Нарушения, допускаемые при распространении рекламы по сетям электросвязи в Российской Федерации, в том числе, на территории Краснодарского края

Вопрос массовых рекламных рассылок на пользовательские оборудования без согласия на то пользователей данного оборудования на сегодняшний день является актуальным и до конца не решенным.

Актуальность данного вопроса обоснована, в том числе, статистикой Краснодарского УФАС России. За 4 квартал 2017 года Краснодарским УФАС России было рассмотрено 24 дела о нарушении требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе». По результатам рассмотрения указанных дел Краснодарским УФАС России принято 18 решений о признании рекламы ненадлежащей, выдано 13 предписаний о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, вынесено 6 определений о прекращении производства по делу. Также, Краснодарским УФАС России рассмотрено 19 дел об административных правонарушениях. По результатам рассмотрения указанных дел Краснодарским УФАС России вынесено 15 постановлений о привлечении лица к административной ответственности в виде штрафа и 4 постановления о привлечении лица к административной ответственности в виде предупреждения.

На сегодняшний день, большинство пользователей сталкивается с проблемой поступления на свой мобильный телефон рекламных смс-сообщений. Абоненты, занимая активную гражданскую позицию, часто обращаются в Федеральную антимонопольную службу, а также в ее территориальные органы, в числе которых Управление Федеральной антимонопольной службы по Краснодарскому краю (далее - Краснодарское УФАС России).

Из всех заявлений, поступивших в Краснодарское УФАС России, о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе большинство - о нарушении ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»).

В соответствии с ч. 1 ст. 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.

Согласно п. 1 ст. 2 Федерального закона «О связи» абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

В соответствии с ч. 7 ст. 38 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований установленных, в том числе, ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

Пункт 7 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» определяет рекламораспорстранителя как лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Однако, далеко не каждое смс-сообщение или письмо, поступившее на пользовательское оборудование лица можно квалифицировать в качестве рекламы. Пунктом 1 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» реклама определяется как 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. При этом, под объектом рекламирование 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 (п. 2 ст.3 Федерального закона «О рекламе»). Под товаром следует понимать продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Таким образом, адресатом рекламы является неопределенный круг лиц (при этом, если информация адресована конкретному лицу, то такая информация не может быть квалифицирована как реклама); рекламная информация направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования – работе или услуге, на формирование или поддержание интереса к объекту рекламирования, а также на продвижение данного объекта на рынке (например –в тексте рекламы указан интернет-сайт, номера телефонов по которым можно получить более подробную информацию).

Следовательно, если информация не обладает всей полнотой вышеуказанных признаков, то такая информация не может быть квалифицирована как реклама.

Ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», несет рекламораспорстранитель. Таким образом, после того, как антимонопольным органом установлено, что информация, поступившая абоненту, является рекламой, следует выяснить, кто предпринял те или иные действия по распространению такой рекламы. Определить рекламораспорстранителя бывает не просто, так как существует множество различных способов передачи информации, в том числе рекламы, по сетям электросвязи. Ниже мы приведем некоторые из них, однако это далеко не все способы передачи рекламы, по сетям электросвязи.

Первыйспособ.

Между оператором мобильной связи (ПАО «Мобильные Телесистемы», ПАО «МегаФон», ПАО «ВымпелКоммуникации», ООО «Т2Мобайл» и др.) и физическим или юридическим лицом заключен договор об оказании услуг связи. Следовательно, лицо, с которым оператор связи заключает такой договор, является абонентом-рекламораспространителем. В договоре об оказании услуг связи, как правило, содержится пункт о том, что абонент, подписав данный договор, ознакомлен и согласен с Условиями либо Правилами оказания услуг связи. Такие условия или правила находятся в сети Интернет в открытом доступе, поэтому каждый абонент имеет возможность с ними ознакомиться. Данные Условия или Правила, в большинстве случаев, устанавливают запрет на распространение абонентами рекламы. Например, п. 1.3 Условий оказания услуг подвижной связи «МТС» в редакции от 06 апреля 2012 года устанавливает, что услуги связи МТС не могут быть использованы Абонентом без дополнительного письменного согласования с Оператором для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок сообщений, установки шлюзов для доступа к сети электросвязи и Интернет-телефонии, массовой генерации трафика и т.п. Однако, зачастую, нарушая указанный запрет, абоненты распространяют рекламу посредством смс-сообщений другим абонентам, при этом, нарушают требования, установленные ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

Таким образом, правоотношения по распространению смс-сообщения, помимо нормативно-правовых актов, регулируются одним договором об оказании услуг связи, заключенным между Оператором и Абонентом. В данном случае рекламораспространителем является Абонент (физическое лицо), который в нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» без согласия абонента-получателя рекламы посредством смс-сообщения распространяет рекламу.

Однако существуют иные способы, предусматривающие цепочку из нескольких рекламораспространителей.

Второй способ.

Между оператором мобильной связи (ПАО «Мобильные Телесистемы», ПАО «МегаФон», ПАО «ВымпелКоммуникации», ООО «Т2Мобайл» и др.) и юридическим лицом (далее – Общество) заключен договор об оказании услуг по предоставлению технической возможности для отправки большого пакета смс-сообщений. По такому договору Общество является Заказчиком, а оператор мобильной связи - Исполнителем. Данный договор, в отличие от договора об оказании услуг, предусматривает отправку, в том числе рекламных смс-сообщений.

Зачастую Общества, заключающие подобный договор с оператором мобильной связи, заключают такие же договоры об оказании услуг по предоставлению технической возможности для отправки большого пакета смс-сообщений с другими Обществами, в соответствии с которыми первое Общество, предоставляя технический ресурс (программное обеспечение) для массовой рассылки, в том числе рекламных смс-сообщений, является Исполнителем, а второе Общество – Заказчиком такой смс рассылки. Общества, заключающие такие договоры, как с операторами мобильной связи, так и между собой, зачастую являются смс-агрегаторами, т.е. определяют круг лиц, которым будет произведена рассылка, а также осуществляют иные действия, направленные на рассылку смс-сообщений, в том числе с рекламой.

Количество таких договоров неограниченно. У Краснодарского УФАС России имеется практика, когда в ходе рассмотрения дела о нарушении требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» была установлена цепочка из семи рекламораспросранителей (дело № А32-20866/2017, с которым можно ознакомиться в картотеке арбитражных дел на сайте <https://my.arbitr.ru/#index>).

Стоит обратить внимание на то, что любое лицо в данной цепочки, причастное к доставке рекламы посредством смс-сообщения до получателя и являющееся по договору оказания услуг по предоставлению технической возможности для отправки большого пакета смс-сообщений смс-агрегатором, является рекламораспространителем, так как осуществляет деятельность по распространению рекламы посредством электросвязи, в форме смс-сообщений и с использованием собственного или стороннего программного обеспечения.

Таким образом, правоотношения по распространению смс-сообщения, помимо нормативно-правовых актов, регулируются несколькими договорами об оказании услуг, предметом которых являются правоотношения по предоставлению технической возможности для отправки большого пакета смс-сообщений. В данном случае рекламораспространителем является смс-агрегатор - Общество определяющее круг лиц, которым будет произведена рассылка, а также осуществляющее иные действия, направленные на рассылку смс-сообщений, в том числе с рекламой, которое в нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», без согласия абонента-получателя рекламы посредством смс-сообщения распространяет рекламу.

Это наиболее распространенные способы массовой рассылки рекламы посредством смс-сообщений, однако существует множество других способов незаконной рассылки рекламы без согласия абонента-получателя по сетям электросвязи как посредством смс-сообщений, так и посредством рекламных звонков на мобильные устройства, рекламных писем, распространяемых по электронной почте и с использованием иных средств электросвязи.

За нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена административная ответственность в виде административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Федеральная антимонопольная служба и, в частности, Краснодарское УФАС России делает все возможное для решения такой сложной и актуальной проблемы как незаконная рассылка рекламы с использованием средств электросвязи, выдавая предписания, привлекая виновных лиц к административной ответственности, в том числе в виде административного штрафа.

Кроме того, согласно ч.6 ст.45 Федерального закона «О связи» абонент вправе обратиться к оператору подвижной радиотелефонной связи с требованием о прекращении передачи на его пользовательское оборудование (оконечное оборудование) коротких текстовых сообщений с указанием абонентского номера или уникального кода идентификации, которые содержатся в таких сообщениях и от получения которых абонент отказывается, за исключением сообщений, передача которых осуществляется оператором подвижной радиотелефонной связи в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Оператор подвижной радиотелефонной связи без взимания платы с абонента обязан прекратить рассылку по сети подвижной радиотелефонной связи на пользовательское оборудование (оконечное оборудование) абонента с абонентского номера или уникального кода идентификации, указанных в обращении абонента.