

1115/2015-32541(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

23 июля 2015 года Дело № А70-14637/2014

Резолютивная часть постановления объявлена 16 июля 2015 года

Постановление изготовлено в полном объеме 23 июля 2015 года

Восьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

Председательствующего судьи Золотовой Л.А.

судей Сидоренко О.А., Шиндлер Н.А.

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

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу

(регистрационный

номер <...> АП-6097/2015) Общества с ограниченной ответственностью «Девино Телеком»

на решение Арбитражного суда Тюменской области от 18.04.2015 по делу № А70-14637/2014 (судья Безиков О.А.),

принятое 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 № А14/168-04 от 22.10.2014,

при участии в судебном заседании представителей:

от Общества с ограниченной ответственностью «Девино Телеком» - не явился, о времени и месте судебного заседания извещено надлежащим образом;

от Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области - не явился, о времени и месте судебного заседания извещено надлежащим образом;

установил:

А70-14637/2014

2

Общество с ограниченной ответственностью «Девино Телеком» (далее – Общество, заявитель) обратилось в Арбитражный суд Тюменской области с заявлением

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее –

Управление, ответчик, антимонопольный орган) об оспаривании постановления № А14/168-04 от 22.10.2014 о назначении административного наказания за нарушение законодательства о рекламе.

Решением Арбитражным судом Тюменской области от 18.04.2015 в удовлетворении заявленных Обществом требований отказано.

При этом суд, оценив представленные в материалы рассматриваемого спора доказательства пришел к выводу, что Управление доказан факт распространения Обществом рекламы с нарушением требований статьи 18 Закона № 38-ФЗ, что образует

объективную сторону административного правонарушения, предусмотренного частью 1

статьи 14.3 Кодекса.

Не согласившись с вынесенным судебным актом, ООО «Девино Телеком» обратилось с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда первой инстанции отменить, принять по делу новый судебный акт об удовлетворении требований заявителя.

В обоснование апелляционной жалобы ее податель указал, что Общество не является рекламодателем, а лишь предоставляет техническую возможность

отправки SMS-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 SMS-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 Есаулова Д.М. на

получение SMS -рекламы, поскольку антимонопольным органом указанный гражданин

подробно не опрашивался о том, является ли он клиентом салона «Цветы», знакомился

ли он с правилами оказания услуг, размещенных на официальном сайте магазина, а

значит соглашался ли на условия оферты, выражал ли свое согласие/несогласие на

получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи.

A70-14637/2014

3

В дополнениях к апелляционной жалобе Общество указало, что Управлением нарушен трехдневный срок направления копии постановления, предусмотренный частью 2 статьи 29.11 Кодекса об административных правонарушениях РФ.

От Управления в материалы дела поступил письменный отзыв, согласно которому решение суда первой инстанции является законным и обоснованным и не

подлежит отмене.

Общество с ограниченной ответственностью «Девино Телеком», Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области извещены надлежащим

образом о месте и времени рассмотрения дела по апелляционной жалобе, явку своих

представителей в судебное заседание не обеспечили, ходатайств об отложении судебного заседания по делу не заявляли, в связи с чем суд апелляционной инстанции

считает возможным рассмотреть апелляционную жалобу в порядке статьи 156, части 1

статьи 266 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в отсутствие представителей названных лиц, участвующих в деле.

Изучив материалы дела, апелляционную жалобу, отзыв на нее, суд

апелляционной инстанции установил следующее.

Как следует из материалов дела, Общество, без согласия гражданина, на принадлежащий ему абонентский номер <...> .11.2013 в 18:33 направило SMS - сообщение

следующего содержания: «25 роз EXTRA-1350 руб. Есть доставка т. 9270720 т.9270725

6665666.ru.@».

Решением Комиссии Управления по рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе от 18.06.2014 №Р14/65-03 признана ненадлежащей вышеуказанная реклама, распространённая Обществом 29.11.2013

посредством SMS рассылки, поскольку в ней нарушены требования пункта 1 статьи 18

Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон №38-ФЗ).

Определением Управления от 20.08.2014 №А14/168-01 в отношении заявителя возбуждено производство по делу об административном правонарушении №А14/168 по

части 1 статьи 14.3 КоАП РФ. Проведено административное расследование.

По факту выявленного нарушения, должностным лицом Управления, в отсутствие уполномоченного представителя Общества, 15.09.2014 составлен протокол

об административном правонарушении №А14/168-02 в связи с наличием в действиях

заявителя признаков административного правонарушения, ответственность за которые

предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

А70-14637/2014

4

По результатам рассмотрения материалов административного дела, должностным лицом Управления, 22.10.2014 вынесено Постановление №А14/168-04 о

назначении административного наказания за нарушение законодательства о рекламе,

которым к Обществу применена мера ответственности в виде административного штрафа в размере 100 000 рублей за совершение правонарушения, предусмотренного

частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Не согласившись с вынесенным Постановлением, заявитель обратился в арбитражный суд с рассматриваемым заявлением.

Проверив законность и обоснованность принятого по делу судебного акта в порядке статей 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд апелляционной инстанции не находит оснований для изменения судебного акта, 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 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа

на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

A70-14637/2014

5

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 статьей 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 статьей 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 А70-14637/2014

6

гражданину Есаулову Д.М. SMS -рассылки рекламного характера без его согласия. При

этом отправителем спорного сообщения являлось ООО «Девино Телеком».

Кроме того, факт распространения рекламы именно заявителем также подтверждается письмом оператора связи Тюменского филиала ОАО «ВымпелКом», в

котором указано, что отправителем спорного сообщения от 29.11.2013 в 18-33 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 SMS-сообщение отправлено Есаулову Д.М. через оператора «Билайн» (том 2 л.д. 34).

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 2 л.д. 19-26).

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 емкости (уникальных кодов идентификации) и/или

каналов связи, в том числе радиоканалов с учетом выделенного частотного ресурса;

- услуга связи (услуги) - деятельность по приему, 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.

A70-14637/2014

7

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 несет 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 SMS - сообщений пользователю только при наличии

согласия пользователя, подтвержденного документально (пункт 4.18

Дополнительного

соглашения, том 2 л.д. 3).

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 SMS-банкингу и гарантировало, что такое подключение не будет использоваться для рассылки информации, предназначенной по своему содержанию неопределенному 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 письменное согласие на получение таких сообщений (в том числе рекламного характера).

A70-14637/2014

8

Обязанность соблюдать условие Договора о направлении пользователям SMS - 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, заключенного 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. 71-74).

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 SMS, 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 SMS -сообщения и доведения его до Есаулова Д.М., то есть в силу пункта 7

статьи 3 Закона о рекламе Общество является рекламораспространителем.

A70-14637/2014

9

Отсутствие в цепочке вышеназванных рекламораспространителей ООО «Девино Телеком» привело бы к невозможности доставки спорного SMS-сообщения до Есаулова

Д.М. 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

SMS-сообщений рекламного характера не освобождает от исполнения данной обязанности заявителя, распространяющего рекламные SMS -сообщения.

Суд первой инстанции правильно отметил, что действия по непосредственному доведению SMS-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 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.

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 «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 обоснованными.

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

рекламы без предварительного согласия абонента или адресата, является правильным,

так как основан на установленных по делу фактических обстоятельствах и положениях

действующего законодательства.

A70-14637/2014

10

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.

Таким образом, оспариваемое постановление Тюменского УФАС России от

22.10.2014 № А14/168-04 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.

Доводы апеллянта о нарушении Управлением предусмотренного трехдневного срока на направление постановления о назначении наказания несостоятельны и противоречат материалам рассматриваемого спора.

Из представленного в материалы рассматриваемого спора административного дела следует, что оспариваемое постановление от 22.10.2014 было направлено по юридическому адресу Общества (г. Москва, ул. Суцевский Вал, 16/6) 27.10.2014 сопроводительным письмом «Дм/9086 и получено последним 28.11.2014, что подтверждается почтовым извещением (том , л.д. 56-57).

Таким образом, оснований полагать, что Управление нарушило трехдневный срок отправки постановления у суда апелляционной инстанции не имеется, факт получения почтового отправления за пределами указанного срока не имеет правового

значения для рассматриваемого спора.

Каких-либо нарушений Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях при составлении протокола об административном правонарушении и

вынесении оспариваемого постановления судами первой и апелляционной инстанций

не установлено. Наказание назначено административным органом в пределах санкции

части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в минимальном размере (100 000 руб.).

При этом суд апелляционной инстанции отмечает, что подателем жалобы не представлено в материалы дела надлежащих и бесспорных доказательств в обоснование

своей позиции, доводы, изложенные в апелляционной жалобе, не содержат фактов, которые не были бы проверены и не учтены судом первой инстанции при рассмотрении

дела и имели бы юридическое значение для вынесения судебного акта по существу,

влияли на обоснованность и законность судебного акта, либо опровергали выводы суда

первой инстанции, в связи с чем признаются судом апелляционной инстанции А70-14637/2014

11 несостоятельными и не могут служить основанием для отмены решения суда первой инстанции.

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 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 18.04.2015 по делу № А70-14637/2014 – без изменения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия, может быть обжаловано путем подачи кассационной жалобы в Арбитражный суд Западно-Сибирского округа по основаниям, предусмотренным частью 4 статьи 288 Арбитражного процессуального кодекса РФ, в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме.

Председательствующий Л.А. Золотова

Судьи О.А. Сидоренко

А70-14637/2014

12

Н.А. Шиндлер