

1046/2015-24199(3)

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

03 июня 2015 года

Дело № А70-13606/2014

Резолютивная часть постановления объявлена 28 мая 2015 года

Постановление изготовлено в полном объеме 03 июня 2015 года

Восьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Золотовой Л.А.

судей Лотова А.Н., Рыжикова О.Ю.

при ведении протокола судебного заседания: секретарем Плехановой Е.В.

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу
(регистрационный номер <...> АП-4195/2015) Общества с ограниченной
ответственностью «СофтПрофи»

на решение Арбитражного суда Тюменской области от 20.02.2015 по делу № А70-
13606/2014 (судья Коряковцева О.В.),

принятое по заявлению Общества с ограниченной ответственностью «СофтПрофи»
(ОГРН 1070278008019, ИНН 0278138308);

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области
о признании недействительным решения от 15.07.2014 № Р14/84-03,

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

Общество с ограниченной ответственностью «СофтПрофи» (далее - заявитель,
Общество, ООО «СофтПрофи») обратилось в арбитражный суд с заявлением к
Управлению Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области
(далее - заинтересованное лицо, антимонопольный орган, Управление, Тюменское
УФАС России) о признании недействительным решения от 15.07.2014 № Р14/84-03,
которым в

А70-13606/2014

2

действиях Общества установлено нарушение части 1 статьи 18 Федерального
закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе),
выразившегося в распространении СМС-сообщения рекламного характера без
предварительного согласия абонента.

Решением Арбитражного суда Тюменской области от 20.02.2015 по делу № А70-
13606/2014 в удовлетворении заявленных требований Общества отказано. ООО
«СофтПрофи» из федерального бюджета возвращена излишне уплаченная
государственная пошлина в размере 2000 руб.

При принятии решения суд первой инстанции исходил из того, что реклама
является ненадлежащей, поскольку спорное СМС-сообщение в нарушение
требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе было получено Лифановым Д.Д. без
его согласия. При этом, суд указал, что наличие у Общества статуса
рекламораспространителя не освобождает его от исполнения обязанностей,
установленных вышеназванной статьей.

Не согласившись с принятым судебным актом, Общество обратилось с
апелляционной жалобой, в которой просит решение суда отменить, принять по
делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных им требований.

В обоснование апелляционной жалобы указано, что ООО «СофтПрофи» не является создателем (изготовителем) и распространителем СМС-сообщений, поскольку СМС-сообщение было отправлено Лифанову Д.Д. ИП Адамяном А.Э., который в рамках договора № ДУ230813/01 от 23.08.2013, заключенного с ООО «СофтПрофи» должен был получить согласие Лифанова Д.Д. на отправку ему вышеназванного сообщения. При этом, заказчик (ИП Адамян А.Э.) самостоятельно без участия исполнителя (ООО «СофтПрофи») определял содержание данных СМС-сообщений и абонентов.

Отзыв на апелляционную жалобу от антимонопольного органа не поступал.

ООО «СофтПрофи» 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 апелляционной инстанции в порядке статьи 156, части 1 статьи 266 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ) рассмотрел апелляционную жалобу в отсутствие представителей указанных лиц по имеющимся в деле доказательствам.

A70-13606/2014

3

Рассмотрев материалы дела, оценив доводы апелляционной жалобы, суд апелляционной инстанции установил следующие обстоятельства.

08.11.2013 в Федеральную антимонопольную службу России поступило обращение гражданина Лифанова Д.Д. о том, что на его номер поступило СМС-сообщение рекламного характера, на получение которого он не давал согласия. Так, Лифановым Д.Д. 06.11.2013 от абонента «PlanTravel» через СМС-центр было получено сообщение следующего содержания: «Налетай и улетай! Туры в Египет от 12 т.р., в Тайланд от 26 т.р., на тенерифе от 22 т.р. Звони 458-07-06 www.plantravel.ru» (том 2 л.д.17-19).

Впоследствии, Федеральной антимонопольной службой России обращение Лифанова Д.Д. было направлено в Тюменское УФАС России для рассмотрения по существу (том 2 л.д.22-23).

В связи с наличием признаков нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе 22.04.2014 антимонопольным органом было возбуждено дело № Р14/84-01 о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе (том 2 л.д.10-12). По результатам рассмотрения указанного дела Управлением вынесено решение от 15.07.2014 № Р14/84-03, согласно которому реклама, содержащаяся в СМС-сообщении, поступившем от ООО «СофтПрофи» на абонентский номер Лифанова Д.Д., признана ненадлежащей. В соответствии с данным решением заявителю выдано предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе. Не согласившись с названным решением, Общество обратилось в арбитражный суд с настоящим заявлением.

20.02.2015 Арбитражным судом Тюменской области принято решение, которое обжаловано ООО «СофтПрофи» 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 198 АПК РФ граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт,

решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и
А70-13606/2014

4

нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Анализ частей 2 и 3 статьи 201 АПК РФ позволяет сделать вывод о том, что для признания оспариваемого ненормативного правового акта недействительным, решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц незаконными суд должен установить наличие двух условий в совокупности:

- оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действия (бездействие) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту;
- оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действия (бездействие) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц нарушают права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Как следует из материалов дела, ООО «СофтПрофи» обратилось с заявлением о признании незаконными решения и предписания антимонопольного органа, которыми действия Общества по передаче путём предоставления своего программного обеспечения иным лицам СМС-сообщения рекламного характера без предварительного письменного согласия абонента на его получение признаны нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно статье 3 Закона о рекламе под рекламой понимается информация, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке (пункт 1). 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 (часть 2).

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
А70-13606/2014

5

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).

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 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 (часть 1 статьи 18 Закона о рекламе).

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

Как установлено судом первой инстанции и следует из материалов дела, в рассматриваемом случае антимонопольным органом выявлен факт направления гражданину Лифанову Д.Д. СМС-рассылки рекламного характера без его согласия. При этом отправителем спорного сообщения являлось ООО «СофтПрофи».

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

Как следует из материалов дела, рекламное СМС-сообщение отправлено Лифанову Д.Д. через оператора Мобильные ТелеСистемы ИП Адамяном А.Э. (том 1 л.д.131).

Согласно сведениям, представленным ОАО «МТС», Лифанов Д.Д. является абонентом МТС. По данным биллинговой системы (автоматизированной системы расчетов) 06.11.2013 на абонентский номер Лифанова Д.Д. поступило входящее СМС-сообщение с номера, входящего в ресурс нумерации, выделенный оператору связи «Вымпел-Коммуникации», торговая марка «Билайн» (том 2 л.д.32-33).

При этом из материалов дела усматривается, что 01.01.2013 между ОАО «Вымпел-Коммуникации» (оператор) и ООО «СофтПрофи» (абонент) был заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» № 476218040 (далее - Договор) (том 1 л.д.95-100). А70-13606/2014

6

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 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 «СофтПрофи» 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 4.17 Дополнительного соглашения, том 1 л.д.103).

A70-13606/2014

7

При этом в пункте 4.10 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 «СофтПрофи» 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.

Таким образом, в рассматриваемом случае именно ООО «СофтПрофи» 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 письменное согласие на получение таких сообщений (в том числе рекламного характера).

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

При этом наличие договора возмездного оказания услуг № ДУ 230813/01 от 23.08.2013, заключённого между ИП Адамяном А.Э. (заказчик) и ООО «СофтПрофи» (исполнитель), не освобождает заявителя от обязанности получать письменное согласие пользователей и не перекладывает данную обязанность на ИП Адамяна А.Э.

В рамках данного Договора ООО «СофтПрофи» обязуется предоставить заказчику услугу в соответствии с Правилами предоставления услуг и обеспечить работоспособность программного приложения, связанного с ним оборудования и сайта (пункт 3.1. Договора).

Согласно пункту 3.7 данного Договора заказчик обязан получить предварительное письменное согласие абонента или адресата на получение СМС, рекламы или другой информации.

A70-13606/2014

8

Ссылаясь на наличие договора № ДУ 230813/01 от 23.08.2013, податель жалобы утверждает, что он не обязан получать согласие абонента на рассылку СМС, поскольку данную обязанность в соответствии с названным договором несет ИП Адамян А.Э.

Между тем, как верно указал суд первой инстанции, условия данного договора и договора № 476218040 от 01.01.2013 позволяют сделать вывод о том, что ООО «СофтПрофи» приняло участие в распространении спорного СМС-сообщения и доведения его до Лифанова Д.Д., то есть в силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе Общество является рекламораспространителем.

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

Включение в договор № ДУ 230813/01 от 23.08.2013 обязанности ИП Адамяна А.Э. 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 «СофтПрофи», 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 «СофтПрофи», постольку выводы Управления о том, что действия ООО «СофтПрофи» нарушают права непосредственных получателей электронных сообщений, гарантированные им Законом о рекламе, и свидетельствуют о

А70-13606/2014

9

невыполнении Обществом возложенных на него публично-правовых и договорных обязательств, являются правильными.

При таких обстоятельствах вывод антимонопольного органа, изложенный в оспариваемом решении, о том, что Обществом допущено нарушение требований пункта 1 статьи 18 Закона о рекламе, устанавливающей запрет на распространение 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 решения 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 рекламодателям, 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 решение Тюменского УФАС России от 15.07.2014 № Р14/84-03 вынесено на основании норм действующего законодательства и не содержат выводов, противоречащих закону или нарушающих права ООО «СофтПрофи», 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 А70-13606/2014

10

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. 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 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, относятся на подателя жалобы, то есть на ООО «СофтПрофи».

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 «СофтПрофи» оставить без удовлетворения, решение Арбитражного суда Тюменской области от 20.02.2015 по делу № А70-13606/2014 - 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

Л.А. Золотова

Судьи

А.Н. Лотов

О.Ю. Рыжиков