

1046/2015-27186(1)

ВОСЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

644024, г. Омск, ул. 10 лет Октября, д.42, канцелярия (3812)37-26-06, факс:37-26-22,
www.8aas.arbitr.ru, info@8aas.arbitr.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

город Омск

19 июня 2015 года

Дело № А70-14636/2014

Резолютивная часть постановления объявлена 11 июня 2015 года

Постановление изготовлено в полном объеме 19 июня 2015 года

Восьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего Шиндлер Н.А.

судей Золотовой Л.А., Лотова А.Н.

при ведении протокола судебного заседания: Плехановой Е.В.

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу
(регистрационный номер <...> АП-4314/2015) общества с ограниченной
ответственностью «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» на решение Арбитражного суда Тюменской
области от 12.03.2015 по делу № А70-14636/2014 (судья Коряковцева О.В.)
по заявлению общества с ограниченной ответственностью «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»
(ОГРН 1107746769162; ИНН 7715829230)

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области
(ОГРН 1027200812308, ИНН 7202081799)

об оспаривании постановления от 22.10.2014 № А14/167-04 о привлечении к
административной ответственности

судебное разбирательство проведено в отсутствие лиц, участвующих в деле,
надлежащим образом извещённых о времени и месте судебного заседания,
установил:

общество с ограниченной ответственностью «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (далее -
заявитель, Общество, ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ») обратилось в арбитражный суд с
заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Тюменской
А70-14636/2014

2

области (далее - заинтересованное лицо, антимонопольный орган, Управление,
Тюменское УФАС России) о признании незаконным и отмене постановления от
22.10.2014 № А14/167-04 о привлечении к административной ответственности.

Решением Арбитражного суда Тюменской области от 12.03.2015 по делу № А70-
14636/2014 в удовлетворении заявленных требований отказано.

Судебный акт мотивирован наличием оснований для привлечения ООО «ДЕВИНО
ТЕЛЕКОМ» к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 Кодекса
Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП
РФ).

Не согласившись с принятым судебным актом, Общество обратилось с
апелляционной жалобой, в которой просит решение суда отменить и направить
дело на новое рассмотрение в Арбитражный суд Тюменской области.

В обоснование апелляционной жалобы ее податель указал, что Общество не
является рекламораспространителем, а лишь предоставляет техническую
возможность отправки СМС-сообщений. Заказчиком рекламы и ее
распространителем является общество с ограниченной ответственностью «УМ-3»
(далее - ООО «УМ-3»). При этом, заявитель указывает, что Общество не вправе
осуществлять проверку содержания передаваемых СМС-сообщений и не может
нести ответственности за их содержание.

Кроме того, по мнению подателя жалобы, Тюменское УФАС России в нарушение требований статьи 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ) не представило в материалы дела доказательств наличия или отсутствия предварительного согласия абонента - гражданина Фадеева Л. на получение СМС-рекламы, поскольку антимонопольным органом указанный гражданин подробно не опрашивался о том, является ли он клиентом Банка, знакомился ли он с правилами оказания услуг, размещенных на официальном сайте Банка, а значит соглашался ли на условия оферты, выражал ли свое согласие/несогласие на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи.

Оспаривая доводы подателя жалобы, Тюменское УФАС России представило отзыв на апелляционную жалобу, в котором просит оставить решение суда без изменения, апелляционную жалобу - без удовлетворения.

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и Тюменское УФАС России, надлежащим образом извещённые о времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы, явку своих представителей в судебное заседание суда апелляционной инстанции не обеспечили, ходатайств об отложении судебного заседания не заявили, в связи с чем, суд

A70-14636/2014

3

апелляционной инстанции в порядке статьи 156, части 1 статьи 266 АПК РФ рассмотрел апелляционную жалобу в отсутствие представителей указанных лиц по имеющимся в деле доказательствам.

Суд апелляционной инстанции, изучив материалы дела, апелляционную жалобу и отзыв на нее, установил следующие обстоятельства.

22.11.2013 в Федеральную антимонопольную службу России поступило обращение гражданина Фадеева А. о том, что 19.11.2013 в 13-23 час. на его номер поступило СМС-сообщение рекламного характера, на получение которого он не давал согласия. Так, Фадеевым А. от отправителя ОАО АКБ «ЮГРА» получено сообщение следующего содержания: «Бархатный сезон, до 8% в валюте, только до 30.11, 88005555797» отправитель Bank Jugra (том 1 л.д.135-137).

Впоследствии, Федеральной антимонопольной службой России обращение гражданина Фадеева А. было направлено в Тюменское УФАС России для рассмотрения по существу (л.д.134).

В связи с наличием признаков нарушения части 1 статьи 18 Закона Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) 22.04.2014 антимонопольным органом было возбуждено дело № Р14/64-01 о нарушении законодательства о рекламе.

По результатам рассмотрения указанного дела Тюменским УФАС России вынесено решение от 18.06.2014 № Р14/64-03 согласно которому реклама, содержащаяся в СМС-сообщении, поступившем от абонента «Bank Jugra» на абонентский номер гражданина Фадеева А., признана ненадлежащей. В соответствии с данным решением заявителю выдано предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе.

При этом, в соответствии с указанным решением Управление передало уполномоченному должностному лицу материалы дела для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ (том 1 л.д.92- 99).

На основании решения Тюменского УФАС России от 18.06.2014 № Р14/64-03 ведущим специалистом-экспертом отдела контроля и надзора за соблюдением законодательства в отношении ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» 20.08.2014 вынесено

определение № А14/167-01 о возбуждении дела об административном правонарушении по признакам части 1 статьи 14.3 КоАП РФ и 15.09.2014 составлен протокол № А14/167-02 об административном правонарушении, ответственность за которое

А70-14636/2014

4

предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ (л.д. 75-82). Данный протокол составлен в отсутствие надлежащим образом извещенного законного представителя Общества, что подтверждается сведениями из Интернет-сайта ФГУП «Почта России» о вручении 03.09.2014 извещения о времени и месте его составления.

На основании указанного протокола антимонопольным органом рассмотрено дело об административном правонарушении и вынесено постановление от 22.10.2014 № А14/167-04 о привлечении ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ в виде штрафа в размере 100 000 руб.

Не соглашаясь с указанным постановлением, ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» обратилось в арбитражный суд с настоящим заявлением.

12.03.2015 Арбитражным судом Тюменской области принято решение, которое обжаловано Обществом в апелляционном порядке.

Проверив законность и обоснованность решения суда первой инстанции в порядке статей 266, 268 АПК РФ, суд апелляционной инстанции не находит оснований для его отмены или изменения, исходя из следующего.

В соответствии с частью 1 статьи 207 АПК РФ дела об оспаривании решений государственных органов, иных органов, должностных лиц, уполномоченных в соответствии с Федеральным законом рассматривать дела об административных правонарушениях, о привлечении к административной ответственности лиц, осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность, рассматриваются арбитражным судом по общим правилам искового производства, предусмотренным настоящим Кодексом, с особенностями, установленными в настоящей главе и федеральном законе об административных правонарушениях.

В соответствии с частью 4 статьи 210 АПК РФ по делам об оспаривании решений административных органов о привлечении к административной ответственности обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для привлечения к административной ответственности, возлагается на административный орган, принявший оспариваемое решение.

При рассмотрении дела об оспаривании решения административного органа арбитражный суд не связан доводами, содержащимися в заявлении, и проверяет оспариваемое решение в полном объеме (часть 7 статьи 210 АПК РФ).

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 4 настоящей статьи, статьями

А70-14636/2014

5

14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона о рекламе под рекламой 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. В силу положений статьи 3 Закона о рекламе рекламодаделец - это изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо (часть 5); рекламопроизводитель - это лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму (часть 6); рекламораспространитель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (часть 7).

Из пункта 2 статьи 3 Закона о рекламе следует, что объектом рекламирования является 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.

Как следует из пункта 1 статьи 5 названного закона, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

В соответствии со статьёй 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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием (часть 1 статьи 18 Закона о рекламе).

Ответственность за нарушение требований, установленных статьёй 18 Закона о рекламе, предусмотрена частью 7 статьи 38 названного Закона.

A70-14636/2014

6

Как установлено судом первой инстанции и следует из материалов дела, в рассматриваемом случае антимонопольным органом выявлен факт направления гражданину Фадееву А. СМС-рассылки рекламного характера без его согласия. При этом отправителем спорного сообщения являлось ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ». Кроме того, факт распространения рекламы именно заявителем так же подтверждается письмом оператора связи Тюменского филиала ОАО «ВымпелКом», в котором указано, что отправителем спорного сообщения от 19.11.2013 в 13-23 час. и рекламораспространителем является ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ».

Данные обстоятельства подтверждаются материалами дела и не оспариваются сторонами, в том числе подателем жалобы.

Как следует из материалов дела, рекламное СМС-сообщение отправлено Фадееву А. через оператора «Билайн» (том 1 л.д.104).

При этом из материалов дела усматривается, что 18.01.2012 между ОАО «Вымпел-Коммуникации» (Оператор) и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (Абонент) был заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» № 429838801 (далее - Договор) (том 1 л.д.108-114).

Согласно пункту 1.1 Договора, последний, регулирует отношения между оператором и абонентом при оказании оператором услуг связи. В соответствии с

условиями Договора оператор оказывает услуги связи Билайн, а абонент оплачивает их на условиях Договора.

Пунктом 1.2 Договора определено, что для целей Договора применяются следующие термины:

- техническая возможность предоставления доступа к сети связи – наличие свободных номеров абонентской ёмкости (уникальных кодов идентификации) и/или каналов связи, в том числе радиоканалов с учётом выделенного частотного ресурса;

- услуга связи (услуги) - деятельность по приёму, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи. Под услугами связи в рамках настоящего договора понимаются услуги подвижной радиотелефонной связи и дополнительные услуги, оказываемые в сети подвижной связи, телематические услуги связи, услуги в сети передачи данных, оказываемые оператором абонентам в соответствии с правилами оказания соответствующего вида услуг и условиями выданных лицензий.

Согласно пункту 1.3. Договора услуги оказываются на основании договора, заключаемого оператором и абонентом. Права и обязанности сторон договора не могут

A70-14636/2014

7

передаваться другим лицам иначе как в порядке, установленном законом или договором.

В соответствии с пунктом 1.5 Договора с использованием кодового слова оператор идентифицирует абонента при обращении в информационно-справочные службы, получении информации об абоненте и оказанных услугах подключения/отключения дополнительных услуг, абонент. Абонент несёт ответственность за все операции совершенные с использованием кодового слова, а также все обязательства по оплате оказанных услуг. С использованием кодового слова не осуществляются операции по замене абонентского номера, переоформлению или расторжению Договора.

В рамках названного Договора ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» имеет право использовать сеть для передачи информации (пункт 4.2 Договора).

Дополнительным соглашением к данному Договору установлена обязанность Общества осуществлять, отправку СМС - сообщений пользователю только при наличии согласия пользователя, подтвержденного документально (пункт 4.18 Дополнительного соглашения, том 1 л.д.118).

При этом в пункте 4.11 Дополнительного соглашения стороны установили, что абонент обязуется не использовать выделенное подключение к оборудованию оператора с целью организации СПАМА.

В силу пункта 5.2 Дополнительного соглашения абонент гарантирует, что под видом предоставляемых в рамках настоящего дополнительного соглашения сервисов не оказываются сервисы, не относящиеся к информационно-справочным и развлекательным.

Таким образом, в соответствии с условиями Договора и Дополнительного соглашения к нему, заключенных между ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ОАО «Вымпел-Коммуникации», Общество приняло на себя обязательства использовать выделенное ему подключение только для оказания пользователю услуг по СМС-банкингу и гарантировало, что такое подключение не будет использоваться для рассылки информации, предназначенной по своему содержанию неопределённому кругу лиц и доставляемой пользователю без его предварительного согласия.

Следовательно, в рассматриваемом случае именно ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» является организацией, ответственной за то, чтобы через предоставленное ему подключение не проходили электронные сообщения, содержащие информацию для неопределенного круга лиц и адресованные пользователям, не предоставившим

А70-14636/2014

8

письменное согласие на получение таких сообщений (в том числе рекламного характера).

Обязанность соблюдать условие Договора о направлении пользователям СМС-сообщений только после получения их письменного согласия возложена именно на ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», и не может быть переведена на другое лицо, как и ответственность за неисполнение такого условия.

При этом наличие договора оказания услуг № ДТ-К/013006 от 01.07.2012, заключённого между ООО «УМ-3» (Заказчик) и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (Исполнитель), не освобождает заявителя от обязанности получать письменное согласие пользователей и не перекладывает данную обязанность на ООО «УМ-3». В соответствии с Дополнительным соглашением к данному Договору заявитель оказывает Заказчику услуги, направленные на отправку на мобильный терминал подписчика SMS-сообщений, MMS-сообщений (том 1 л.д.52).

Согласно пункту 1.13 Дополнительного соглашения Подписчик - физическое или юридическое лицо, пользующееся услугами подвижной радиотелефонной связи одного из Операторов либо использующее электронную почту для получения E-mail сообщений.

В соответствии с пунктом 2.1 Дополнительного соглашения Исполнитель предоставляет Заказчику доступ к личному кабинету пользователя на DEVINO Platform, позволяющий Заказчику самостоятельно выбирать объем, содержание (состав) и виды услуг.

Согласно пункту 3.2.2. Дополнительного соглашения Исполнитель вправе блокировать личный кабинет Заказчика при рассылке последним сообщений, соответствующих признакам СПАМа.

Согласно пункту 3.3.4 Дополнительного соглашения Заказчик обязан не использовать подключение к DEVINO Platform для организации СПАМа.

Ссылаясь на наличие договора № ДТ-К/013006 от 01.07.2012, податель жалобы утверждает, что он не обязан получать согласие абонента на рассылку СМС, поскольку данную обязанность в соответствии с названным договором несет ООО «УМ-3».

Между тем, как верно указал суд первой инстанции, условия данного Договора, Дополнительного соглашения к нему и Договора № 429838801 от 18.01.2012 позволяют сделать вывод о том, что ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» приняло участие в распространении спорного СМС-сообщения и доведения его до Фадеева А., то есть в

А70-14636/2014

9

силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе Общество является рекламораспространителем.

Отсутствие в цепочке вышеназванных рекламораспространителей ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» привело бы к невозможности доставки спорного СМС-сообщения до Фадеева А. Обратного заявителем в нарушение статьи 65 АПК РФ не представлено.

Включение в Дополнительное соглашение к договору № ДТ-К/013006 от 01.07.2012

обязанности ООО «УМ-3» получать согласие абонентов на получение ими СМС-сообщений рекламного характера не освобождает от исполнения данной обязанности заявителя, распространяющего рекламные СМС-сообщения. Суд первой инстанции правильно отметил, что действия по непосредственному доведению СМС-сообщений до их конечных получателей осуществлены, в том числе и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», которое было осведомлено о целях оказания им соответствующих услуг, в связи с чем, антимонопольный орган обоснованно отнес его к числу рекламораспространителей.

Как было выше указано, 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 признаётся распространённой 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.

Следовательно, поскольку в рассматриваемом случае установлено, что физическое лицо не давало своего согласия на получение спорного сообщения, поступившего от ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», постольку выводы Управления о том, что действия ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» нарушают права непосредственных получателей электронных сообщений, гарантированные им Законом о рекламе, и свидетельствуют о невыполнении Обществом возложенных на него публично-правовых и договорных обязательств, являются правильными.

При таких обстоятельствах вывод антимонопольного органа, изложенный в оспариваемом постановлении, о том, что Обществом допущено нарушение требований пункта 1 статьи 18 Закона о рекламе, устанавливающей запрет на распространение

A70-14636/2014

10

рекламы без предварительного согласия абонента или адресата, является правильным, так как основан на установленных по делу фактических обстоятельствах и положениях действующего законодательства.

По мнению суда апелляционной инстанции, Общество не доказало несоответствие оспариваемого им постановления Тюменского УФАС России нормам действующего законодательства и нарушение указанным ненормативным правовым актом Управления прав и законных интересов заявителя.

В соответствии с частью 1 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный надзор за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе предупреждает, выявляет и пресекает нарушения физическими или юридическими лицами законодательства Российской Федерации о рекламе; возбуждает и рассматривает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламоателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В силу положений части 3 статьи 36 Закона о рекламе предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе выдается на основании решения антимонопольного органа о признании рекламы

ненадлежащей и должно содержать указание о прекращении ее распространения.

Таким образом, оспариваемое постановление Тюменского УФАС России от 22.10.2014 № А14/167-04 вынесено на основании норм действующего законодательства и не содержит выводов, противоречащих закону или нарушающих права ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», следовательно, предусмотренные статьей 201 АПК РФ основания для признания указанного акта недействительными отсутствуют.

В целом, доводы апелляционной жалобы повторяют доводы поданного в суд первой инстанции заявления, которым дана надлежащая оценка в обжалуемом судебном акте, и направлены лишь на переоценку обстоятельств дела. При этом фактические обстоятельства, имеющие значение для дела, установлены судом первой инстанции в полном объеме на основе доказательств, оцененных в соответствии с правилами, определенными статьей 71 АПК РФ.

Учитывая изложенное, арбитражный суд апелляционной инстанции приходит к выводу о том, что суд первой инстанции принял законное и обоснованное решение.
А70-14636/2014

11

Нормы материального права применены арбитражным судом первой инстанции правильно. Нарушений норм процессуального права, являющихся в силу части 4 статьи 270 АПК РФ в любом случае основаниями для отмены судебного акта, судом апелляционной инстанции не установлено. Таким образом, оснований для отмены обжалуемого решения арбитражного суда не имеется, апелляционная жалоба удовлетворению не подлежит.

Судебные расходы по оплате государственной пошлины за рассмотрение апелляционной жалобы, согласно статье 110 АПК РФ, относятся на подателя жалобы, то есть на ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ».

На основании изложенного и руководствуясь пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Восьмой арбитражный апелляционный суд

ПОСТАНОВИЛ:

Апелляционную жалобу общества с ограниченной ответственностью «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» оставить без удовлетворения, решение Арбитражного суда Тюменской области от 12.03.2015 по делу № А70-14636/2014 – без изменения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия, может быть обжаловано путем подачи кассационной жалобы в Арбитражный суд Западно-Сибирского округа в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме.

Председательствующий

Н.А. Шиндлер

Судьи

Л.А. Золотова

А.Н. Лотов