

## ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 06-85/14

### о назначении административного наказания

«10» декабря 2014 г.

г. Новосибирск

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области – начальник отдела рекламы Т.В. Лопаткина рассмотрев протокол №06-85/14 от «10» ноября 2014 г. об административном правонарушении и материалы административного дела, возбужденного в отношении Открытого акционерного общества междугородней и международной связи "Ростелеком" (адрес: 191002, г. Санкт-Петербург, ул. Достоевского, д.15, ИНН 7707049338, ОГРН 1027700198767 от 09.09.2002 г., далее – ОАО «Ростелеком»), по части 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, (ненадлежащая реклама),

в присутствии:

«...»

### УСТАНОВИЛ:

В Новосибирское УФАС России поступило обращение физического лица (вх. №10511 от 26.09.2014 г.), по факту получения смс-сообщения рекламного характера.

К своему обращению заявителем представлено Решение Заельцовского районного суда г. Новосибирска от 07.08.2014 г. по делу № 2-2090/2014, в котором указано следующее.

Истец (заявитель) обратился в Заельцовский суд г. Новосибирска с иском к ответчику, о защите прав потребителя, указывая на то, что 13.12.2013г. ответчик на его (истца) номер мобильного телефона «...» направил ему SMS- сообщение, в котором содержалась следующая рекламная информация ответчика:

«Осень - время согревать теплом чувства друг друга! Нежные смс для любимых бесплатно! \*111\*034#.».

Он никогда не предоставлял ответчику согласия на получение рекламной информации от ответчика.

Направление ему ответчиком сообщений рекламного характера, оферты нарушает его (истца) потребительские права, представляет собой навязывание ему без его согласия своих услуг, что не допускается в силу ст. 16 Закона Российской Федерации «О защите прав потребителей».

Такие действия ответчика также представляют собой нарушение статьи 6 Федерального закона «О персональных данных».

Кроме того, такие действия ответчика являются нарушением законодательства о рекламе.

Ответчик направил ему (истцу) ответ на претензию, в котором факт направления ему (истцу) указанного SMS-сообщения признал, однако претензионные требования оставил без удовлетворения.

Направление ему (истцу) рекламной информации ответчиком, без его (истца) согласия по каналам подвижной радиотелефонной связи должно быть признано незаконным.

Ответчик причинил ему (истцу) моральный вред, выражающийся в постоянных переживаниях в связи с нарушением его (истца) прав ответчиком, вынужденным обращением к ответчику с обоснованной претензией и обращением после отказа ответчика в суд.

У него (истца) возникло чувство обиды от того, что ответчик отказался удовлетворить его (истца) требования, указанные в претензии. Кроме того, само обращение в суд было связано для него (истца) с определенными переживаниями, волнением, что также повлекло трату личного времени.

С учетом характера и объема причиненных физических и нравственных страданий он полагает, что денежное выражение указанного морального вреда, причиненного ответчиком ему (истцу), составляет 100000 рублей.

Согласно указанному Решению суда, из обстоятельств дела видно, что 13.12.2013г. ответчик на номер мобильного телефона истца «...»- «...», направил ему SMS-сообщение, в котором содержалась следующая рекламная информация ответчика:

«Осень - время согреть теплом чувства друг друга! Неясные смс для любимых бесплатно! \*111\*034#.».

«...» никогда не предоставлял ответчику согласия на получение рекламной информации от ответчика.

Более того, при заключении договора об оказании услуг подвижной радиотелефонной связи от 11.12.2013г. с ответчиком, «...» в договоре указал, что он не согласен на получение на выделенный абонентский номер информации рекламного характера.

Направление ответчиком сообщения рекламного характера, оферты нарушает потребительские права истца, представляет собой навязывание ему без его согласия своих услуг, что не допускается в силу ст. 16 Закона Российской Федерации «О защите прав потребителей».

Такие действия ответчика также представляют собой нарушение законодательства о рекламе.

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 рекламо-распространитель не докажет, что такое согласие было получено.

Ответчик направил «...» ответ на претензию, из которого следует, что ответчик признал факт направления истцу указанного SMS-сообщения, однако

претензионные требования «...» оставил без удовлетворения.

Несмотря на указание в сообщении «Нежные смс для любимых бесплатно», сама по себе услуга по направлению таких бесплатных смс - сообщений является платной, для ее подключения ответчиком предлагалось набрать комбинацию цифр \*111\*034#.

Иное - бесплатное предоставление услуги - с учетом бремени доказывания по потребительским спорам ответчиком не доказано, в материалы дела соответствующие доказательства не представлены.

В соответствии со ст. 3 ФЗ «О рекламе»: реклама - 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;

объект рекламирования - товар, средства, индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама;

товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Данные категории законодательства о рекламе позволяют характеризовать спорное сообщение ответчика именно как рекламное сообщение.

Ответчиком заявлено, что спорное смс - сообщение распространено среди определенного круга лиц - только клиентов ответчика и направлено на инициирование интереса к услугам ответчика среди данных лиц.

Между тем ответчиком доказательств тому, что сообщения распространялись только среди клиентов ответчика, суду представлено не было.

Более того, такие рекламные сообщения представляют потенциальный интерес для лиц, не являющихся потребителями услуг ответчика, поскольку условия сообщения могут привести со стороны таких лиц к инициированию правоотношений с ответчиком.

Спорное сообщение не может рассматриваться как информационное сообщение в рамках действующего договора между сторонами. Предметом договора предлагаемая услуга не охватывается, так же как предметом сообщения - выступает новая, не имеющая отношения к договору, платная услуга ответчика.

Спорное СМС-сообщение ответчика не может рассматриваться как персонифицированное сообщение ответчика истцу, не имеющее признаков рекламы.

В данном сообщении не имеется индивидуализирующих истца сведений (например, слов ««...»», ««...»», ««...»»),

Ответчиком не предоставлено доказательств, что предложенная в SMS-сообщении услуга ориентирована именно и только на истца.

Данное сообщение представляет собой публичную оферту к заключению публичного договора на оказание услуги связи, которая предоставляется ответчиком любому лицу, к нему обратившемуся.

В этом смысле данное сообщение было адресовано не истцу, а через массовую рассылку по разным номерам, неопределенному кругу лиц. То есть, содержание и цель сообщения свидетельствует о рекламной направленности сообщения.

СМС сообщение направленное ответчиком в адрес «...» не относится к той, информации, раскрытие или доведение которой в силу Закона №38-ФЗ является обязательной, а наоборот, обладает всеми квалифицирующими признаками рекламы применительно к пункту 1 статьи 3 Закона №38-ФЗ, а следовательно, на неё распространяются ограничения, включая предусмотренные статьей 18 этого же Закона.

Таким образом, направление истцу рекламной информации ответчиком, без согласия истца по каналам подвижной радиотелефонной связи, следует признать незаконным.

Указанным Решением суда действия ответчика - ОАО «Ростелеком», по направлению 13.12.2013г. на номер мобильного телефона «...» «...», указанного SMS-сообщения рекламного характера, признаны незаконными.

Дата административного правонарушения – 13 декабря 2013 г.

Место совершения административного правонарушения – г. Новосибирск.

24.11.2014 г. представителем ОАО «Ростелеком», был представлен отзыв, согласно которому:

1. СМС-сообщение с текстом: «Осень - время согреть теплом чувства друг друга! Нежные смс для любимых бесплатно! \*111 \*034#», поступившее на телефон заявителя, представляет собой подписочный сервис «СМС для любимых», являлось не рекламой, а справочной информацией, соответственно, его направление по сетям электросвязи, в т.ч. посредством использования подвижной радиотелефонной связи, не являлось распространением рекламы.

В данном случае СМС-оповещение относится к сведениям информационно справочного характера, так как целью является доведение до абонента сведений, касающихся тарифного плана абонента и иных услуг, непосредственно связанных с оказанием подвижной связи. Соответственно, по мнению Общества, нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе со стороны ОАО «Ростелеком» отсутствует.

В соответствии с п. 2 Постановления Правительства РФ от 25.05.2005 № 328 «Об утверждении Правил оказания услуг подвижной связи», под тарифным планом понимается совокупность ценовых условий, на которых оператор связи предлагает пользоваться одной либо несколькими услугами подвижной связи. И в силу п.п. 10-12 названного Постановления Правительства РФ, Оператор в данном случае в рамках информационно-справочного обслуживания предоставляет абоненту

справочную информацию о наличии дополнительной платной или бесплатной услуги по тарифному плану, согласно заключенному ранее договору.

При этом, действующим законодательством не предусмотрен такой документ, как письменное согласие абонента на получение информационных сообщений.

---

Таким образом, направление абоненту СМС-сообщения об услугах подвижной связи не является рекламой, а относится к информационно-справочным сведениям об услугах связи по тарифному плану, действующему для конкретного абонента.

Согласно п.2 ст. 2. Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», настоящий Федеральный закон не распространяется на информацию, раскрытие или распространение либо доведение до потребителя которой является обязательным в соответствии с федеральным законом. Данное сообщение не является рекламой из-за субъектного состава - отправителя (Оператор ОАО «Ростелеком», а не, например, МБУ «Ритуальные услуги») и получателя информации (абонент ОАО «Ростелеком», а не Билайна или МТС). Данное СМС- сообщение содержало информационно-справочные сведения относительно дополнительных услуг связи по уже заключенному договору.

В соответствии с п. 2 ст. 53 ФЗ от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» оператор связи вправе осуществлять информационно-справочное обслуживание, в том числе для подготовки и распространения информации различными способами.

2. Как указывает Общество, Решение Заельцовского районного суда г. Новосибирска от 07.08.2014 по делу №2-2090/2014, явившееся основанием для составления Протокола об административном правонарушении от 10.11.2014 № 06-85/14, в настоящее время обжалуется ОАО «Ростелеком» на основании ст. ст. 320 - 322 ГПК РФ. В связи с чем, данное Решение не может быть принято в качестве доказательства по делу.

Согласно Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, утвержденного Приказом ФАС России от 23.11.2014 № 711/12, основанием рассмотрения дела о принятия решения по делу является решение руководителя антимонопольного органа о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства о рекламе. А сам факт нарушения, согласно п. 3.58 данного регламента, фиксируется в Решении антимонопольного органа, а не в Решении судов.

Ст. 26.1 КоАП РФ содержит перечень обстоятельств, подлежащих выяснению по делу об административном правонарушении. В рамках гражданско-правового спора данные обстоятельства судом не выяснялись.

Кроме того, согласно ст. 26.11 КоАП РФ, никакие доказательства не могут иметь

заранее установленную силу. В связи с чем, Решение Заельцовского районного суда г. Новосибирска от 07.08.2014 по делу №2-2090/2014 не может являться основанием при рассмотрении дела об административном правонарушении.

3. Направление СМС-сообщения попадает под критерий малозначительности.

- «...» за период оказания услуг подвижной радиотелефонной связи было направлено СМС - сообщение единожды, в результате получения данного СМС - сообщения у абонента не возникло материальных потерь, имущественное положение абонента не было ущемлено.
- по своему содержанию не нарушает охраняемые общественные отношения. Существенной угрозы охраняемым общественным отношениям в сфере рекламных услуг направление СМС-сообщения не представляет, поскольку не повлекло нарушений прав потребителей, реального ущемления их интересов со стороны ОАО «Ростелеком». Доказательств причинения какого-либо ущерба, нарушения прав неопределенного круга лиц, наличия жалоб потребителей на действия ОАО «Ростелеком», пренебрежительного отношения ОАО «Ростелеком» к возложенным на него действующим законодательством обязанностям, материалы дела не содержат;
- было устранено Оператором моментально, ОАО «Ростелеком» приняло все меры для устранения данного нарушения. В ОАО «Ростелеком» разработаны внутренние нормативные документы, регламентирующие порядок информирования абонентов при оказании услуг подвижной связи (выписка из Положения о порядке информирования абонентов Новосибирского филиала ОАО «Ростелеком» при оказании услуг подвижной связи прилагается).

КоАП РФ допускает возможность установления малозначительности совершенного административного правонарушения. На основании ст. 2.9 КоАП РФ орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

В п. 18 постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» (далее - Постановление от 02.06.2004 №10) разъяснено, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

Малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений.

Таким образом, направление абоненту одного СМС-сообщения рекламного характера, является малозначительным с учетом:

- отсутствия систематического противоправного поведения ОАО «Ростелеком»

(Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 12.04.2013 по делу №А56-74081/2012);

- размера вреда и отсутствием умысла и тяжести наступивших последствий, существенной угрозы охраняемым общественным отношениям (Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 13.11.2013 по делу №А70- 7198/2013, Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от

1. по делу №А56-59252/2011);

- характера совершенного правонарушения и роли ОАО «Ростелеком», предпринявшего все меры для устранения данного нарушения (Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 11.01.2013 по делу №А44- 5738/2012).

Кроме того, применение мер административного наказания в виде значительного по размеру штрафа «будет носить неоправданно карательный характер, не соответствующий тяжести правонарушения и степени вины лица, привлеченного к такой ответственности». В данном случае наложение даже минимального штрафа в размере 100000 руб. не будет отвечать конституционным принципам соразмерности и справедливости назначения наказания.

Применение одинаковых мер ответственности за различные по степени опасности административные правонарушения без надлежащего учета характеризующих виновное в совершении административно-противоправного деяния лицо обстоятельств, имеющих объективное и разумное обоснование, противоречит конституционному запрету дискриминации и выраженным в Конституции РФ идеям справедливости и гуманизма и несовместимо с принципом индивидуализации ответственности за административные правонарушения.

Указанная позиция нашла свое отражение в Постановлении Конституционного суда РФ от 25.02.2014 №4-П, Решении Арбитражного суда Тамбовской области от 08.07.2010г. №А64-3484/2010, Постановлении Одиннадцатого Арбитражного апелляционного суда от 13.09.2013г.; №А65-8791/2013, Постановлении Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от № 17АП-4045/2013-АК по делу №А50-206/2013, Постановлении ФАС Поволжского округа от 02.10.2012 №А65-12210/2012, Письме ФАС от 21.03.2012 №ИА/8457 «О практике применения статьи 2.9 КоАП», Методических рекомендациях по применению антимонопольными органами статьи 2.9 КоАП (в части прекращения дел об административных правонарушениях, связанных с нарушением антимонопольного законодательства, по малозначительности), утвержденных ФАС России.

В настоящее время ОАО «Ростелеком» не оказывает услуги подвижной радиотелефонной связи. 01.04.2014 из ОАО «Ростелеком» было реорганизовано в форме выделения из него другого лица - ЗАО «РТ-Мобайл». По итогам данной реорганизации из ОАО «Ростелеком» были выделены мобильные активы в специально для этого созданное ЗАО «РТ-Мобайл». В связи с чем, задача законодательства об административных правонарушениях, установленная ст. 1.2. КоАП РФ, в виде предупреждения административных правонарушений, при применении мер административной ответственности не будет решена.

На основании вышеизложенного, Общество просит освободить ОАО «Ростелеком»

от административной ответственности.

Отклоняя данные доводы, должностное лицо Новосибирского УФАС России исходит из следующего.

В свою очередь потерпевший представил Определение от 03.12.2014 г., вынесенное Заельцовским районным судом г. Новосибирска, вынесенное по делу № 2-2090/2014, об отказе в восстановлении пропущенного срока на подачу апелляционной жалобы на решение от 07.08.2014 г.

Потерпевший также указывает на то, что привлекаемое к ответственности лицо проигнорировало его права, поставило в неприятное психологическое положение, поставив перед выбором: либо смириться с нарушением, чем унижить себя (оставить себя беззащитным перед нарушителем), либо добиваться ценой значительных усилий, в том числе над собой, защиты и восстановления своих прав. Функциями юридической ответственности являются, во первых, такое применение мер ответственности, после применения которой нарушитель в будущем не будет совершать новых правонарушений, возможно, из-за страха перед наказанием; кроме того, привлечение к ответственности предупредит не только новое административное, но и иное правонарушение. При этом при применении реального наказания будут предупреждены правонарушения со стороны иных лиц, склонных к совершению правонарушения. Потерпевший полагает, что для такой организации, как ОАО «Ростелеком», штраф должен составить максимальную сумму 500000 рублей.

Должностное лицо при рассмотрении дела приходит к выводу об отсутствии оснований для признания нарушения малозначительным исходя из следующего.

Согласно части 18 Постановления Пленума ВАС РФ от 2 июня 2004 г. N 10 при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям. Такие обстоятельства, как, например, личность и имущественное положение привлекаемого к ответственности лица, добровольное устранение последствий правонарушения, возмещение причиненного ущерба, не являются обстоятельствами, свидетельствующими о малозначительности правонарушения. Данные обстоятельства в силу частей 2 и 3 статьи 4.1 КоАП РФ учитываются при назначении административного наказания.

Как верно указано в части 18 Постановления Пленума ВАС РФ от 2 июня 2004 г. N 10, квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится с учетом положений пункта 18 настоящего Постановления применительно к обстоятельствам конкретного совершенного лицом деяния.

В данном случае каких-либо исключительных обстоятельств, позволяющих отнести правонарушение к малозначительным и освободить виновное лицо от ответственности, не установлено. Нарушение выявлено по заявлению конкретного лица, чьи права, охраняемые законодательством о рекламе, нарушены; специфика нормы части 1 статьи 18 Закона о рекламе указывает на ценность охраняемого

права каждого отдельного абонента.

В силу ч. 3 ст. 2.1. Кодекса РФ об административных правонарушениях, назначение административного наказания юридическому лицу не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к административной или уголовной ответственности физического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо.

Учитывая характер правонарушения, наличие смягчающих обстоятельств (приняты меры по устранению нарушения), финансовое и имущественное положение юридического лица, при отсутствии отягчающих обстоятельств, установленных ст. 4.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, руководствуясь статьями 14.3, 23.48 Кодекса РФ об административных правонарушениях,

#### ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать Открытое акционерное общество междугородней и международной связи "Ростелеком" (адрес: 191002, г. Санкт-Петербург, ул. Достоевского, д.15, ИНН 7707049338, ОГРН 1027700198767 от 09.09.2002 г.) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях.

2. Применить к Открытому акционерному обществу междугородней и международной связи "Ростелеком" меру ответственности в виде административного штрафа в размере 100000 (сто тысяч рублей) рублей.

Согласно части 1 статьи 32.2 Кодекса РФ об административных правонарушениях административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях на р/с 40101810900000010001 в ГРКЦ ГУ ЦБ РФ по НСО в г. Новосибирске, БИК 045004001, получатель: УФК по Новосибирской области (Новосибирское УФАС России), ИНН 5405116098 / КПП 540501001, код БК 161 1 16 26000 01 6000 140, ОКТМО 50701000 назначение платежа: административный штраф за нарушение законодательства о рекламе.

Постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в соответствии со статьями 30.1-30.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

Составление документа в полном объеме отложено на 3 день ввиду ограниченного времени рассмотрения. Согласно требованиям статьи 29.11 КоАП РФ, резолютивная часть Постановления по делу об административном правонарушении объявлена немедленно по окончании рассмотрения дела.

Заместитель руководителя управления-

начальник отдела рекламы

Т.В. Лопаткина

В соответствии со статьей 31.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, постановление о назначении административного наказания не подлежит исполнению в случае, если это постановление не было приведено в исполнение в течение двух лет со дня его вступления в законную силу.

В случае рассрочки исполнения постановления о назначении административного наказания течение срока давности продлевается на срок рассрочки.