

ФЕДЕРАЛЬНАЯ АНТИМОНОПОЛЬНАЯ СЛУЖБА

ПИСЬМО

от 11 ноября 2019 г. N ДФ/98054/19

О НАДЛЕЖАЩИХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВАХ ПРИ ВЫЯВЛЕНИИ НАРУШЕНИЯ ТРЕБОВАНИЙ ЧАСТИ 1 СТАТЬИ 18 ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА "О РЕКЛАМЕ"

В соответствии с пунктом 37 Плана оказания методической помощи территориальным органам ФАС России в 2019 году, утвержденным приказом ФАС России от 18.04.2019 N 477/19, ФАС России направляет разъяснение о надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона "О рекламе".

1. В соответствии с частью 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

Таким образом, Федеральным законом "О рекламе" установлен однозначный запрет на распространение рекламы по сетям электросвязи при отсутствии согласия абонента.

Федеральный закон "О рекламе" возлагает обязанность доказывания факта наличия согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи на рекламодателя.

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 рекламодателя (пункт 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 N 58).

Так, по мнению ФАС России, согласие, полученное посредством заполнения каких-либо форм на сайтах в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет", не позволяющих однозначно установить, кто именно дал согласие на получение рекламы, является ненадлежащим и влечет нарушение указанного требования статьи 18 Федерального закона "О рекламе", поскольку не позволяет подтвердить волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

В свою очередь, согласие абонента на получение рекламы, содержащееся в договоре, заключенном в письменной форме, подписанном абонентом, в том числе в договоре на оказание услуг связи, позволяет однозначно идентифицировать абонента и может рассматриваться как надлежащее (определение Верховного Суда Российской Федерации от 12.02.2018 N 309-КГ17-22298 по делу N А60-63378/2016).

Признание конкретного лица рекламодателем осуществляется в каждом конкретном случае, исходя из всех обстоятельств размещения рекламы, с учетом непосредственных действий (бездействия), осуществлявшихся таким лицом при размещении (распространении) рекламы.

Для целей реализации ФАС России возложенных на него полномочий,

антимонопольный орган должен обладать документами и доказательствами, необходимыми для принятия обоснованного решения.

В соответствии с пунктом 13 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 N 508 (далее - Правила), установлены требования к заявлению, указывающему на признаки нарушения законодательства о рекламе - заявление необходимо подавать в антимонопольный орган в письменной форме с приложением документов, свидетельствующих о признаках нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В заявлении должны содержаться следующие сведения:

- наименование и местонахождение заявителя (для физических лиц - фамилия, имя, отчество и место жительства заявителя - физического лица);

- наименование рекламодателя (рекламопроизводителя, рекламораспространителя), действия которого содержат признаки нарушения законодательства о рекламе;

- описание фактов, свидетельствующих о признаках нарушения законодательства о рекламе, с указанием способа, места и времени распространения рекламы;

- требования заявителя.

В случае невозможности предоставления доказательств, свидетельствующих о признаках нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, заявитель вправе указать лицо, от которого могут быть получены такие доказательства.

Антимонопольным органам необходимо учитывать специфику распространения рекламы по сетям электросвязи, ведущей к необходимости предоставления заявителями ряда дополнительных документов и сведений, при отсутствии которых установить наличие либо отсутствие признаков нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона "О рекламе" не представляется возможным.

В силу специфики нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона "О рекламе" антимонопольный орган не может самостоятельно получить информацию о поступлении абоненту SMS-сообщения, телефонного звонка или push-уведомления, изображения SMS-сообщения или push-уведомления, аудиозапись телефонного звонка, а также сведения об отсутствии согласия абонента на получение рекламы указанными способами.

При этом сведения, подтверждающие факт поступления рекламы абоненту (детализацию услуг связи от оператора, содержащую указание на факт соответствующего соединения), а также сведения о лице (лицах), распространивших указанную рекламу, антимонопольный орган вправе установить самостоятельно, запросив информацию у соответствующих лиц.

Вместе с тем, поскольку сведения о соединениях конкретного абонента определенного номера телефона по сетям электросвязи составляют тайну связи, для направления соответствующих запросов и получения необходимой информации антимонопольному органу требуется получение согласия абонента на получение антимонопольным органом необходимых сведений от оператора связи, оказывающего абоненту услуги связи, о факте поступления нежелательного SMS-сообщения, push-уведомления, телефонного звонка и о лицах, их направивших, следующего содержания: "Я, ФИО, серия и номер паспорта, даю согласие на получение ФАС России (а в случае необходимости и ее территориальными органами) информации о детализации счета, телефонных соединениях, СМС-сообщениях,

иных переданных данных дата/период поступления данных на/от абонентский номер номер телефона в сети оператора связи название оператора связи", удостоверенное личной подписью.

Территориальным органам ФАС России следует иметь в виду, что указанное согласие абонента дается на получение антимонопольным органом необходимых сведений от оператора связи, оказывающего абоненту услуги связи, для установления факта поступления конкретного нежелательного SMS-сообщения, push-уведомления, телефонного звонка.

Учитывая технические особенности push-уведомлений, такие уведомления могут направляться не только операторами связи, но и разработчиками/лицензиарами программного обеспечения (приложений), установленных на устройстве абонента.

Как следствие, при поступлении push-уведомления, направляемого абоненту конкретным программным обеспечением (приложением), заявителю также требуется представить антимонопольному органу название такого программного обеспечения (приложения), источник загрузки программного обеспечения (приложения), имеющиеся у абонента сведения о разработчике/лицензиаре программного обеспечения (наименование юридического лица или фамилия, имя, отчество индивидуального предпринимателя, контактные данные, местонахождение, реквизиты: ИНН или ОГРН).

В случае отсутствия в заявлении гражданина детализации выписки по абонентскому номеру за период получения рекламы, антимонопольный орган может запросить у оператора связи абонента такую детализацию. Кроме того, антимонопольный орган может также запросить у оператора связи сведения о том, направлялось ли оператором связи push-уведомление абоненту.

При отсутствии в заявлении гражданина указания наименования оператора связи, сведения об операторе связи можно получить по нумерации абонентского номера на сайте Россвязи по адресу: http://www.rossvyaz.ru/activity/num_resurs/registerNum/.

В случае отсутствия в заявлении гражданина как детализации выписки по абонентскому номеру за период получения рекламы, так и согласия гражданина на раскрытие тайны связи, антимонопольный орган будет лишен возможности направить соответствующий запрос оператору связи, в связи с чем в ответ на такое заявление гражданину готовится разъяснение о невозможности возбуждения дела по признакам нарушения законодательства о рекламе, а также о порядке подачи в антимонопольный орган заявления о признаках нарушения статьи 18 Федерального закона "О рекламе".

Аналогично следует направлять гражданину разъяснения о невозможности возбуждения дела в случае поступления заявления, в котором отсутствует фотография (изображение) поступившего SMS-сообщения и push-уведомления либо аудиозаписи телефонного звонка с нежелательной рекламой.

2. В соответствии с пунктом 6 Правил Федеральная антимонопольная служба вправе поручить своему территориальному органу возбудить и (или) рассмотреть возбужденное дело по ходатайству своего территориального органа или по собственной инициативе независимо от места нахождения (места жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, или места распространения рекламы.

Вместе с тем действующее законодательство не содержит указания на форму и

конкретный текст поручения ФАС России своему территориальному органу возбудить и (или) рассмотреть возбужденное дело по признакам нарушения законодательства о рекламе.

Таким образом, заявления граждан о нарушении части 1 статьи 18 Федерального закона "О рекламе", поступившие по электронной почте, могут быть направлены в территориальные органы ФАС России в соответствии с пунктом 6 Правил - по поручению ФАС России, посредством перенаправления заявления гражданина на электронную почту территориального органа. При таком перенаправлении заявления гражданина в электронном письме указывается входящий номер заявления, присвоенный ФАС России.

После перенаправления заявления в электронном письме ФАС России дополнительно направляет в территориальный орган реестр с указанием входящих номеров заявлений, направленных в соответствующий территориальный орган.

В сопроводительных письмах к реестрам, направляемым ФАС России в адрес территориальных органов, содержится прямое указание на то, что территориальные органы ФАС России в силу пункта 6 Правил наделены полномочиями по возбуждению и рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации по обращениям заявителей, указанным в приложении к такому реестру.

Такое перенаправление ФАС России заявления гражданина о нарушении части 1 статьи 18 Федерального закона "О рекламе" на рассмотрение в территориальный орган, является наделением территориального органа полномочиями по возбуждению и рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе по основаниям пункта 6 Правил.

Учитывая изложенное, при поступлении на электронную почту территориального органа письма, содержащего заявление гражданина о нарушении части 1 статьи 18 Федерального закона "О рекламе", от отправителя "ФАС России" (адрес электронной почты: delo@fas.gov.ru), такое заявление подлежит рассмотрению по существу получившим его территориальным органом в установленный законом срок. Такое заявление может быть перенаправлено в иной территориальный орган только по согласованию с территориальным органом, согласившимся принять данное обращение, или с ФАС России. О результатах рассмотрения обращения необходимо уведомить заявителя.

В целях предоставления гражданам достоверной информации о входящем номере заявления, а также поддержания исполнительской дисциплины, территориальным органам при поступлении из ФАС России реестра писем граждан о нежелательной SMS-рекламе надлежит:

- дополнить данный реестр входящими номерами, присвоенными соответствующим заявлениям территориальным органом;

- направить такой реестр (дополненный входящими номерами соответствующих заявлений) в ФАС России на адрес электронной почты: antispam@fas.gov.ru.

При этом данная информация может направляться в ФАС России без сопроводительного письма территориального органа ФАС России.

Дополненные территориальными органами ФАС России реестры, направленные на любой иной адрес электронной почты, отличающийся от antispam@fas.gov.ru, считаются ненаправленными в адрес ФАС России.

3. В части поступления в адрес территориальных органов обращений граждан с адреса электронной почты solutions@fas.gov.ru необходимо отметить, что электронный почтовый ящик с адресом solutions@fas.gov.ru используется ФАС России для автоматического (то есть без участия человека) направления обращений граждан и организаций, поступающих с использованием электронной формы подачи обращений (заявлений, жалоб), размещенной на официальном сайте ФАС России в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" в разделе "Написать в ФАС России" (https://fas.gov.ru/approaches/send_to_fas).

Обращаем внимание, что указанная электронная форма позволяет заявителям по своему усмотрению направлять обращения как в центральный аппарат ФАС России, так и непосредственно (напрямую) в любой территориальный орган ФАС России.

Таким образом, обращения, заявления и жалобы граждан и организаций, поступающие в адрес территориального органа ФАС России с адреса электронной почты solutions@fas.gov.ru, следует считать как направленные заявителями непосредственно (напрямую) в конкретный территориальный орган ФАС России.

Следовательно, территориальным органам ФАС России надлежит рассматривать такие обращения, руководствуясь предусмотренной Правилами подведомственностью.

Д.В.Фесюк