ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС»

ул. Трофимова, д. 1/17, кв. 152,

г. Москва, 115432

mamedovartem.raf@gmail.com

ОПРЕДЕЛЕНИЕ ОБ ОТЛОЖЕНИИ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛА № 024/05/18-2347/2019

И ПРОДЛЕНИИ СРОКА ЕГО РАССМОТРЕНИЯ

«18» декабря 2019 года г. Красноярск

Комиссия Красноярского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе: Председатель Комиссии: заместитель руководителя управления – начальник аналитического отдела <...>, члены Комиссии: заместитель начальника отдела естественных монополий – <...>, специалист – эксперт контрольного отдела <...>, рассмотрев материалы дела № 024/05/18-2347/2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения обществом с ограниченной ответственностью «ОБЛАКА ФИТНЕС» (ОГРН: 5177746267969, ИНН: 7725406025; 115432 г. Москва, ул. Трофимова, д. 1/17, кв. 152) (далее – ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС») рекламы с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие представителя ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС»,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Красноярского УФАС России из ФАС России поступило заявление физического лица (далее – Заявитель) (вх. № 16940 от 23.09.2019) по факту

получения 20.09.2019 в 13:08 на используемый им абонентский номер <...> -922-430-76-80 от абонента под идентификатором OblakaFit (номер смс-центра +7-922-290-02-48) рекламы в виде нежелательного смс-сообщения следующего содержания: «Сегодня-Последний день Акции 1990/Ежемесячно или Год=17900 84951202611» (далее – Реклама). Указанные действия были совершены без получения предварительного согласия от Заявителя, использующего абонентский номер <...> -922-430-76-80, на получение рекламы, что является, по мнению Заявителя, нарушением требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»).

В соответствии со статьей 3 Федерального закона «О рекламе» 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.

Рассматриваемая Реклама содержит все необходимые юридические признаки рекламы, позволяющие определить ее именно в этом качестве и отличить от информации не рекламного характера: предназначена неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Согласно части 1 статьи 18 Федерального 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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Красноярским УФАС России в адрес ПАО «МегаФон» – оператора абонентского номера Заявителя был направлен запрос о предоставлении информации о владельце абонентского номера под идентификатором OblakaFit, с которого была направлена Реклама на абонентский номер Заявителя, о владельце телефонного номера сервисного центра отправителя смс-сообщения +7-922-290-02-48, а также детализацию услуг связи по абонентскому номеру +7-922-430-76-80, используемому Заявителем, по состоянию на 20.09.2019.

В адрес Красноярского УФАС России от ПАО «МегаФон» поступили письменные пояснения с приложением подтверждающих документов, из которых следует: «Абонентский номер <...> -922-290-0248 относится к ресурсу нумерации ПАО «МегаФон» Самарской области и является номером смс-центра. Смс-центр - это оборудование, отвечающее за хранение, передачу, конвертацию и доставку коротких сообщений сети мобильной связи. Таким образом, абонентский номер <...> -922-290-0248 является техническим номером оборудования.

Отправка указанного в запросе SMS-сообщения осуществлена абонентом ПАО «МегаФон» ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС» (далее Корпоративный клиент). Контактные данные юридического лица указаны в прилагаемой к настоящему ответу договору на оказание услуг связи №154361305 от 17.12.2018г.

В рамках вышеуказанного договора, заключенного между ПАО «МегаФон» и ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС» на абонентский номер <...> -926-495-6280 подключена услуга «МегаФон. Таргет», в качестве индивидуальной подписи отправителя Корпоративный клиент использует наименование - «OblakaFit». Условия предоставления услуги (далее - Условия) размещены на сайте оператора megafon.ru и прилагаются к настоящему ответу.

Подключение услуги «МегаФон.Таргет» осуществляется на выделенный абонентский номер Корпоративным клиентом самостоятельно в Личном кабинете (п.1.1.), размещение рекламно- информационных материалов (далее - РИМ) среди Конечных получателей осуществляется исключительно с использованием Индивидуальной подписи (в данном случае - ««OblakaFit») Корпоративным клиентом.

В соответствии с п.5.11 Условий Корпоративный клиент до размещения РИМ среди Конечных получателей из Перечня абонентских номеров Корпоративного клиента обязан получить согласие Конечного получателя на получение РИМ посредством SMS-сообщений от корпоративного клиента.

В случае не подтверждения либо отзыва согласия Конечного получателя на получение РИМ посредством SMS-сообщений (рассылки) от Корпоративного клиента, Корпоративный клиент обязуется прекратить направление РИМ посредством SMS-сообщений такому Конечному получателю, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия Корпоративному клиенту от Оператора (п. 5.14 Условий).

Согласно п. 5.12 Условий использование Услуги Корпоративным клиентом для размещения РИМ среди Конечных получателей из Перечня абонентских номеров Корпоративного клиента означает наличие у Корпоративного клиента согласия Конечного получателя на получение РИМ посредством SMS-сообщений от Корпоративного клиента. Согласие должно быть получено в форме, достаточной для идентификации Конечного получателя и подтверждения его волеизъявления на получение РИМ посредством SMS-сообщений от Корпоративного клиента, и должно в обязательном порядке содержать абонентский номер <...> по которому Конечный получатель дал согласие на получение РИМ через SMS-сообщения. Абонентский номер <...> по которому Конечный получатель дал согласие на получение РИМ через SMS-сообщения, должен быть указан в соответствии с международным форматом.

В случае направления Корпоративным клиентом Конечным получателям SMS-сообщений, содержащих рекламу, он обязуется выполнять следующие требования, установленные в пунктах 5.4, 5.7,5.8 Условий:

– если рекламируемый вид деятельности подлежит лицензированию и/или рекламируемые товары и услуги подлежат обязательной сертификации, либо подлежат государственной регистрации, Корпоративный Клиент обязан по соответствующему требованию предоставить Оператору соответствующие лицензии, сертификаты соответствия или их заверенные копии, а также свидетельства о государственной регистрации;

– предоставляемые Корпоративным клиентом Оператору РИМ должны соответствовать требованиям Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О

рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации. За информацию, содержащуюся в РИМ, ответственность несет Корпоративный клиент;

– в случае если РИМ, распространяемые в рамках Условий, подлежат маркировке в соответствии с требованиями действующего законодательства (в том числе Федеральному закону от 29.12.2010 г. № 436-ФЭ «О защите детей от информации, наносящей вред их здоровью и развитию»), Корпоративный клиент обязан обеспечить маркировку РИМ в соответствии с требованиями действующего законодательства.

Принимая оферту (Условия), Корпоративный клиент соглашается с указанными ограничениями (особенностями) оказания услуги (п.5.22 Условий). Выполнение Корпоративным клиентом действий по подключению услуги считается полным и безоговорочным согласием Корпоративного клиента с Условиями (п.6.1 Условий).

Согласно статье 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», рекламораспространителем признается лицо, осуществляющее распространение рекламы, то есть действия такого лица должны быть направлены на достижение целей рекламирования какого-либо объекта.

Оказывая услугу по передаче коротких текстовых сообщений в рамках договора об оказании услуг связи, ПАО «МегаФон» осуществляет только передачу получателю информации, сформированной Корпоративным клиентом, имея целью не распространение рекламы, а оказание услуг связи.

Таким образом, распространителем рекламы в данном случае является Корпоративный клиент - лицо, определяющее объект рекламирования и использующее для распространения рекламы услуги связи, оказываемые ПАО «МегаФон».

ПАО «МегаФон» были приняты все зависящие от него меры по соблюдению абонентами требований законодательства, в т.ч. в договоре с ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС» предусмотрены вышеуказанные обязательства абонента и меры ответственности за их неисполнение. ПАО «МегаФон» не может предвидеть, что абонентом будут нарушаться положения договора, а также законодательства в сфере рекламы и связи, и исходит из презумпции добросовестности участников гражданского оборота.

Исходя из вышеизложенного, ПАО «МегаФон» не относится к лицам, в действиях которого содержатся признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе». Иная логика привела бы к тому, что все операторы связи, инфраструктура (оборудование) которых задействованы в доставке рекламных смс-сообщений, считались бы рекламораспространителями.

Относительно требования предоставления детализации за 20.09.2019г. по номеру 8-922-430- 7680 сообщаем следующее.

Предоставление Оператором детализированного отчета по балансу Абонента 8-922-430-7680 в отсутствие судебного решения или прямого волеизъявления Абонента нарушает требования законодательства РФ.

Детализированный отчет по балансу формируется сертифицированной информационно- биллинговой системой Оператора и содержит в себе данные об

адресатах соединений по конкретному Абонентскому номеру (в отчете также указывается длительность и стоимость соединений, другие данные).

В соответствии с п. 2 ст. 23 Конституции РФ, ст.63 Федерального закона № 126-ФЗ от 07.07.2003 «О связи» каждый человек имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допустимо только на основании судебного решения, что относит судебный контроль к числу гарантий, препятствующих необоснованным ограничениям указанного права человека и гражданина.

Согласно ч. 2 ст. 63 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи» Операторы связи обязаны обеспечить соблюдение тайны связи.

Учитывая то, что детализированный отчет содержит в себе, в том числе, данные о входящих и исходящих сигналах соединения телефонного аппарата конкретного пользователя связи, предоставление отчета повлекло бы за собой нарушение Оператором положений действующего законодательства РФ».

Ответом ПАО «МегаФон» Красноярскому УФАС России было отказано в предоставлении сведений о детализации услуг связи по абонентскому номеру Заявителя +7-922-430-76-80 по состоянию на 20.09.2019, в связи с чем Красноярское УФАС России направило в адрес ПАО «МегаФон» дополнительный запрос о предоставлении информации о детализации услуг связи по абонентскому номеру Заявителя +7-922-430-76-80 по состоянию на 20.09.2019 с приложением согласия Заявителя на получение антимонопольным органом сведений о детализации услуг связи по используемому им телефонному номеру.

В соответствии с дополнительным запросом ПАО «МегаФон» представлена выписка с детализацией услуг связи по абонентскому номеру +7-922-430-76-80, согласно которой подтверждается поступление 20.09.2019 в 13:08 Рекламы на указанный телефонный номер от абонента под идентификатором OblakaFit.

Красноярское УФАС России установило, что абонентский номер <...> -926-495-62-80 под идентификатором OblakaFit выделен в пользование обществу с ограниченной ответственностью «ОБЛАКА ФИТНЕС» (ОГРН: 5177746267969, ИНН: 7725406025; 115432 г. Москва, ул. Трофимова, д. 1/17, кв. 152) на основании договора об оказании услуг связи <...>, заключенного между ПАО «МегаФон» и ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС». В соответствии с Договором ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС» предоставлена услуга по размещению и распространению рекламно-информационных материалов (далее – РИМ) в виде смс-сообщений и ммс-сообщений «МегаФон.Таргет» от ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС» до конечных получателей.

Условиями Договора обязанность получения предварительного согласия адресатов на получение Рекламы возложена на ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС».

Таким образом, согласно информации, представленной ПАО «МегаФон», отправителем рассматриваемой Рекламы в виде смс-сообщения является ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС».

Учитывая вышеизложенное, принимая во внимание тот факт, что доказательств получения от Заявителя, использующего абонентский номер <...> -922-430-76-80, предварительного согласия на получение Рекламы представлено не было,

указанная Реклама была распространена без получения предварительного согласия Заявителя.

Таким образом, Красноярским УФАС России установлено, что рассматриваемая Реклама была распространения с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

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

Согласно пункту 7 статьи 3 Федерального закона рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

На основании изложенного, в силу статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространителем Рекламы является ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС».

По данному факту Красноярское УФАС России 22 ноября 2019 года возбудило дело № 024/05/18-2347/2019 в отношении ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» (далее – Дело), рассмотрение Дела было назначено на 18 декабря 2019 года.

Определение о возбуждении Дела (исх. № 18981 от 22.11.2019) было направлено ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС» по юридическому адресу заказным письмом с уведомлением. В назначенное время на рассмотрение Дела представитель ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС» не явился, запрошенные определением о возбуждении Дела документы и сведения не представлены.

На момент рассмотрения Дела Комиссия Красноярского УФАС России не обладала информацией о надлежащем уведомлении ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС» о дате и времени рассмотрения Дела.

В ходе рассмотрения Дела Комиссией Красноярского УФАС России принято решение об отложении рассмотрения Дела и продлении срока его рассмотрения в связи с неявкой на рассмотрение представителя участвующего в Деле лица и необходимостью получения дополнительных доказательств.

На основании вышеизложенного, в соответствии с пунктом 27, пунктом 32 и абзацами 2 и 5 пункта 34 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Продлить срок рассмотрения Дела до 21 февраля 2019 года.

2. Рассмотрение Дела отложить.

3. Назначить дело № 024/05/18-2347/2019 к рассмотрению на 24 января 2020 года в 11 часов 30 минут (время местное) по адресу: г. Красноярск, пр. Мира, 81 «д», каб. 3.

4. ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС» представить в адрес Красноярского УФАС России в срок до 22 января 2020 года заверенные надлежащим образом копии следующих документов и сведения:

– письменные пояснения по существу рассматриваемого Дела;

– документы, подтверждающие получение ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС» предварительного согласия Заявителя на получение Рекламы по используемому им абонентскому номеру посредством телефонного звонка;

– описание способов набора и выбора абонентского номера для осуществления распространения Рекламы ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС», с приложением копий подтверждающих документов;

– иные документы и сведения, имеющие, по мнению ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС», отношение к обстоятельствам рассматриваемого Дела.

Явка представителя ООО «ОБЛАКА ФИТНЕС» или защитника с документами, удостоверяющими личность и подтверждающими полномочия, на участие в рассмотрении Дела обязательна.

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии <...>

<...>