АРБИТРАЖНЫЙ СУД

ВОЛГО-ВЯТСКОГО ОКРУГА

Кремль, корпус 4, Нижний Новгород, 603082

http://fasvvo.arbitr.ru/ E-mail: info@fasvvo.arbitr.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

арбитражного суда кассационной инстанции

Нижний Новгород

Дело № А79-4574/2019

14 февраля 2020 года

(дата изготовления постановления в полном объеме)

Резолютивная часть постановления объявлена 11.02.2020.

Арбитражный суд Волго-Вятского округа в составе:

председательствующего Радченковой Н.Ш.,

судей Александровой О.В., Чигракова А.И.,

при участии представителя

от истца: Паршиной С.А. (доверенность от 10.10.2019 № 06/29/206-19),

рассмотрел в судебном заседании кассационную жалобу публичного акционерного общества «Ростелеком»

на постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 13.11.2019

по делу № А79-4574/2019

по заявлению публичного акционерного общества «Ростелеком»

(ИНН: 7707049388, ОГРН: 1027700198767)

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Чувашской Республике – Чувашии

о признании незаконным пункта 1 решения от 05.02.2019 по делу № 34-Р-2018 в отношении публичного акционерного общества «Ростелеком»,

третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований относительно предмета спора, – Завьялов Захар Андреевич, общество с ограниченной ответственностью «Т2 Мобайл», акционерное общество «Загрузка», общество с ограниченной ответственностью «Спорт актив плюс»,

и у с т а н о в и л :

публичное акционерное общество «Ростелеком» (далее – Общество) обратилось в Арбитражный суд Чувашской Республики – Чувашии с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Чувашской Республике – Чувашии (далее – Управление, антимонопольный орган) о признании незаконным пункта 1 решения от 05.02.2019 по делу № 34-Р-2018 в отношении Общества.

К участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены Завьялов Захар Андреевич, общество с ограниченной ответственностью «Т2 Мобайл» (далее – ООО «Т2 Мобайл»), акционерное общество «Загрузка» (далее – АО «Загрузка»), общество с ограниченной ответственностью «Спорт актив плюс» (далее – ООО «Спорт актив плюс»).

Решением суда от 06.08.2019 заявленное требоваие удовлетворено, пункт 1 решения Управления признан незаконным.

Первый арбитражный апелляционный суд постановлением от 13.11.2019 отменил решение суда первой инстанции, в удовлетворении заявленных требований отказал.

Общество не согласилось с принятым постановлением и обратилось в Арбитражный суд Волго-Вятского округа с кассационной жалобой, в которой просит его отменить.

Заявитель жалобы указывает, что суд апелляционной инстанции неверно установил лицо, которому направлялось смс-сообщение рекламного характера от ООО «Спорт актив плюс», поскольку оно было адресовано Самойловой Н.Л., а не Завьялову З.А. Общество не является лицом, ответственным за распространение рекламы по сетям подвижной радиотелефонной связи.

Подробно позиция заявителя изложена в кассационной жалобе и поддержана его представителем в судебном заседании.

Управление в отзыве возразило против доводов Общества, сославшись на законность обжалованного постановления.

Управление, Завьялов З.А., ООО «Т2 Мобайл», АО «Загрузка» и ООО «Спорт актив плюс», надлежащим образом извещенные о времени и месте рассмотрения кассационной жалобы, не явились в заседание суда округа, кассационная жалоба рассмотрена в их отсутствие.

Законность принятого постановления проверена Арбитражным судом Волго-Вятского округа в порядке, установленном в статьях 274, 284 и 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Как следует из материалов дела, 24.10.2018 из Федеральной антимонопольной службы России по электронной почте с адреса delo@fas.gov.ru в Управление поступило обращение гражданина Завьялова З.А. о получении им в 12 часов 20 минут 23.10.2018 на выделенный ему оператором связи ООО «Т2 Мобайл» номер мобильного телефона, неправомерного смс-сообщения рекламного характера, без предварительного согласия, с номера, имеющего буквенное обозначение V7Fitness, следующего содержания: «Хэллоуин! Страшно низкие цены! 13 месяцев за 13000. Бронь 89219050154».

По результатам рассмотрения указанного обращения определением Управления от 23.11.2018 в отношении ООО «Т2 Мобайл», АО «Загрузка», Общества, ООО «Спорт актив плюс» возбуждено производство по делу № 34-Р-2018 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Решением Управления от 05.02.2019 по делу № 34-Р2018 ООО «Т2 Мобайл», АО «Загрузка», Общество, ООО «Спорт актив плюс» признаны нарушившими требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в связи с распространением 23.10.2018 в 12 часов 20 минут на номер мобильного телефона смс-сообщения с номера, имеющего буквенное обозначение V7Fitness, следующего содержания: «Хэллоуин! Страшно низкие цены! 13 месяцев за 13000. Бронь 89219050154» (пункт 1 решения).

Общество, посчитав пункт 1 вынесенного решения в отношении него незаконным, обратилось в Арбитражный суд Чувашской Республики –

Чувашии с заявлением.

Суд первой инстанции удовлетворил заявленное требование: признал незаконным пункт 1 решения Управления от 05.02.2019 по делу № 34-Р-2018 в отношении Общества и исходил из того, что Общество не имело возможности анализировать содержание спорных смс-сообщений, рассылка которых инициировалась ООО «Спорт актив плюс».

Руководствуясь статьями 198, 200, 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Законом о рекламе, Федеральным законом от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) апелляционный суд отменил решение суда первой инстанции, в удовлетворении заявленных требований отказал.

Рассмотрев кассационную жалобу исходя из приведенных в ней доводов, Арбитражный суд Волго-Вятского округа не нашел оснований для отмены принятого постановления.

В силу части 1 статьи 198, части 4 статьи 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации действия, решения органов, осуществляющих публичные полномочия, могут быть признаны незаконными, если они не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской деятельности.

Таким образом, для признания решения публичного органа незаконным необходимо наличие в совокупности двух условий: несоответствие оспариваемого решения закону или иному нормативному правовому акту и нарушение прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

В пункте 1 статьи 3 Закона о рекламе определено, что реклама – это 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 (пункт 2). Ненадлежащая реклама – это реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации (пункт 4).

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 (часть 1 статьи 18 Закона о рекламе)

Согласно пункту 1 статьи 44.1 Закона о связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки.

Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

Исходя из правовой позиции, изложенной в пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее – Постановление № 58), согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. Вместе с тем, согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Проанализировав названные нормы, суд апелляционной инстанции правомерно отметил, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Из полученной Завьяловым З.А. информации, с учетом ее размещения путем смс-сообщения, следует, что она является рекламой, направлена на привлечение внимания потребителя к выгодным предложениям о бронировании карт в фитнес-центр на 13 месяцев в период действия скидок в связи с празднованием Хэллоуина и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Как следует из материалов дела, рассылка Смс-сообщения рекламного характера, предназначенная Завьялову З.А., осуществлена совместными последовательными действиями нескольких заказчиков рассылки – ООО «Т2 Мобайл», АО «Загрузка», Общества, ООО «Спорт актив плюс» на основании договоров от 01.03.2018 № 217/SMS-BULK, заключенного между ООО «Т2 Мобайл» и АО «Загрузка»; от 01.06.2018 № 6893687/596002731836, заключенного между Обществом и ООО «Спорт актив плюс», от 01/25/1146-18 от 29.08.18, заключенного между АО «Загрузка» и Обществом.

В ответ на запрос (от 07.11.2018 № 5867) ООО «Т2 Мобайл» сообщило, что смс-сообщения от отправителя V7Fitness осуществляла компания АО «Загрузка», с которой заключен договор от 01.03.2018 № 217/SMS-BULK.

Согласно договору от 01.03.2018 № 217/SMS-BULK, заключенному между ООО «Т2 Мобайл» (исполнитель) и АО «Загрузка» (заказчик) исполнитель по заданию заказчика и в интересах заказчика либо клиента заказчика обязуется предоставлять услуги на условиях, определенных в соответствующем заказе к настоящему договору, а заказчик обязуется оплачивать данные услуги.

В соответствии с пунктом 1.4 от 01.03.2018 № 217/SMS-BULK услуги по маршрутизации трафика – это действия исполнителя в сети, направленные на SMS-рассылку на абонентов, осуществляемую через каналы связи с использованием ИСНН и (или) псевдонимов, а также доставку от абонентов SMS-MO-сообщений на ИСНН.

Согласно пункту 3.3.3 от 01.03.2018 № 217/SMS-BULK исполнители совместно либо соответствующий исполнитель в отдельности обязуется осуществлять маршрутизацию SMS-MT-сообщений и SMS-MO-сообщений, а также обеспечить своевременную и достоверную их тарификацию в соответствии с условиями заказа к договору.

В ответ на запрос (от 22.11.2018 № 536) АО «Загрузка» сообщило, что СМС-рассылка осуществлена через технические и программные средства АО «Загрузка» по заказу Общества в рамках исполнения договора от 29.08.2018 № 01/25/1146-18.

Согласно пункту 1.2 договора от 29.08.2018 № 01/25/1146-18 заказчик – Общество, юридическое лицо, по заданию которого исполнитель (АО «Загрузка») оказывает услуги по договору в интересах заказчика и клиентов заказчика.

В свою очередь, между Обществом и ООО «Спорт актив плюс» заключен договор об оказании услуг подвижной связи от 01.06.2018 № 6893687/596002731836 на услугу «СМС-Реклама» с присвоением индивидуальной подписи «V7Fitness».

Согласно Условиям оказания услуги «СМС-Реклама» Общество (оператор) предоставляет лицам, заключившим договор об оказании услуг связи (абонентам), воспользоваться услугой «СМС-Реклама».

В пункте 2.2 Условий оказания услуги «СМС-Реклама» закреплено, что при размещении рекламно-информационных материалов (далее – РИМ) среди конечных получателей из Перечня абонентских номеров корпоративного клиента корпоративный клиент посредством интерфейса отправляет оператору заявку в срок не позднее, чем за три рабочих дня до планируемой даты размещения.

В соответствии с пунктом 5.3 Условий оказания услуги «СМС-Реклама» оператор имеет право не принимать к размещению РИМ, незамедлительно прекращать размещение РИМ или ограничить возможность использования корпоративным клиентом какой либо индивидуальной подписи отправителя, если: РИМ по своим техническим характеристикам не соответствуют требованиям оператора; РИМ содержат рекламу, не релевантную политике оператора по позиционированию оператора на рынке услуг связи; РИМ не соответствуют действительности, требованиям действующего законодательства Российской Федерации, внутренним стандартам оператора, могут нанести ущерб деловой репутации оператора; не получено либо отозвано согласие конечного получателя на получение рекламы; РИМ нарушают интеллектуальные права (авторские и/или смежные права) третьих лиц и/или права третьих лиц на средства индивидуализации; РИМ не соответствует требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе.

При таких обстоятельствах отправление смс-сообщений с буквенного номера «V7Fitness» осуществляет Общество.

Проанализировав последовательность договорных отношений между АО «Загрузка», Общества, ООО «Спорт актив плюс», суд апелляционной инстанции пришел к правильному выводу о взаимосвязанности действий рекламораспространителей, последовательно направившими каждый со своего оборудования смс-сообщение рекламного характера, поступившее на телефонный номер абонента Завьялова З.А.

В соответствии с Условиями оказания услуги «СМС-Реклама» эта услуга представляет собой деятельность оператора по рассылке SMS/MMS сообщений, содержащих РИМ корпоративного клиента, от корпоративного клиента оборудования связи оператора, а также деятельность оператора по размещению РИМ корпоративного клиента среди абонентов иных операторов связи России в Каналах коммуникации.

Признание оператора сотовой связи рекламораспространителем возможно, если есть сведения об осведомлении об использовании СМС-услуг для доведения рекламной информации до абонента и у оператора имелась правовая и техническая возможность оценить содержание СМС-рассылки и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на ее получение (Письмо Федеральной антимонопольной службы от 25.09.2017 № АК/65823/17 «О распространении рекламы по сетям электросвязи посредством СМС-рассылки»).

Согласно Условиям оказания услуги «СМС-Реклама» Общество имело возможность знакомиться с содержанием СМС-рассылки.

При этом, ООО «Спорт актив плюс» представлена анкета на клубное членство в системе клубов «V7Fitness» от 15.04.2018 от имени Самойловой Н.Л., согласно которой при заполнении анкеты ей дано согласие на получение

информации о клубах «V7Fitness» посредством Смс-сообщений и почтовых уведомлений на ее номер телефона + 7 952 386... (том 1, лист дела 184).

Однако указанный телефонный номер принадлежит Завьялову З.А. на основании договора об оказании услуг связи от 02.12.2014, в соответствии с которым Завьялов З.А. отказался от получения рекламы при использовании услуг.

Надлежащие доказательства получения согласия Завьялова З.А. на получение спорной рекламы путем смс-сообщения в материалы дела не представлены.

Оценив представленные в материалы дела доказательства, с учетом статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд апелляционной инстанции пришел к правомерному выводу, распространенная Обществом реклама в виде смс-сообщения на телефонный номер Завьялова З.А. противоречит требованиям части 1 статьи 18 Закона о рекламе, является ненадлежащей.

Согласно части 3 статьи 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в случае, если арбитражный суд установит, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решения и действия (бездействие) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и не нарушают права и законные интересы заявителя, суд принимает решение об отказе в удовлетворении заявленного требования.

Таким образом, суд второй инстанции пришел к верному выводу о том, что совокупность условий для признания обжалуемого пункта 1 предписания Управления незаконным отсутствует, и обоснованно отказал в удовлетворении заявленного требования.

Выводы апелляционного суда основаны на материалах дела не противоречат им. Доводы, приведенные в кассационной жалобе, выводы суда не опровергают.

Первый арбитражный апелляционный суд правильно применил нормы материального права и не допустил нарушений норм процессуального права, являющихся в любом случае основаниями для отмены принятого судебного акта в силу части 4 статьи 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Кассационная жалоба Общества не подлежит удовлетворению.

В соответствии со статьей 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации расходы по уплате государственной пошлины за рассмотрение кассационной жалобы в сумме 1500 рублей относятся на заявителя. Излишне уплаченная государственная пошлина в сумме 1500

рублей подлежит возврату из федерального бюджета на основании подпункта 1 пункта 1 статьи 333.40 Налогового кодекса Российской Федерации.

Руководствуясь пунктом 1 части 1 статьи 287 и статьей 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражный суд Волго-Вятского округа

ПОСТАНОВИЛ:

постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 13.11.2019 по делу № А79-4574/2019 оставить без изменения, кассационную жалобу публичного акционерного общества «Ростелеком» – без удовлетворения.

Расходы по уплате государственной пошлины за рассмотрение кассационной жалобы отнести на публичное акционерное общество «Ростелеком».

Возвратить публичному акционерному обществу «Ростелеком» из федерального бюджета 1500 рублей государственной пошлины, излишне уплаченной по платежному поручению от 25.11.2019 № 308359.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в Судебную коллегию Верховного Суда Российской Федерации в срок, не превышающий двух месяцев со дня его принятия, в порядке, предусмотренном в статье 291.1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председательствующий

Н.Ш. Радченкова

Судьи

О.В. Александрова

А.И. Чиграков