**ДОКЛАД**

**О практике борьбы с СМС-спамом и незаконными рекламными телефонными звонками**

**Многие из нас получают SMS-сообщения, в том числе и с коротких номеров. Иногда это ожидаемые сообщения, но чаще — реклама, на получение которой мы своего разрешения никому не давали. Как заставить спамеров прекратить причинять неудобства?**

Прежде, чем обращаться в государственные надзорные органы, нужно «отписаться» от рассылок через специальный договор со своим мобильным оператором. У всех компаний мобильной связи в условиях обслуживания прописан пункт, по которому гражданин, став клиентом, соглашается на получение рекламы, а также на использование сведений об абоненте в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке. Но условиями предусмотрен и отказ от рекламы путем предоставления оператору связи соответствующего письменного уведомления.

Если и после этого на телефон поступает нежелательная реклама, то тут уже следует обращаться в антимонопольные органы.

В соответствии с Положением о территориальном органе Федеральной антимонопольной службы, утвержденным Приказом ФАС России от 23.07.2015 № 649/15, территориальный орган осуществляет функции по контролю за соблюдением антимонопольного законодательства, законодательства в сфере деятельности субъектов естественных монополий, контролю в сфере закупок, **рекламы**.

Согласно статьям 33, 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», антимонопольный орган осуществляет государственный контроль над соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе в пределах определенных полномочий.

При этом территориальный орган ФАС России имеет право осуществлять не любые полномочия по соблюдению законодательства о рекламе, а только в пределах его компетенции в случаях и порядке, предусмотренных законодательством Российской Федерации.

При поступлении в антимонопольный орган заявления о распространении нежелательной рекламы (смс, телефонный звонок) необходимо установить следующее:

- определить подведомственность рассмотрения (по месту получения рекламы) (*Письмо ФАС от 25.02.2014 № АК/6531/14*)

- определить является ли поступившее сообщение рекламной информацией;

- установить наличие необходимых доказательств поступления нежелательной рекламы (фото экрана с СМС-сообщением, запись телефонного звонка);

- определить надлежащего рекламораспространителя;

- установить наличие / отсутствие у рекламораспространителя согласия абонента на распространение рекламы.

Согласно [пункту 1 статьи 3](consultantplus://offline/ref=C39A493604ED5F619BBF5A802BE846C39983322743556B70ED62D0D4A2FCE6E2A3655CED83F1CB462D73CA96BA8F49C6A1B85C842133FC88lCDFL) 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.

В данной норме под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

Специальные требования к рекламе, распространяемой по сетям электросвязи, к которым относится и сеть Интернет, закреплены в **статье 18 Закона о рекламе**.

Ответственность за нарушение [части 1 статьи 18](consultantplus://offline/ref=C39A493604ED5F619BBF5A802BE846C39983322743556B70ED62D0D4A2FCE6E2A3655CED83F1CA432973CA96BA8F49C6A1B85C842133FC88lCDFL) Закона о рекламе возложена на рекламораспространителя.

Согласно [пункту 7 статьи 3](consultantplus://offline/ref=C39A493604ED5F619BBF5A802BE846C39983322743556B70ED62D0D4A2FCE6E2A3655CED83F1CB472973CA96BA8F49C6A1B85C842133FC88lCDFL) Закона о рекламе р**екламораспространитель** - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с частью 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 реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

То есть, законом о рекламе установлен однозначный запрет на распространение рекламы по сетям электросвязи при отсутствии согласия абонента. **Обязанность доказывания факта наличия согласия** абонента на получение рекламы по сетям электросвязи **возложена на рекламораспространителя.**

При этом согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было не только однозначно идентифицировать такого абонента, но и подтвердить волеизъявление данного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (*пункт 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58*).

Следует обратить внимание, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), **который только обеспечил подключение к сети** электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является *(Письмо ФАС России от 28.04.2011№ АК/16266).*

В случае поступления обращений по вопросу распространения рекламы без согласия абонента антимонопольный орган должен установить лицо, распространившее данную рекламу.

Но между тем, в [части 2 статьи 18](consultantplus://offline/ref=4A5656CCA15D12CEB5F6231E6035382D00E8875B34917F486333315B58F20740F08A8E42163980E2C27AEF13DA5576268F6C3969AFA6DBF4W5A8L) Закона о рекламе установлено, что не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозванивания, автоматической рассылки).

По сути, данная [норма](consultantplus://offline/ref=4A5656CCA15D12CEB5F6231E6035382D00E8875B34917F486333315B58F20740F08A8E42163980E2C27AEF13DA5576268F6C3969AFA6DBF4W5A8L) запрещает так называемый **спам** (массовую рассылку рекламы и иной коммерческой информации лицам, не выражавшим желания их получать).

Согласно [пункту 2](consultantplus://offline/ref=4A5656CCA15D12CEB5F6231E6035382D00E78050369C7F486333315B58F20740F08A8E42163981E5C07AEF13DA5576268F6C3969AFA6DBF4W5A8L) постановления Правительства Российской Федерации от 10.09.2007 № 575 «Об утверждении Правил оказания телематических услуг связи» **под спамом понимается** телематическое электронное сообщение, предназначенное неопределенному кругу лиц, доставленное абоненту и (или) пользователю без их предварительного согласия и не позволяющее определить отправителя этого сообщения, в том числе ввиду указания в нем несуществующего или фальсифицированного адреса отправителя.

Под запрет, установленный в [части 2 статьи 18](consultantplus://offline/ref=4A5656CCA15D12CEB5F6231E6035382D00E8875B34917F486333315B58F20740F08A8E42163980E2C27AEF13DA5576268F6C3969AFA6DBF4W5A8L) Закона о рекламе, подпадают как случаи, когда выбор абонента (абонентского номера) осуществляется не человеком, а техническим устройством, программой, компьютером, машиной, так и случаи, когда набор такого номера осуществляется автоматически, без участия человека (даже если выбор абонентов был произведен человеком).

При этом, с учетом обстоятельств дела, **в качестве рекламораспространителя может быть** признано лицо, являющееся **оператором связи**, особенно в случае предоставления им иному лицу «короткого номера», предназначенного для одновременной массовой отправки sms-сообщений широкому кругу лиц *(Разъяснения ФАС от 14.06.2012).*

Федеральным законом от 21.07.2014 № 272-ФЗ в Закон о связи введено 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) 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.

Указанное понятие рассылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Согласно [части 1 статьи 44.1](consultantplus://offline/ref=E8837531A98DDA9CE7B3EF3A8D8810A0CA8F16BED9854D7A747F251A073DB0C5438EA21DC10375DC8BC7021A31A51F9FE335DBDF8FmBp9M) Закона о связи рассылка должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента.

В соответствии с [частью 2 статьи 44.1](consultantplus://offline/ref=FBC5EF320DB0C11ECDEE2C2CA14A79A20005E6A75898C24DA6B7758EE8E0ABC2C729A1DD2FFDC939E11FA7A29F065923B29584BECFl4q6M) Закона о связи рассылка по инициативе заказчика осуществляется на основании договора, заключенного с оператором связи, абоненту которого предназначена рассылка.

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** *(Письмо ФАС от 05.12.2014 № АК/49919/14).*

Следует отметить, что к рекламе не относится информация, распространяемая посредством СМС-сообщений, направляемых операторами сотовой связи своим абонентам, содержащая сведения о порядке исполнения или изменении условий исполнения обязательств по предоставлению «базовых» услуг в рамках условий и предмета заключенного договора, в частности:

- об изменении стоимости данных услуг, предоставляемых в рамках выбранного абонентом тарифного плана;

- об обеспечении данных услуг бесплатными сервисами (например, «Вам звонили», «Узнать баланс», «Я в сети»);

- о нахождении абонента в роуминге (в том числе о пересечении абонентом границы и возможном изменении в порядке списания денежных средств);

- об изменении порядка оплаты данных услуг, в том числе о возможности изменения порядка оплаты данных услуг по выбору абонента, не связанного с подключением дополнительной услуги за дополнительную плату.

Вместе с тем распространяемая посредством СМС-сообщений **информация о дополнительных услугах**, предлагаемых операторами сотовой связи абонентам, с которыми у них заключен договор на оказание услуг, **может рассматриваться в качестве рекламы**, если такая услуга выступает в качестве объекта рекламирования. Так, должна относиться к рекламе следующая информация:

- предложение приобрести за дополнительную плату мобильный контент (фото-, видеоизображения, мелодии для рингтонов или гудков, подписка на новости, прогноз погоды и т.п.);

- предложение подключить за дополнительную плату услугу, связанную с предоставлением «базовых» услуг (например, «Автоответчик», «Голосовая почта», «Черный список», «Автоплатеж»);

- предложение перейти на другой тарифный план;

- предложение обратиться на мобильный сервис (портал), в том числе подключение или использование которого не требует внесения разовой или абонентской платы, если посредством данного сервиса (портала) абоненту за дополнительную плату может быть предоставлен мобильный контент или дополнительные услуги.

Кроме того, в любом случае должны относиться к рекламе СМС-сообщения, направляемые операторами сотовой связи абонентам, с которыми у них не заключен договор на оказание услуг связи, если в таких сообщениях содержится объект рекламирования (*Письмо ФАС от 13.06.2013 № АК/22976/13).*

3 июня 2021 года ФАС России крупнейшие операторы связи (МТС, Билайн, Мегафон, Теле2) совместно с ФАС России в целях защиты пользователей услугами телефонной связи от вызовов, совершенных с нарушением требований законодательства, в том числе от распространения голосовой рекламы без получения согласия абонента, подписали меморандум противодействия голосовым вызовам, совершенным с нарушением требований законодательства.

В 2020 году в адрес управления поступило около **40 жалоб** на смс-рекламу и рекламные звонки (это около 40% жалоб от всех жалоб на нарушение рекламного законодательства).

Возбуждено 5 рекламных дел, 3 из них были прекращены в связи с тем, что в ходе рассмотрения дела рекламораспространителем предоставлялись доказательства получения от гражданина согласия на рекламную рассылку.

2 рекламных дела *(ООО «Тотем Бургер» и Епечурин А.Е.)* закончились признанием рекламораспространителя виновным в нарушении ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе. Выдано 2 предписания об устранении нарушений рекламного законодательства, все предписания исполнены.

По результатам рассмотрения 2 рекламных дел возбуждено 2 административных дела по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ. Наложено штрафов на сумму 102 000 руб. Штраф на сумму 100 000 руб. *(ООО «Тотем Бургер»)* заменен судом на предупреждение, остальная сумма штрафа была оплачена нарушителем.

В 2021 году в адрес управления уже поступило около **75 жалоб** (это около 60% жалоб от всех жалоб на нарушение рекламного законодательства) на смс-рекламу и рекламные звонки, и на 87% больше, чем за весь 2020 год.

Возбуждено 7 рекламных дел *(ООО «Союзпромсервис»,   
ООО «Информационный центр «XXI век», ООО «Воронеж ремонт»,   
ООО «Юнисофт», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка» и АО «МегаЛабс»)*, 6 из них были прекращены в связи с тем, что в ходе рассмотрения дела рекламораспространителем предоставлялись доказательства получения от гражданина согласия на рекламную рассылку. 1 дело в стадии рассмотрения (*АО «МегаЛабс»*).

Возбуждено и рассмотрено 1 дело по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ   
*(ПАО «МТС»)*. Наложен штраф на сумму 100 000 руб., оплачен в полном объеме.