

Терещенко Л. К.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ СООТНОШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О СВЯЗИ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О РЕКЛАМЕ

В статье рассматриваются вопросы соотношения законодательства о связи и законодательства о рекламе в части определения субъектов, требования к которым установлены указанными отраслями законодательства при рассылке sms-сообщений. Наряду с нормами законодательства о рекламе необходимо учитывать также положения законодательства о связи, регулирующие вопросы рассылки sms-сообщений. Терминология законодательства о рекламе и законодательства о связи не одинакова, в том числе применительно к субъектам складывающихся отношений, хотя регламентация касается в определенных случаях одних и тех же отношений. Термин «рассылка» законодательства о связи существенно отличается от используемого в законодательстве о рекламе термина «распространение».

В статье рассматриваются также проблемы определения субъекта, обязанного получить согласие абонента на получение рекламы. Законодательство о рекламе возлагает эту обязанность на рекламораспространителя, а законодательство о связи – на лицо, по чьей инициативе происходит рассылка. Зачастую ими оказываются разные субъекты.

Ключевые слова: реклама, связь, законодательство, sms-сообщение, абонент, рассылка.

Tereshchenko L.

SOME ASPECTS OF THE RELATION OF LAW COMMUNICATIONS AND ADVERTISING LAW

The article concerns issues of correlation of the legislation on communication and advertising legislation related to the definition of the subjects of the requirements established by specified branches of the legislation when sending sms messages. Along with the law on advertising it is necessary to consider also the provisions of the law on communications governing the distribution of sms messages. The terminology of the legislation on advertising and communication laws is not the same, including with regard to the subjects of relations, although the regulation applies in certain cases of the same relationship. The term "mailing list" of the legislation on communication is significantly different from that used in law on advertising of the term "distribution".

The article also discusses the problem of defining the subject, obliged to obtain the consent of the subscriber to receive advertising. The law on advertising imposes this duty on advertisements, and the legislation on communication to the person on whose initiative delivery. Often they are different entities.

Keywords: *advertising, communications, legislation, an sms message, the subscriber, newsletter.*

Подавляющее число общественных отношений по своему характеру являются комплексными, в их регулирование вовлекается не одна отрасль законодательства, что требует согласованности регулирования в целом и понятийного аппарата в частности. В противном случае неизбежны проблемы в правоприменении.

С включением в Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» новой ст. 44.1 «Расылка по сети подвижной радиотелефонной связи» (введена Федеральным законом от 21.07.2014 № 272-ФЗ) неизбежно возникли пересечения законодательства о связи с законодательством о рекламе, с определением субъектов, требования к которым установлены указанными отраслями законодательства, и их соотношением.

В правоотношениях в сфере рекламы участвуют субъекты, имеющие различный правовой статус. Помимо потребителей рекламы, т. е. лиц, на привлечение внимания которых к объекту рекламирования и направлена реклама, Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе») выделяет:

- рекламодателя, под которым понимается изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо;
- рекламопроизводителя, под которым понимается лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму;
- рекламораспространителя, под которым понимается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Именно между указанными субъектами складываются отношения в сфере рекламы. Следует обратить внимание на то, что рекламодатель является источником информации, определяет объект рекламирования и (или) содержание рекламы. Рекламодатель – это, по сути, заказчик рекламы, т. е. то лицо, в чьих интересах осуществляется распространение

и размещение рекламы. Соответственно, таким лицом могут выступать изготовитель, продавец, организация, оказывающая услуги, частное лицо и т. д. Определение рекламодателя как изготовителя или продавца товара либо лица, определившего объект рекламирования и (или) содержание рекламы, позволяет сделать вывод, что речь идет о лице, заказавшем рекламу согласно соответствующему договору. Инициативным участником правоотношений по распространению рекламы является рекламодатель.

Субъектов, оказывающих рекламные услуги, ФЗ «О рекламе» разделяет на два вида: рекламопроизводитель и рекламораспространитель. Эти два вида услуг может выполнять один субъект. Рекламораспространитель в ФЗ «О рекламе» определяется через действия, которые он осуществляет: распространение рекламы. При этом определения распространения рекламы указанный Закон не содержит.

На практике возникают проблемы определения статуса субъекта, в том числе при ответе на вопрос, кто является рекламораспространителем, особенно если речь идет о рекламе посредством направления смс-сообщений по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи. Вместе с тем правильное определение субъекта, являющегося рекламораспространителем, чрезвычайно важно, поскольку на него возлагаются определенные обязанности, неисполнение которых влечет за собой юридическую ответственность.

Так, в соответствии с ч. 1 ст. 18 ФЗ «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 не установлено, на кого возлагается получение согласия. Ответ на этот вопрос мы можем найти в постановлении Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения ар-

битражными судами Федерального закона «О рекламе»» (п. 15), где сказано, что согласие абонента должно, в том числе, подтверждать его волеизъявление на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Кроме того, той же ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что именно на рекламодателя возлагается обязанность доказывания, что такое согласие было получено. Иными словами, при распространении рекламы по сети подвижной связи согласие пользователя на получение рекламы должно быть получено конкретным рекламодателем, осуществляющим распространение рекламных смс-сообщений.

Поскольку ст. 18 ФЗ «О рекламе» регламентирует отношения по распространению рекламы по сетям электросвязи, имеющие комплексный характер, то наряду с нормами законодательства о рекламе необходимо учитывать также положения законодательства о связи, регулирующие вопросы рассылки sms-сообщений, в частности, ст. 44.1. «Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи», включенную Федеральным законом от 21.07.2014 № 272-ФЗ в Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи». Указанным Федеральным законом № 272-ФЗ введено понятие «рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи», установлен порядок осуществления таких рассылок, определен круг лиц, обязанных получить согласие абонентов на получение рассылок, а также право абонента на отказ от получения рассылок.

Следует отметить, что терминология законодательства о рекламе и законодательства о связи не одинакова, в том числе применительно к субъектам складывающихся отношений, хотя регламентация касается в определенных случаях одних и тех же отношений. Так, термин «рассылка» законодательства о связи существенно отличается от используемого в законодательстве о рекламе термина «распространение». Согласно ст. 2 Федерального закона «О связи» под рассылкой по сети подвижной радиотелефонной связи 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 рос-

сийской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Пунктом 1 ст. 44.1. установлено, что 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 данной статье, как видим, речь идет о рассылке по сети подвижной радиотелефонной связи, что в определенной части пересекается с требованиями законодательства о рекламе (ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе»), но имеет более широкое значение, поскольку рассылка может быть и нерекламного характера. Тем не менее в части распространения рекламы по сетям электросвязи и законодательство о рекламе, и законодательство о связи устанавливают общее требование о наличии согласия абонента на получение рекламы. Однако законодательство о рекламе возлагает эту обязанность (получение предварительного согласия) на рекламодателя, а законодательство о связи – на лицо, по чьей инициативе происходит рассылка. Таким лицом может быть любое третье лицо, которое выступает в роли заказчика рассылки либо оператора подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по его инициативе, который в последнем случае сам выступает в статусе заказчика.

Использование в законодательстве о связи и в законодательстве о рекламе различных терминов, определяющих лиц, обязанных получить предварительное согласие абонента, приводит к тому, что требуется определить соотношение таких субъектов, как рекламодатель, заказчик рассылки и оператор подвижной радиотелефонной связи. При этом необходимо иметь в виду ст. 3 ФЗ «О рекламе», в соответствии с которой основ-

ные понятия, приведенные в ней (в данном случае – понятие «рекламораспространитель»), используются исключительно «в целях настоящего Федерального закона». Совершенно очевидно, что рассылка sms-сообщений по сети подвижной радиотелефонной связи регулируется законодательством о связи: в Федеральный закон «О связи» включено понятие «рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи» (пп. 22.1 ст. 2), определены порядок осуществления таких рассылок и категории лиц, обязанных получить согласие абонентов на получение рассылок (ст. 44.1), а также закреплено право абонента на отказ от получения рассылок, которое реализуется путем обращения к оператору связи. Термин «рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи» означает передачу любых коротких текстовых сообщений, в том числе и рекламного характера. В последнем случае наряду с нормами законодательства о связи применяются и нормы законодательства о рекламе, при этом нормы законодательства о связи учитывают и отражают специфику рекламных отношений в сети электросвязи. Такая ситуация связана прежде всего с комплексностью складывающихся отношений и существенными особенностями различных видов рекламы (например, требования к наружной рекламе неприменимы к рекламе по сети электросвязи).

Таким образом, вследствие используемой законодателем различной терминологии в одних и тех же отношениях требует уточнения, кто имеется в виду в качестве обязанного на получение согласия от абонента лица при sms-рассылках.

Как видим, если законодательство о рекламе называет рекламораспространителя лицом, обязанным получить предварительное согласие на распространение рекламы по сетям электросвязи, но неизвестного законодательству о связи, то законодательство о связи в качестве основного критерия, по которому можно определить обязанное лицо, устанавливает главное правило: по чьей инициативе осуществляется рассылка. При этом подтверждением инициативы заказчика рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи служит договор, заключенный им с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги оператора связи по осуществлению рассылки, имеющие, по существу, техни-

ческий характер и не затрагивающие содержательной стороны рассылки. На это, в частности, указывает и несовпадение понятий «распространение рекламы» и «рассылка по сети подвижной связи»: с одной стороны, распространение различных видов рекламы (термин «распространение рекламы» применяется ко всем видам рекламы – наружной, печатной и т. д.) в основной своей части происходит без использования услуг оператора связи, с другой – далеко не все рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи имеют рекламный характер. Сказанное признают и антимонопольные органы (см., например, письмо ФАС России от 13.06.2013 № АК/22976/13 «Об отнесении к рекламе СМС-сообщений оператора связи», в котором отмечено, что посредством сетей электросвязи может направляться не только реклама, но и иные виды информации).

При ответе на вопрос о том, кто должен получать предварительное согласие абонента на получение рекламных рассылок, принципиальным моментом является характеристика рассылки с точки зрения характера участия оператора связи в данном процессе: выполняя по договорам с заказчиками операции по рассылке, оператор связи осуществляет технологические действия, предоставляя техническую возможность совершать рассылки, не вникая в их содержание, что прямо вытекает из положений Конституции Российской Федерации (п. 2 ст. 23), Федерального закона «О связи», гарантирующих тайну связи.

Учитывая специфику деятельности операторов связи и особенности технологической организации рассылок по сетям подвижной радиотелефонной связи, законодатель в ч. 1 ст. 44.1 ФЗ «О связи» уточняет и разграничивает обязанность по доказыванию получения согласия в соответствии с критерием, по чьей инициативе осуществляется рассылка. В случае осуществления рассылки по инициативе заказчика рассылки доказывание лежит на заказчике рассылки, и только в случае осуществления рассылки по инициативе оператора связи – на операторе. В последнем случае его статус приравнивается к статусу заказчика рассылки.

Получение рекламных рассылок по сетям электросвязи предполагает наличие согласия лица – потребителя рекламы (в отношениях с sms-рассылками – абонента), что прямо предусмотрено и законодательством о

рекламе (ст. 18 ФЗ «О рекламе»), и законодательством о связи (ст. 44.1 ФЗ «О связи»), при этом форма выражения такого согласия законодательством не определена. В связи с этим Пленум ВАС РФ в постановлении от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»» отметил, что поскольку Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, то согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя (п.15).

Таким образом, сравнительный анализ норм рекламного законодательства и законодательства о связи свидетельствует о закреплении требования о получении предварительного согласия абонентов на рассылку как в ФЗ «О связи», так и в ФЗ «О рекламе». Но в отличие от ФЗ «О рекламе» ФЗ «О связи» с учетом специфики деятельности операторов связи и технологических особенностей организации рассылок по сетям электросвязи конкретизирует лицо, на котором лежит обязанность по доказыванию наличия согласия абонента, на основании того, по чьей инициативе осуществляется рассылка.

В случае осуществления рассылки по инициативе заказчика рассылки обязанность доказывания наличия согласия абонента возлагается на заказчика рассылки, а в случае рассылки по инициативе оператора связи – на оператора. Таким образом, законодатель четко определил субъекта, обязанного доказать наличие согласия абонента на рассылку, а, соответственно, и получить его предварительное согласие. По терминологии ФЗ «О рекламе» заказчик рассылки будет являться рекламодателем, т. е. лицом, осуществляющим распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пп. 7 п. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе»).

Как было показано, в отношении рассылки рекламных sms-сообщений должны применяться не только нормы законодательства о рекламе, но и нормы законодательства о связи, при этом как терминология, так и виды действующих в соответствующей сфере субъектов не совпадают. Использование в законодательстве о связи и в законодательстве о рекламе различных терминов, определяющих

обязанных получить предварительное согласие абонента лиц, приводит к тому, что требуется определить применимые нормы права.

Рассылка sms-сообщений по сети подвижной радиотелефонной связи представляет собой одну из услуг связи и регулируется гражданским законодательством в части договорных отношений, законодательством о связи, регламентирующим деятельность оператора связи, в том числе деятельность по осуществлению рассылок по сети подвижной радиотелефонной связи. Базовым законодательным актом в данной сфере является Федеральный закон «О связи». Именно в этот закон включено понятие «рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи» (пп. 22.1 ст. 2), определены порядок осуществления таких рассылок и категории лиц, обязанных получить согласие абонентов на получение рассылок (ст. 44.1), а также закреплено право абонента на отказ от получения рассылок.

Оператор связи в силу характера своей деятельности осуществляет эксплуатацию сети подвижной радиотелефонной связи и в его возможности входит обеспечение доступа к этой сети другим лицам, предоставление им технической возможности, в том числе для рассылок sms-сообщений. Инициатива по рассылке принадлежит именно этим лицам, ими определяются характер и содержание рассылки, что подтверждается заключенным ими договором с оператором связи, абонентам которого предназначена рассылка. Предмет договора четко законодательно определен: это услуги связи по осуществлению рассылки оператором связи sms-сообщений своим абонентам, изъявившим согласие заказчику на их получение.

ФЗ «О рекламе» дает только общее определение рекламодателя, относящееся ко всей сфере рекламной деятельности без учета особенностей складывающихся отношений в других сферах, в том числе рекламы с использованием сети подвижной связи. В таких случаях необходимо учитывать и применять нормы закона, регулирующего складывающиеся отношения в конкретной сфере. Таким законодательным актом является ФЗ «О связи», установивший порядок и условия рассылки sms-сообщений и определивший субъектов, на которых возложена обязанность получить предварительное согласие абонента на получение sms-сообщений, в том числе рекламного характера.

Исходя из норм ФЗ «О связи» (ст. 44.1) лицом, обязанным получить предварительное согласие абонента на получение sms-сообщений, а по терминологии ФЗ «О рекламе» рекламодателем является заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе. Оператор подвижной радиотелефонной связи может иметь статус рекламодателя только в случае, если рассылка осуществляется по инициативе самого оператора подвижной радиотелефонной связи.

Использование сети связи оператора связи третьими лицами по договору с ним в целях распространения рекламных сообщений не означает, что такая рассылка осуществляется по инициативе оператора связи. Инициатива осуществления рассылки (главный критерий) и заключения договора на рассылку принадлежит именно заказчику. Признать какое-либо лицо «рекламодателем» возможно только в том случае, если это лицо было не только информировано о возможном распространении рекламы по сетям электросвязи, но и явно выразило свою волю (проявило инициативу, совершило определенные действия) по рассылке таких рекламных sms-сообщений. В ином случае признание оператора связи «рекламодателем» будет свидетельствовать о формальном подходе к применению законодательства о рекламе. Такой позиции придерживалась ФАС России в своем письме от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе», где обращается внимание на то, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламодателем не является. Судебная практика подтверждает указанную позицию (см., например, постановление Верховного Суда Российской Федерации от 30.03.2015 г. по делу № 305-АД15-1441, постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 29.04.2014 г. по делу № А66-3211/2013, определение ВАС РФ от 24.07.2014 г. № ВАС-9069/14 и др.).

Судебные органы исходят из того, что оператор связи не вправе знакомиться с текстом сообщений, отправляемых третьими лицами с использованием технических его мощностей, т. е. нарушать тайну переписки;

оператор связи не несет ответственности за содержание информации, передаваемой третьими лицами, и не имеет возможности проверять наличие согласия абонентов на получение рекламы, инициированной третьими лицами; законодательство о связи не предусматривает право оператора на блокирование сообщений, передаваемых по сети; суть оказываемых оператором связи услуг заключается в обеспечении технической возможности (то есть в создании необходимых условий) для формирования и отправки sms-сообщений; определение абонентов-получателей и содержание sms-сообщений в ведении оператора связи не входит.

В упомянутом письме ФАС России от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» отмечается, что имеют место случаи, «когда sms-сообщения либо направляются с номеров телефона или электронных адресов без указания наименования отправителя-рекламодателя, либо вообще не содержат номера либо адреса отправителя. Установление лица, выступающего рекламодателем такой рекламы, в настоящее время существенно затруднено, поскольку получение антимонопольным органом сведений о владельцах адресов электронной почты либо номеров телефонов как у операторов связи, так и через органы внутренних дел не допускается положениями Федерального закона «О персональных данных»».

Как видим, ФАС России к рекламодателю относит не оператора связи, а лицо, осуществившее рассылку. Однако здесь же обозначается проблема, стоящая перед антимонопольными органами, в части сложности для антимонопольных органов выявления лица, осуществившего рассылку. В письме от 5 декабря 2014 г. № АК/49919/14 «О применении новых положений Закона о связи для оценки правомерности рекламных рассылок» ФАС России изменила свою прежнюю позицию. Воспроизведя текст ст. 44.1 ФЗ «О связи», в которой указано лицо, обязанное получить согласие на получение рассылки (инициатор рассылки), ФАС России предлагает иной подход к определению обязанного получить согласие лица, основанный на норме Закона. Комментируя ст. 44.1 ФЗ «О связи», ФАС России указывает: «Данная норма, по мнению специалистов ФАС России, закрепляет положение, соглас-

но 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». Как видим, специалисты ФАС России сделали выводы, прямо противоположные приведенным судебным позициям, в том числе относительно «технической возможности оценить содержание сообщения», не нарушая тайну связи.

Полагаем, что в данном случае специалисты ФАС России вышли за пределы компетенции и полномочий ФАС России, определяя обязанности операторов связи, функционирование сети электросвязи, оценивая техническую возможность определить содержание передаваемых сообщений.

Относительно правовой возможности «оценить содержание сообщения» необходимо отметить следующее. Принципиальным моментом является не только и не столько наличие технической возможности, сколько наличие правовых оснований. Представляется, что оценка оператором связи содержания sms-сообщений являлась бы прямым нарушением положений Конституции Российской

Федерации (ст. 23), согласно которым каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Нарушение указанных конституционных прав является уголовно наказуемым деянием (ст. 138 УК РФ). По сути, ФАС России предлагает операторам связи игнорировать приведенную конституционную норму, а также положения ФЗ «О связи», регламентирующие тайну связи. Исходя из указанных норм, оператор связи не имеет права на ознакомление с содержанием sms-сообщений, направляемых по сети подвижной связи, а следовательно, не может разграничивать рекламные sms-сообщения от sms-сообщений иного характера.

Министерство связи и массовых коммуникаций Российской Федерации в письме от 29 сентября 2014 г. № ДА-П12-17623 «О вопросах применения Федерального закона от 21 июля 2014 г. № 272-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О связи”», как и ранее, различает субъектов, обязанных получить согласие абонента на рассылку в зависимости от того, кто является ее инициатором: заказчиком рассылки или оператором подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи. Именно в последнем случае оператор подвижной радиотелефонной связи может быть признан рекламодателем.

Терещенко Людмила Константиновна, доктор юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации, доцент, зам. заведующего отделом административного законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Россия, 117218, Москва, Б. Черемушкинская ул., 34. E-mail: adm@izak.ru

Tereshchenko Lyudmila, doctor of legal Sciences, Honored lawyer of the Russian Federation, associate Professor, Deputy head of the Department of administrative legislation and process, Institute of legislation and comparative law under the Government of the Russian Federation, Russia, 117218, Moscow, B. Cheremushkinskaya str., 34. E-mail: adm@izak.ru