котором сообщается о том, что клиент 08.11.2017 оставил заявку на получение займа, через специализированную форму, расположенную на сайте http://zaim-gid.ru, при этом дал согласие на обработку персональных данных и передачу этих данных третьим лицам, отметив соответствующий пункт в форме при подаче заявки, после чего данная заявка 08.11.2017 г. была передана ООО МФК Быстроденьги по каналу API для предоставления услуг микрофинансирования.

И П <…> не имеет договорных отношений с сайтом http://zaim-gid.ru, соответственно услугу по передаче данных Пользователей, которые выразили желание воспользоваться потребительским займом на Основных условиях займа в рамках Договора № ИП-365 от «24» октября 2016 г. ИП <…> не оказывал и не получал.

По вопросу исполнения пункта 1 заказа на оказание услуг № 1, являющегося приложением № 1 к договору № ИП-365 от 24.10.2016 г. ИП <…> указал следующее.

Услуги по поиску и передаче данных Пользователей, которые выразили желание воспользоваться потребительским займом на Основных условиях займа, осуществлялись Исполнителем с помощью комплекса информационных и технических мероприятий по маркетингу и продвижению Веб-сайта Исполнителя.

Услуги с помощью осуществления ряда информационных и маркетинговых мероприятий, в рамках которых Исполнитель непосредственно (по телефону, посредством звуковой рекламы и т.д.) контактирует с Пользователями Исполнителем не оказывались.

ИП <…> считает, что он не нарушил часть 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Рассмотрение заявления и материалов приводит к следующим выводам.

Заявителю на его телефонный номер <...> октября 2017 года поступило СМС-сообщение с рекламой от отправителя под буквенным обозначением «Bistrodengi» без его предварительного согласия.

Согласно статье 3 Федерального закона «О рекламе» под рекламой 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.

В силу части 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Информация, поступившая 15 октября 2017 года заявителю на его телефонный номер <...> в силу статьи 3 Федерального закона «О рекламе» является

рекламой, поскольку направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей к конкретным услугам – оказание финансовых услуг.

Согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Абонент, согласно статье 2 Федерального закона «О связи», это пользователь услуг связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки, в случае осуществления рассылки по его инициативе, не докажет, что такое согласие было получено.

При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено, что отражено в части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламораспространитель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламораспространителем указанного смс-сообщения является ООО МФК «Быстроденьги» ввиду следующего.

Согласно договору № sms-50/09-14 оказания услуг от 09.10.2014 года (далее – Договор), заключенному между ООО «ОСК» и ООО МФК «Быстроденьги» Исполнитель (в данном случае ООО «ОСК») оказывает Заказчику (в данном случае ООО МФК «Быстроденьги») услуги по обеспечению возможности формирования и отправки сообщений адресатам Заказчика (клиентам или иным, указанным Заказчиком, третьим лицам) посредством подключения и обслуживания Заказчика в электронной системе «SMSFinance», а Заказчик обязуется принимать и оплачивать надлежащим образом оказанные Услуги.

В соответствии с п. 9 параграфа 2 Правил предоставления услуг, Заказчик обязуется не использовать услуги ООО «ОСК» в целях распространения информации, не запрошенной получателем, либо информации, от получения которой получатель предварительно отказался. В случае если текст рассылаемых с помощью программного обеспечения ООО «ОСК»

сообщений, может быть признан рекламой, рекламораспространителем в этом случае будет являться Заказчик как лицо, осуществляющее распространение рекламы.

В материалы дела представлен скрин-шот заявки на получение займа, из анализа которой следует, что согласие абонента +7-900-***-**-22 на получение смс-сообщений с рекламой выразил гр. <…>, однако владельцем номера +7-900-***-**-22 является иное лицо, которое не давало согласия на рассылку СМС-сообщений с рекламой. Таким образом, Общество перед направлением рекламного сообщения абоненту +7-900-***-**-22 от отправителя под буквенным обозначением «Bistrodengi» должно убедиться в том, что получатель рекламного сообщения представил согласие на его получение.

Челябинским УФАС России при рассмотрении дела не получены документы, иные материалы, что ООО МФК «Быстроденьги», как рекламораспространителем данной рассылки СМС-сообщений с рекламой приняты меры по идентификации абонента +7-900-***-**-22, а также о принадлежности телефонного номера +7-900-***-**-22 лицу, заполнившему заявку на получение займа, в которой содержится согласие на получение СМС-сообщений с рекламной информацией непосредственно перед направлением рекламы по сетям электросвязи посредством СМС-сообщения, например, запрос абоненту телефонного номера +7-900-***-**-22 перед направлением рекламной информации на его номер о принадлежности номера в форме предварительного звонка или смс-сообщения, о возможности направления рассылки рекламного характера и так далее.

Из анализа норм Федерального закона «О связи», Федерального закона «О рекламе» следует, что заказчик рассылки СМС-сообщений должен принять меры по однозначной идентификации именно абонента (а не лица, указавшего телефонный номер при заполнении документов, дающих согласие на направление рекламных и информационных материалов), а также получить предварительное согласие абонента на направление ему рекламной информации посредством использования сетей электросвязи, то есть получить согласие непосредственно перед направлением конкретного сообщения рекламного характера определенному абоненту.

Документов, материалов, указывающих, что ООО МФК «Быстроденьги» приняты все достаточные меры по соблюдению требований статьи 44.1 Федерального закона «О связи», части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при направлении СМС-сообщений с рекламой на номер абонента +7-900-***-**-22 Челябинским УФАС России при рассмотрении дела не получено, обществом не предоставлено.

В силу статьи 44.1 Федерального закона «О связи» обязанность по идентификации абонента перед направлением ему СМС-сообщений, в том числе рекламного характера возложена на заказчика рассылки в случае, если рассылка осуществлялась по его инициативе.

Условие о предварительном согласии абонента на распространение рекламы по сетям электросвязи следует из части 1 статьи 18 Федерального

закона «О рекламе».

Таким образом, с учетом того, что абоненты имеют возможность смены телефонных номеров, а также при условии, что нормы законодательства Российской Федерации о рекламе предполагают направление рекламы посредством использования сетей электросвязи только с предварительного согласия абонента ООО МФК «Быстроденьги», являясь распространителем рассылки СМС-сообщений с рекламой, могло принять все возможные меры по установлению принадлежности телефонного номера +7-900-***-**-22 конкретному лицу, а также по получению предварительного согласия абонента на распространение рекламы. Такие меры ООО МФК «Быстроденьги» не приняты, в связи с чем допущено нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», а именно заявителю (абоненту телефонного номера +7-900-***-**-22) поступило СМС-сообщение с рекламой без его предварительного согласия.

Пунктом 4 статьи 3 Закона «О рекламе» предусмотрено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламораспространитель.

Довод ООО МФК «Быстроденьги» о том, что рекламораспространителем спорного смс-сообщения с рекламой является ИП <…> не принят во внимание Комиссией, поскольку на основании договора № sms-50/09-14 оказания услуг от 09.10.2014 года, заключенного между ООО МФК «Быстроденьги» и ООО «ОСК», отправку данного сообщения осуществляло ООО МФК «Быстроденьги».

На ИП <…> обязанность по идентификации абонента не возложена ввиду того, что в силу Федерального закона «О связи» данная обязанность возложена на рекламораспространителя, в данном случае на ООО МФК «Быстроденьги».

В соответствии с договором № ИП-365 от 24.10.2016 года, заключенным между ООО МФК «Быстроденьги» и ИП <…>, на индивидуального предпринимателя возложена обязанность по получению предварительного согласия абонента и последующая передача данного согласия в адрес Общества, однако, Общество, как рекламораспространитель, при отправке смс-сообщений с рекламой самостоятельно должно принять все возможные меры по установлению принадлежности телефонного номера +7-900-***-**-22 конкретному лицу. Как усматривается из представленного скрин-шота заявки на получение займа, в графе «Статус заявки» указано: Отказ клиента по телефону. Таким образом, при осуществлении телефонного звонка абоненту +7-900-***-**-22, Общество могло принять меры по установлению принадлежности данного телефонного номера.

В силу статьи 44.1 Федерального закона «О связи» обязанность по идентификации абонента и по получению согласия на рассылку смс-сообщений с рекламой возложена на заказчика рассылки. В данном случае

заказчиком рассылки является ООО МФК «Быстроденьги» как рекламораспространитель спорного смс-сообщения.

Согласно пункту 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе при добровольном устранении лицом совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Поскольку по состоянию на 25 апреля 2018 года ООО МФК «Быстроденьги» исключило телефонный номер <...> -900-***-**-22 из рассылки смс-сообщений с рекламой, что подтверждается письменными пояснениями Общества, Комиссия считает возможным не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь частью 2 пункта 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

**РЕШИЛА:**

1. Признать ненадлежащей рекламу: «Вам предварительно одобрен займ на льготных условиях! Сумма до 25 000 р. Приходите в офис с паспортом. Подробности по т. 8800*****00», распространенную 15 октября 2017 года ООО МФК «Быстроденьги» с использованием телефонной связи без предварительного согласия абонента +7-900-***-**-22 на получение рекламы, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО МФК «Быстроденьги» и его должностного лица.

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