1011/2015-29335(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

30 июня 2015 года

Дело № А70-13046/2014

Резолютивная часть постановления объявлена 23 июня 2015 года

Постановление изготовлено в полном объеме 30 июня 2015 года

Восьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Киричѐк Ю.Н.,

судей Кливера Е.П., Рыжикова О.Ю.,

при ведении протокола судебного заседания: секретарем Рязановым И.А.,

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу

(регистрационный номер <...> АП-4564/2015) общества с ограниченной

ответственностью «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» на решение Арбитражного суда Тюменской

области от 07.03.2015 по делу № А70-13046/2014 (судья Безиков О.А.), принятое по

заявлению общества с ограниченной ответственностью «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» к

Управлению Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области об

оспаривании решения № Р14/78-03 от 07.07.2014 и предписания № Р14/78-04 от

07.07.2014,

судебное разбирательство проведено в отсутствие представителей лиц,

участвующих в деле, надлежащим образом извещенных о времени и месте

судебного заседания,

установил:

Общество с ограниченной ответственностью «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (далее –

заявитель, ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», Общество) обратилось в Арбитражный суд

Тюменской области с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной

А70-13046/2014

2

службы по Тюменской области (далее– заинтересованное лицо, Тюменское УФАС

России, антимонопольный орган, Управление) о признании незаконными решения

от 07.07.2014 № Р14/78-03 и предписания от 07.07.2014 № Р14/78-04.

Решением Арбитражного суда Тюменской области от 07.03.2015 по делу № А70-

13046/2014 в удовлетворении заявленных ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» требований

отказано в полном объеме.

При принятии решения суд первой инстанции исходил из того, что sms-сообщение,

направленное гражданину Вяткину С.А. 16.02.2014 в 12.01 на принадлежащий ему

абонентский номер от абонента через SMS-центр следующего содержания:

«Кабриолет или драндулет? Если важно, тогда закажи такси Дипломат 424242»

носит рекламный характер и было отправлено в адрес абонента без его согласия,

в связи с чем вывод антимонопольного органа, положений в основу

оспариваемого решения, о нарушении заявителем требований части 1 статьи 18

Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» является правильным.

Не согласившись с вынесенным судебным актом, ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»

обратилось в Восьмой арбитражный апелляционный суд с апелляционной

жалобой, в которой просит решение суда первой инстанции отменить, принять по

делу новый судебный акт об удовлетворении требований заявителя в полном

объеме.

В обоснование апелляционной жалобы ее податель указал на то, что sms-

сообщение, направленное гражданину Вяткину С.А. 16.02.2014 в 12.01 на принадлежащий ему абонентский номер от абонента через SMS-центр, не является рекламой, а носил информационный характер о возможности заказать такси. Общество не является рекламодателем.

По мнению подателя жалобы, возбуждение и рассмотрение Тюменским УФАС России дела по признакам нарушения законодательства о рекламе произведено с нарушением порядка, предусмотренного Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 18.08.2006 и Административного регламента ФАС по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ. рассмотрении дела о нарушении законодательства о рекламе Управлением были неполно исследованы обстоятельства, имеющие существенное значение для правильного разрешения названного дела.

A70-13046/2014

3

Тюменским УФАС России представлен письменный отзыв на апелляционную жалобу с доказательствами его направления в адрес Общества, в котором антимонопольный орган не согласился с доводами подателя апелляционной жалобы. Отзыв приобщен судом апелляционной инстанции к материалам дела. До начала судебного заседания от ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» поступило ходатайство о рассмотрении апелляционной жалобы в отсутствие его представителя, которое суд апелляционной инстанции счел необходимым удовлетворить.

Суд апелляционной инстанции также посчитал возможным рассмотреть апелляционную жалобу в отсутствие представителя Тюменского УФАС России, надлежащим образом извещенного о месте и времени судебного заседания, не заявившего ходатайства об его отложении.

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

В антимонопольный орган поступило обращение гражданина Вяткина С.А., указывающее на признаки нарушения законодательства РФ о рекламе при распространении sms-сообщений рекламного характера.

Гражданином Вяткиным С.А. было указано, что 16.02.2014 в 12:01 час. на принадлежащий ему абонентский номер от абонента через SMS-центр поступило сообщение рекламного характера следующего содержания: «Кабриолет или драндулет? Если важно, тогда закажи такси Дипломат 424242», хотя согласие на рассылку Вяткин С.А. не давал.

Определением от 17.04.2014 Управление в отношении ОАО «Межрегиональный Транзит Телеком» (ОАО «МТТ») возбудило дело № Р14/78 по признакам нарушения законодательства о рекламе (нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»).

В ходе рассмотрения дела Р14/78 Управлением было установлено, ОАО «МТТ» предоставило ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» техническую возможность самостоятельной отправки sms-сообщений на основании договора от 18.11.2013 № 025- SMS-13/29. Исследовав положения указанного договора, Управление посчитало, что ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» является рекламодателем указанной выше рекламы, поступившей Вяткину С.А.

Учитывая отсутствие предварительного согласия указанного лица на получение рекламы, Управление пришло к выводу о том, что рекламодателем ООО А70-13046/2014

«ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» нарушил требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Решением Управления от 07.07.2014 № Р14/78-03 реклама, содержащаяся в sms-сообщении, поступившем 16.02.2014 в 12.01 гражданину Вяткину С.А. от абонента через SMS-центр следующего содержания: «Кабриолет или драндулет? Если важно, тогда закажи такси Дипломат 424242», была признана ненадлежащей как нарушающая требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

По факту выявленного нарушения ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» выдано предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе, а материалы дела переданы Управлением уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. В соответствии с предписанием от 07.07.2014 № Р14/78-04 на ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» возложена обязанность в 10-дневный срок с момента получения предписания устранить нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», а именно прекратить распространение указанной выше рекламы по сетям электросвязи без получения предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. Кроме того, в соответствии с названным предписанием Общество обязано было в 5-дневный срок с момента исполнения предписания представить в Управление письменные доказательства исполнения предписания.

Полагая, что решение от 07.07.2014 № Р14/78-03 и предписание от 07.07.2014 № Р14/78-04 не соответствуют законодательству, Общество обратилось в арбитражный суд с вышеуказанным заявлением.

07.03.2015 Арбитражный суд Тюменской области принял решение, являющееся предметом апелляционного обжалования по настоящему делу.

Проверив законность и обоснованность решения суда первой инстанции в порядке статей 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд апелляционной инстанции не находит оснований для его отмены, исходя из следующего.

В соответствии с частью 1 статьи 198, частью 4 статьи 200, частью 2 статьи 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации для удовлетворения требований о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц необходимо наличие двух

А70-13046/2014

условий: несоответствие их закону или иному нормативному правовому акту, а также нарушение прав и законных интересов заявителя.

Таким образом, применительно к рассматриваемому спору требования Общества подлежат удовлетворению только в том случае, если будет установлено несоответствие оспариваемых решения и предписания закону или иному нормативному правовому акту, и оспариваемые решение и предписание повлекли нарушение прав и законных интересов заявителя.

Согласно статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе, Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ) 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); рекламодатель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (часть 7).

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием (часть 1 статьи 18 Закона о рекламе).

Из материалов дела следует, что гражданину Вяткину С.А. 16.02.2014 в 12.01 на принадлежащий ему абонентский номер от абонента через SMS-центр поступило А70-13046/2014

6

сообщение рекламного характера следующего содержания: «Кабриолет или драндулет? Если важно, тогда закажи такси Дипломат 424242». При этом Вяткин С.А. не давал согласия на получение сообщений рекламного характера. Вопреки доводам апелляционной жалобы, данное sms-сообщение является рекламой, поскольку адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования - такси Дипломат 424242. Материалами дела подтверждается и не оспаривается сторонами, что гражданин Вяткин С.А. не давал предварительного согласия на получение рекламы посредством sms-рассылки.

Таким образом, указанная реклама является ненадлежащей, поскольку нарушает требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ.

Оспаривая законность и обоснованность решения от 07.07.2014 № Р14/78-03 и предписания от 07.07.2014 № Р14/78-04 ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» указывает на то, что не является рекламодателем, что не может быть признано судом апелляционной инстанции обоснованным.

В ходе рассмотрения дела № Р14/78-04 Управлением на основании письма ОАО «Мега Фон» от 13.03.2014 было установлено, что рассылка указанного выше сообщения осуществлялась через sms-центр ОАО «Мега Фон». Сообщение от лица, имеющего цифровое обозначение 79022295009, 16.02.2014 было направлено через sms-центр с номером +79585559997 (ОАО «ММТ», Москва).

В соответствии с письмом ОАО «ММТ» от 12.05.2014 № 002/007-2248 указанное лицо сообщило Управлению, что не осуществляет деятельность по распространению рекламы, не является ни создателем (изготовителем) подобной рекламы, ни ее распространителем, договорных отношений на распространение указанной рекламы не имеет. Вместе с тем, ОАО «ММТ» было установлено, что указанная sms-

рассылка была осуществлена ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», с которым заключен договор от 18.11.2013 № 025- SMS-13/29.

Согласно пункту 2.1.1. договора от 18.11.2013 № 025-SMS-13/29 ОАО «ММТ» (исполнитель) предоставляет заказчику ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» доступ для отправки sms- сообщений, оказывает заказчику услуги по приему, обработке и передаче sms-сообщений от заказчика к абонентам оператора, а заказчик производит их оплату исполнителю в соответствии с условиями договора.

A70-13046/2014

7

В соответствии с пунктом 3.1.2 указанного договора заказчик обязуется рассылать sms-сообщения только абонентам, которые дали согласие на получение sms-сообщений.

В соответствии с пунктом 4.5 договора от 18.11.2013 № 025- SMS-13/29 заказчик рассылает sms-сообщения только желаемые к получению адресатом. Sms-сообщения, которые адресат не изъявил желания получить, признаются СПАМом. В соответствии с пунктом 7.2 договора от 18.11.2013 № 025- SMS-13/29 в связи с тем, что исполнитель не является создателем (изготовителем) и распространителем sms-сообщений, начиная с момента подготовки текста, его редактирования и заканчивая отправкой абонентам, являясь при этом лишь техническим каналом для передачи заказчиком sms-сообщений, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее или незаконное распространение sms-сообщений и их содержание в полном объеме несет заказчик. В случае предъявления претензий от третьих лиц, связанных с качеством полученных абонентами услуг и сервисов заказчика, они подлежат пересылке заказчику и должны рассматриваться заказчиком.

Таким образом, исходя из условий договора от 18.11.2013 № 025- SMS-13/29, во верному утверждению антимонопольного органа, является ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ».

Ссылка заявителя на то, что sms - сообщение было направлено абоненту индивидуальным предпринимателем Владимирским Д.П., которому Общество по договору от 02.12.2013 № ДТО-К/013673 предоставило право отправлять sms-сообщения с использованием DEVINO Platform через личный кабинет, доступ к которому осуществляется после авторизации (введения логина и пароля), несостоятельна.

Как указывалось выше, рекламораспространителем признается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с условиями договора от 18.11.2013 № 025-SMS-13/29 ОАО «ММТ» предоставило заказчику ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» доступ для отправки sms-сообщений.

Из письма ОАО «ММТ» от 12.05.2014 следует, что спорное рекламное сообщение было направлено на абонентский номер <...> принадлежащий гражданину Вяткину С.А., ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ».

A70-13046/2014

8

Управлением, в том числе путем осмотра интернет-сайта заявителя, установлено, что ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставляет заинтересованным лицам возможность осуществления sms-рассылки сообщений различного содержания, которые направляются абонентам операторов сотовой связи. Указанное обстоятельство также подтверждается заявителем.

Таким образом, ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», используя свои технические

возможности, в том числе путем предоставления их иным лицам, осуществляет распространение рекламы, то есть, доводит до сведения потребителей рекламы информацию в отношении объекта рекламирования. Предоставление заявителем другим лицам возможности формирования и отправки sms-сообщений с использованием программного комплекса, принадлежащего заявителю, не исключает вывода о статусе ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» как рекламораспространителя.

Кроме того, договор от 02.12.2013 № ДТО-К/013673, заключенный с индивидуальным предпринимателем Владимирским Д.П., не был представлен заявителем в материалы дела.

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 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 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

А70-13046/2014

9

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.

Согласно части 2 статьи 36 Закона о рекламе и пункту 12 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, антимонопольный орган по собственной инициативе, представлению прокурора, обращениям органов государственной власти или органов местного самоуправления, а также по заявлениям физических или юридических лиц возбуждает 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 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, вынесенное в отношении Общества-рекламораспространителя ненадлежащей рекламы оспариваемое решение и выданное на его основании предписание соответствует вышеприведенным требованиям законодательства и отмене не подлежат.

Учитывая изложенное, правовых основания для удовлетворения требований ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» у суда первой инстанции не имелось.

Нормы материального права применены Арбитражным судом Тюменской области правильно. Нарушений норм процессуального права, являющихся в силу части 4 статьи 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в любом случае основаниями для отмены судебного акта, судом апелляционной инстанции не установлено. Следовательно, оснований для отмены обжалуемого решения арбитражного суда и удовлетворения апелляционной жалобы Общества не имеется.

A70-13046/2014

10

Судебные расходы по уплате государственной пошлины за рассмотрение апелляционной жалобы в соответствии со статьей 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации относятся 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:

Решение Арбитражного суда Тюменской области от 07.03.2015 по делу № А70-13046/2014 оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения. 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

Ю.Н. Киричёр

Судьи

Е.П. Кливер

О.Ю. Рыжиков