ФЕДЕРАЛЬНАЯ АНТИМОНОПОЛЬНАЯ СЛУЖБА

ПИСЬМО

от 25 сентября 2017 г. N АК/65823/17

О РАСПРОСТРАНЕНИИ

РЕКЛАМЫ ПО СЕТЯМ ЭЛЕКТРОСВЯЗИ ПОСРЕДСТВОМ SMS-РАССЫЛКИ

В соответствии с [пунктом 25](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB79E1AC07B92237D1C1DB1B693649589E43D904525B82E13E7D7EFE34313s9p1D) Плана оказания методической помощи территориальным органам ФАС России в 2017 году, утвержденным приказом ФАС России от 17.04.2017 N 523/17 (далее - План), ФАС России направляет разъяснение о распространении рекламы по сетям электросвязи посредством SMS-рассылки.

В соответствии с [частью 1 статьи 18](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB79E1AC07B92237E1B1BBDB493649589E43D904525B82E13E7D7EFE34312s9p1D) 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.

[Пункт 21.1 статьи 2](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB79E1AC07B92237E1814B1B393649589E43D904525B82E13E7D5ECsEp5D) Федерального закона "О связи" закрепляет понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Федеральный [закон](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB79E1AC07B92237E1814B1B393649589E43D904525B82E13E7D5ECsEp5D) "О связи" не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (то есть, например, с использованием "коротких" или "буквенных" номеров) и сообщения, направляемые автоматически. Сообщения, рассылаемые с номеров, входящих в российскую систему и план нумерации или предусмотренные договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи, и не являющиеся автоматическими, не подпадают под указанное понятие рассылки.

[Статья 44.1](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB79E1AC07B92237E1814B1B393649589E43D904525B82E13E7D5ECsEp4D) Федерального закона "О связи" устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования [статьи 44.1](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB79E1AC07B92237E1814B1B393649589E43D904525B82E13E7D5ECsEp4D) Федерального закона "О связи".

Согласно [части 1 статьи 44.1](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB79E1AC07B92237E1814B1B393649589E43D904525B82E13E7D5ECsEpBD) Федерального закона "О связи" рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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 или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с данной [нормой](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB79E1AC07B92237E1814B1B393649589E43D904525B82E13E7D5ECsEpBD) согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

В соответствии с [частью 2 статьи 44.1](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB79E1AC07B92237E1814B1B393649589E43D904525B82E13E7D5ECsEpAD) Федерального закона "О связи" рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Данная [норма](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB79E1AC07B92237E1814B1B393649589E43D904525B82E13E7D5ECsEpAD), по мнению специалистов ФАС России, закрепляет положение, согласно которому оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, выполняет не только функции доставки сообщения, но также обеспечивает направление сообщения в сеть электросвязи, соответственно имеет правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения, в том числе наличие у сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на получение такой рассылки.

Согласно [статье 3](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB79E1AC07B92237E1B1BBDB493649589E43D904525B82E13E7D7EFE34216s9p1D) Федерального закона "О рекламе" рекламораспространитель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, в случае осуществления рассылки рекламных сообщений с номеров, не соответствующих российской системе и плану нумерации, сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (например, с "коротких" и "буквенных" номеров), а также направляемых автоматически, оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может признаваться рекламораспространителем.

Согласно [части 7 статьи 38](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB79E1AC07B92237E1B1BBDB493649589E43D904525B82E13E7D7E9sEp0D) Федерального закона "О рекламе" за нарушение [статьи 18](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB79E1AC07B92237E1B1BBDB493649589E43D904525B82E13E7D7EFE3461Cs9p6D) данного закона ответственность несет рекламораспространитель. Соответственно, в указанных случаях оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может быть привлечен к ответственности в качестве рекламораспространителя за нарушение [части 1 статьи 18](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB79E1AC07B92237E1B1BBDB493649589E43D904525B82E13E7D7EFE34312s9p1D) Федерального закона "О рекламе".

Указанная позиция нашла свое подтверждение в судебной практике, в том числе в [решении](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB69E1FB92EC12C77181BBFB19D399F81BD319242s2pAD) Арбитражного суда города Москвы от 26.08.2014, [постановлении](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB69E1FB92EC12C781818B8B69F399F81BD319242s2pAD) Девятого арбитражного апелляционного суда от 05.12.2014, [постановлении](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBA8921EC07B92237E1614B1B593649589E43D90s4p5D) Арбитражного суда Московского округа от 30.03.2015 по делу N А40-60684/2014.

Из [постановления](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBA8921EC07B92237E1614B1B593649589E43D90s4p5D) Арбитражного суда Московского округа от 30.03.2015 по делу N А40-60684/2014 в том числе следует, что суды с учетом конкретных обстоятельств дела, исходя из положений Федерального [закона](consultantplus://offline/ref=8F98113EDD12FF566ECBB79E1AC07B92237E1B1BBDB493649589E43D904525B82E13E7D7EFE34216s9p1D) "О рекламе" и существующих договорных обязательств, а также роли оператора связи в распространении спорной рекламы, правомерно признали оператора связи рекламораспространителем указанного выше sms-сообщения, поскольку именно совместными действиями оператора связи, обеспечивающего подключение к сети электросвязи предоставления технических мощностей и оказание услуг связи, а также абонента осуществлялось непосредственное доведение sms-сообщений до конечных получателей.

Кроме того, в решении по делу N А10-4537/2015 суды также отмечают, что признание оператора сотовой связи рекламораспространителем возможно, если есть сведение об осведомлении об использовании смс-услуг для доведения рекламной информации до абонента и у оператора имелась правовая и техническая возможность оценить содержание смс-рассылки и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на ее получение.

А.Б.КАШЕВАРОВ