

Президенту

ПАО «Мобильные Телесистемы»

<...>

Решение по делу

№ 042/05/18-291/2023

«17» апреля 2023г. г. Кемерово

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Заместителя

председателя
Комиссии:

<...>

-

заместителя руководителя управления;

Членов Комиссии:

<...>

-

главного специалиста-эксперта отдела рекламы
и

недобросовестной конкуренции;

<...>

-

старшего специалиста 1 разряда отдела
рекламы и

недобросовестной конкуренции,

рассмотрев дело № 042/05/18-291/2023, возбужденное в отношении публичного акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы» (далее – ПАО «МТС», адрес: 109147, г. Москва, ул. Марксистская, 4, ОГРН 1027700149124, Дата присвоения ОГРН 22.08.2002, ИНН 7740000076, КПП 770901001) о распространении рекламы, содержащей признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе») в присутствии представителя ПАО «МТС» <...> (доверенность № 0037/23 от 14.02.2023),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило заявление физического лица (далее – заявитель, исх. от 07.02.2023, вх. от 08.02.2023 № 1236-ИП/23) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством СМС – сообщений на абонентский номер заявителя <...> следующего содержания:

19.07.2022 в 19 часов 18 минут и 16.09.2022 в 18 часов 07 минут: «Скачайте приложение KION по ссылке app.kion.ru, в разделе «Подписки выберите подписку «KION» с бесплатным месяцем и наслаждайтесь просмотром фильмов и сериалов. Что особенно приятно – при просмотре в сети МТС трафик не расходуется. Спасибо, что вы с нами! Ваш МТС».

Из заявления следует, что согласие на получение рекламной рассылки заявитель не предоставлял.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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.

14.03.2023 определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Кемеровским УФАС России было возбуждено дело № 042/05/18-291/2023 в отношении ПАО «МТС» и назначено к рассмотрению на 17.04.2023 на 14 часов 00 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ПАО «МТС» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» с пометкой «вручение адресату» имеется в материалах дела).

13.04.2023 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения по делу № 042/05/18-291/2023 от ПАО «МТС», из которых следует, что 12.08.2021 по абонентскому номеру заявителя был зафиксирован факт регистрации в сервисе KION, входящем в экосистему ПАО «МТС», что подтверждается счетом за оказанные абоненту услуги №242396528390/4715794676 от 31.08.2021 (имеется в материалах дела).

Услуга или сервис KION представляет собой совокупность клиентских программ и технико-технологических решений, посредством которых пользователь получает возможность доступа к видео контенту, предоставляемому оператором через данный ресурс (пункт 1.8 пользовательского соглашения).

Согласно условий пользовательского соглашения, регистрируясь на сервисе KION, Пользователь соглашается на получение информационно-справочных, рекламных и иных сообщений, в том числе, о продуктах и услугах оператора и его

партнеров по сети электросвязи, включая при регистрации e-mail и/или мобильный номер (пункт 2.9 пользовательского соглашения).

Кроме того, путем акцепта пользовательского соглашения пользователь выражает согласие на сбор и использование оператором любой и всей полученной в результате использования ресурса информации о пользователе и об использовании сервиса. Оператор имеет право использовать такую информацию в целях исполнения пользовательского соглашения, информационно-справочного, технического обслуживания, маркетинга или в других подобных целях (пункт 2.10 пользовательского соглашения).

Как следует из счетов за оказанные услуги по абонентскому номеру <...> после осуществления регистрации в сервисе KION, начиная с 12.08.2021, абонент неоднократно пользовался услугами данного сервиса (счета оплаты имеются в материалах дела). При этом факт регистрации и пользования указанными услугами свидетельствуют о предоставлении со стороны пользователя абонентским номером <...> согласия на осуществление ПАО «МТС» информационно-справочного, технического обслуживания, маркетинга, связанных с использованием данного сервиса, поскольку это прямо вытекает из условий пользовательского соглашения, принятого абонентом при регистрации в данном сервисе.

Поскольку указанный сервис предполагает возможность просмотра контента с разных устройств в рамках принятия абонентом вышеуказанного пользовательского соглашения на его абонентский номер <...>, использованный при регистрации 12.08.2021 в сервисе KION, направлялись различные информационные сообщения, в том числе, с указанием возможности скачивания данного приложения и на других устройствах.

Таким образом, спорные смс-сообщения (от 19.07.2022 и от 16.09.2022), указанные заявителем, как несогласованные с его стороны, были направлены на абонентский номер <...> в соответствии с принятым абонентом пользовательским соглашением и непосредственно использованием сервиса KION, а не в рамках договора об оказании услуг подвижной связи, по которому 11.07.2022 абонентом было заявлено об отказе на получение рекламной информации.

Подтверждением указанному служит факт регулярного обращения к услугам сервиса KION по абонентскому номеру <...>, зафиксированного в счетах за оказанные услуги, в том числе, после подачи заявителем претензионного обращения об отказе от получения рекламных рассылок в рамках договора об оказании услуг связи 11.07.2022.

17.04.2023 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-291/2023 в присутствии представителя ПАО «МТС» <...> (доверенность № 0037/23 от 14.02.2023), которая поддержала ранее представленные ПАО «МТС» письменные пояснения.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России установила следующее:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило заявление физического лица (далее – заявитель, исх. от 07.02.2023, вх. от 08.02.2023 № 1236-ИП/23) о наличии признаков нарушения ФЗ «О

рекламе» при распространении рекламы посредством СМС – сообщений на абонентский номер заявителя 8-913-423-76-63 следующего содержания:

19.07.2022 в 19 часов 18 минут и 16.09.2022 в 18 часов 07 минут: «Скачайте приложение KION по ссылке app.kion.ru, в разделе «Подписки выберите подписку «KION» с бесплатным месяцем и наслаждайтесь просмотром фильмов и сериалов. Что особенно приятно – при просмотре в сети МТС трафик не расходуется. Спасибо, что вы с нами! Ваш МТС».

Из заявления следует, что согласие на получение рекламной рассылки заявитель не предоставлял.

11.07.2022 заявителем в адрес ПАО «МТС» была подана претензия об отзыве согласия на получение рекламы. Данная претензия была принята и зарегистрирована сотрудником ПАО «МТС» <...> от 11.07.2022.

Как следует из пояснений ПАО «МТС» (исх. № С02/КТ-Б/14и) на основании вышеуказанной претензии ПАО «МТС» был установлен запрет на получение сообщений рекламного характера.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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.

Согласно пользовательскому соглашению KION пунктом 1.1 является Акцепт Соглашения – прохождение процедуры регистрации (создание учетной записи и установление логина и пароля), посредством которой пользователь подтверждает согласие с условиями соглашения. После совершения акцепта соглашения пользователь считается принявшим безоговорочно и в целом условия настоящего соглашения.

Пунктом 1.5.6. - доступ при условии просмотра рекламы – способ предоставления доступа к контенту, при котором пользователю предоставляется возможность просмотра и (или) прослушивания контента при условии просмотра рекламы, размещаемой любым способом.

Согласно пункту 2.1. пользовательского соглашения KION оператор предоставляет пользователю доступ к просмотру контента при условии соблюдения пользователем условий настоящего соглашения и заказа контента.

Пунктом 2.3. установлено, что для использования ресурса (сервиса) пользователь обязан в порядке, установленном настоящим соглашением, подтвердить, что прочитал, понял, согласен соблюдать настоящее соглашение, и присоединиться к настоящему соглашению в целом путем осуществления регистрации (совершить Акцепт Соглашения). С момента акцепта соглашения пользователем настоящее соглашение считается заключенным с пользователем, и пользователь приобретает

права и обязан исполнять обязанности, предусмотренные настоящим соглашением.

Пунктом 2.4. прописано, если пользователь не согласен соблюдать настоящее соглашение, он обязан прекратить использование ресурса.

В соответствии с пунктом 2.9. регистрируясь на ресурсе (сервисе) пользователь соглашается на получение информационно-справочных, рекламных и иных сообщений, в том числе. О продуктах и услугах оператора и его партнеров по сети электросвязи, включая указанные при регистрации e-mail и/или мобильный номер.

Согласно пункту 2.10. путем акцепта настоящего соглашения пользователь выражает согласие на сбор и использование оператором любой и всей полученной в результате использования ресурса информации о пользователе и об использовании пользователем ресурса (сервиса). Оператор имеет право использовать такую информацию в целях исполнения настоящего соглашения, информационно-справочного, технического обслуживания, маркетинга или в других подобных целях.

Пунктом 4.2.1. прописано, что пользователь обязан соблюдать условия настоящего соглашения.

Данное пользовательское соглашение KION размещено на сайте ПАО «МТС». Согласно условиям пользовательского соглашения данным сервисом регистрация пользователя (создание учетной записи и установления логина и пароля) являются акцептом публичной оферты пользовательского соглашения, подтверждающие безоговорочное принятие пользователем его условий. Данный документ содержит безальтернативное условие о согласии на получение рекламы по сетям электросвязи. При этом база для рассылки рекламных сообщений состоит из абонентов, которые были вынуждены дать рекламодателю согласие на получение рекламы по сетям электросвязи, чтобы воспользоваться его услугами.

В этой связи наличие в пользовательском соглашении положения о безальтернативном согласии на получение рекламы по сетям электросвязи не является надлежащей формой получения согласия. Потребитель не может заключить договор и при этом не получать рекламу по сетям электросвязи.

Пунктом 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 02.10.2012 года № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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 рекламораспространителя.

Таким образом, из смысла положений законодательства о рекламе и Закона о связи следует, что, если реклама распространяется без получения предварительного согласия абонента и посредством использования телефонной связи, распространение такой рекламы осуществляется незаконно.

Соответственно, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки.

При этом в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи именно на нем лежит бремя доказывания согласованного характера рассылки. В случае осуществления рассылки по инициативе иного лица, в том числе по инициативе рекламодателя, рекламопроизводителя или рекламораспространителя бремя доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы лежит на указанных лицах.

Таким образом, ПАО «МТС» посредством СМС-сообщений направило заявителю рекламу о дополнительной платной услуге – сервис KION 19.07.2022 и 16.09.2022 после отзыва согласия на получение рекламы (претензия от 11.07.2022).

Следовательно, распространение ПАО «МТС» рекламы посредством смс – сообщений без согласия абонента <...>, содержит признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» установлено, что ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» несет рекламораспространитель.

В данном случае рекламораспространителем является ПАО «МТС».

Руководствуясь 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 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу публичного акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы» (адрес: 109147, г. Москва, ул. Марксистская, 4, ОГРН 1027700149124, Дата присвоения ОГРН 22.08.2002, ИНН 7740000076, КПП 770901001), распространенную посредством СМС – сообщений на

абонентский номер заявителя 8-913-423-76-63 без согласия самого заявителя, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать публичному акционерному обществу «Мобильные ТелеСистемы» (адрес: 109147, г. Москва, ул. Марксистская, 4, ОГРН 1027700149124, Дата присвоения ОГРН 22.08.2002, ИНН 7740000076, КПП 770901001) предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Кемеровского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме «__» апреля 2023 года.

Решение может быть обжаловано в порядке, предусмотренном статьей 37 ФЗ «О рекламе».

Заместитель председателя Комиссии <...>

Члены Комиссии: <...>

<...>