



**СЕДЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**  
улица Набережная реки Ушайки, дом 24, Томск, 634050, <http://7aas.arbitr.ru>

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

город Томск

Дело № А02-1688/2018

Резолютивная часть постановления объявлена 20 марта 2019 года

Полный текст постановления изготовлен 26 марта 2019 года

Седьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего Кривошеиной С. В.

судей Бородулиной И. И., Скачковой О. А.

при ведении протокола судебного заседания помощником судьи Карташовой Н. В. с использованием средств аудиозаписи рассмотрел апелляционную жалобу публичного акционерного общества «Мобильные Телесистемы» (№ 07АП-1777/2019) на решение от 18.01.2019 Арбитражного суда Республики Алтай по делу № А02-1688/2018 (судья Кулакова Л. А.) по заявлению публичного акционерного общества «Мобильные Телесистемы» (ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076, ул. Марксистская, д. 4, г. Москва) к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай (ОГРН 1020400754890, ИНН 0411073679, ул. Ленина, д. 226 стр. 2, г. Горно-Алтайск, Республика Алтай) о признании незаконными и отмене решения от 22.08.2018 и предписания от 22.08.2018 по делу №5-р/18 от 06.06.2018.

В судебном заседании приняли участие:

от заявителя: Мищенко С. Ю. по дов. от 20.10.2015,

от заинтересованного лица: Матыева Я. А. по дов. от 09.01.2019,

**УСТАНОВИЛ:**

публичное акционерное общество «Мобильные телесистемы» (далее – ПАО «МТС», общество, заявитель) обратилось в Арбитражный суд Республики Алтай с заявлением к

Управлению Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай (далее – УФАС по РА, Управление, антимонопольный орган, заинтересованное лицо) о признании незаконными и отмене решения от 22.08.2018 и предписания от 22.08.2018 по делу №5-р/18 от 06.06.2018.

Решением от 18.01.2019 Арбитражного суда Республики Алтай в удовлетворении заявленных требований отказано.

Не согласившись с решением суда первой инстанции, заявитель обратился в Седьмой арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит отменить решение Арбитражного суда Республики Алтай и принять новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований.

В обоснование апелляционной жалобы ее податель указывает, что абоненту предоставлена возможность выразить свое активное волеизъявление путем проставления отметки в чек-боксе в зависимости от желания абонента получать или не получать любую рекламу от конкретного рекламораспространителя – ПАО «МТС»; отметка о несогласии абонентом не проставлена, соответственно, согласие на получение рекламы по соответствующему абонентскому номеру представлено; абонентом дано согласие на получение рекламы в принципе, то есть не только от оператора – ПАО «МТС», но и от партнеров последнего.

Заинтересованное лицо в представленном в материалы дела в порядке статьи 262 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ) отзыве на апелляционную жалобу не соглашается с ее доводами, считая решение суда законным и обоснованным, просит оставить его без изменения, жалобу – без удовлетворения.

19.03.2019 от общества поступили дополнительные пояснения.

В судебном заседании представитель общества поддержал доводы, изложенные в апелляционной жалобе, представитель Управления - доводы отзыва.

Исследовав материалы дела в порядке статьи 268 АПК РФ, изучив доводы апелляционной жалобы, отзыва, письменных пояснений общества, заслушав представителей общества и Управления, суд апелляционной инстанции считает решение от 18.01.2019 Арбитражного суда Республики Алтай не подлежащим отмене по следующим основаниям.

Как следует из материалов дела и установлено судом первой инстанции, 06.04.2018 Карпушин П.А. обратился в УФАС по РА с заявлением о нарушении ПАО «МТС» требований Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе).

Из заявления следует, что на мобильный телефон (абонентский номер +79160817362, зарегистрированный за гражданином), 06.04.2018 в 09:02 от отправителя VEZET через SMS-центр: +79168960438 поступило сообщение следующего содержания: «Заказать грузоперевозку просто, как заказать такси! «Везет», сервисзаказа такси, представляет «Везет Добро» - службу заказа грузотакси. Закажите перевозку: +78003032222 или [http://r/mts.ru/vezetdobro\\_отправлено МТС](http://r/mts.ru/vezetdobro_отправлено МТС)». Карпушин П.А. указал, что данное смс-сообщение направлено ему оператором сотовой связи без его согласия на получение такой рекламы.

Определением от 06.06.2018 № 5-Р/18 в отношении ПАО «МТС» антимонопольным органом возбуждено дело по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. При рассмотрении заявления Карпушина П.А. антимонопольный орган сделал вывод о том, что указанная реклама была распространена ПАО «МТС» без предварительного согласия абонента на ее получение, в нарушение условий заключенного договора и Закона о рекламе.

По результатам рассмотрения указанного дела Комиссией антимонопольного органа вынесено решение от 22.08.2018, в соответствии с которым реклама, содержащаяся в смс-сообщении, поступившем на мобильный номер +79160817362 06.04.2018 в 09:02 от отправителя VEZET (через смс-центр ПАО «МТС» +79168960438) следующего содержания: «Заказать грузоперевозку просто, как заказать такси! «Везет», сервис заказа такси, представляет «Везет Добро» - службу заказа грузотакси. Закажите перевозку: +78003032222 или [http://r/mts.ru/vezetdobro\\_отправлено МТС](http://r/mts.ru/vezetdobro_отправлено МТС)» признана ненадлежащей, противоречащей требованиям части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

На основании данного решения обществу выдано предписание от 22.08.2018 о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по делу №5-Р/18 от 06.06.2018, в соответствии с которым: 1. ПАО «МТС» со дня получения настоящего предписания следовало прекратить нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, а именно прекратить распространение смс-рекламы: «Заказать грузоперевозку просто, как заказать такси! «Везет», сервис заказа такси, представляет «Везет Добро» - службу заказа грузотакси. Закажите перевозку: +78003032222 или [http://r/mts.ru/vezetdobro\\_отправлено МТС](http://r/mts.ru/vezetdobro_отправлено МТС)» по сетям сотовой связи без согласия абонента Карпушина П.А. (абонентский номер +79160817362) на ее получение; 2. ПАО «МТС» необходимо было представить в УФАС по РА доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания в пятидневный срок с момента его исполнения.

Не согласившись с решением и предписанием Управления, общество обратилось в арбитражный суд с настоящим заявлением.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции обоснованно исходил из следующего.

Согласно части 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) государственных органов, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и 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.

Для признания ненормативного акта недействительным, решения и действия (бездействия) незаконными необходимо наличие одновременно двух условий: несоответствие их закону или иному нормативному правовому акту и нарушение прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской или иной экономической деятельности, что также отражено в пункте 6 совместного постановления Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01.07.1996 № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Отсутствие предусмотренной статьей 198 АПК РФ совокупности условий, необходимой для оспаривания ненормативного правового акта, действия, решения, влечет в силу части 3 статьи 201 АПК РФ отказ в удовлетворении заявленных требований.

Оспариваемым решением и предписанием заявителю вменено нарушение требований с части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно статье 3 Закона о рекламе 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, является рекламой (пункт 1); 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); товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (пункт 3).

Частью 1 статьи 18 Закона о рекламе предусмотрено, что 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. Реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

В силу пункта 1 статьи 2 Закона о связи под абонентом понимается пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламодатель (часть 7 статьи 38 Закона о рекламе).

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 (часть 1 статьи 44.1 Закона о связи).

Пункт 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» содержит разъяснение о том, что согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Буквальное толкование изложенных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

Требование законодателя относительно обязанности рекламодателя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов императивно и, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Соответственно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно предварительно получить от потребителя явно выраженное согласие, а только потом осуществлять соответствующую рассылку.

Из материалов дела следует, что между ПАО «МТС» и Карпушиным П.А. 17.05.2016 заключен договор об оказании услуг подвижной связи МТС.

06.04.2018 в 09:02 на мобильный номер телефона гражданина Карпушина П.А. +79160817362 от отправителя VEZET (через смс-центр ПАО «МТС» +79168960438) по-

ступило смс-сообщение следующего содержания: «Заказать грузоперевозку просто, как заказать такси! «Везет», сервис заказа такси, представляет «Везет Добро» - службу заказа грузотакси. Закажите перевозку: +78003032222 или <http://r/mts.ru/vezetdobro> отправлено МТС».

Факт поступления названного смс-сообщения на номер телефона данного абонента подтверждается скрин-шотом экрана мобильного телефона и не оспаривается сторонами.

Вышеуказанное сообщение отвечает всем признакам рекламы: распространено посредством телефонной связи; адресовано неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования (услуги грузотакси «Везет Добро»), формирование и поддержание интереса к нему, его продвижение на рынке.

Судом также определено, что рассматриваемое рекламное смс-сообщение подпадает под понятие «рассылка», поскольку соответствуют определению, изложенному в пункте 22.1 статьи 2 Закона о связи - является автоматической передачей абоненту коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности).

Исследовав представленные в дело доказательства в порядке статьи 71 АПК РФ, судом установлено, что ПАО «МТС» осуществляло фактическое доведение рекламных сведений до абонентов, то есть являлось рекламодателем.

Следовательно, общество обязано соблюдать требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

При этом из содержания части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

В этой связи апелляционный суд полагает, что в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента при получении такого согласия последнему как потребителю услуги должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок. При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие, а не опосредованной и обусловленной лишь ознакомлением с правилами оказания услуг. Иной подход, по мнению суда, может привести к злоупотреблениям со стороны рекламодателей, стремящихся любым способом получить возможность распространения рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

Доказательства, подтверждающие наличие предварительного согласия абонента на получение рекламного сообщения, общество не представило.

Ссылаясь на наличие согласия абонента на распространение ему рекламной информации, ПАО «МТС» указывает, что Карпушин П.А., подписывая договор от 17.05.2016, выразил свое согласие на получение рекламы от партнеров ПАО «МТС», т.к. никаких отметок о несогласии или об отказе от получения рекламы в договоре не представлено, при этом неотъемлемой частью данного договора являются Условия оказания услуг подвижной связи «МТС», утвержденные Приказом от 03.02.2016 №01/0036 (далее – Условия).

Вместе с тем, оценивая указанные положения договора в совокупности с обстоятельствами его заключения и исполнения, апелляционный суд признает обоснованным и правомерным выводы антимонопольного органа и суда первой инстанции о том, что в данном случае отсутствует предварительное явно выраженное согласие абонента на получение рекламных смс-сообщений от партнеров ПАО «МТС» исходя из того, что согласие на получение рекламных сообщений от отправителя VEZET на заказ грузотакси договор и приложение к нему не содержит. При этом, отсутствие отметки о несогласии в соответствующем поле договора от 17.05.2016, не может безусловно свидетельствовать о выраженном желании Карпушина П.А. получать на свой телефонный номер рекламы от партнеров ПАО «МТС».

Кроме того, суд первой инстанции обоснованно обратил внимание на то, что порядок и способы отказа от получения рекламных рассылок от партнеров ПАО «МТС» не прописаны в представленных обществом документах, их положения в принципе не оставляют потребителю права выбора на получение либо отказ от получения рекламной информации конкретных партнеров общества ввиду отсутствия в них соответствующей графы для заполнения.

Также суд апелляционной инстанции соглашается с выводами суда первой инстанции о том, что из заполненного бланка договора на оказание услуг связи, можно сделать вывод, что Карпушин П.А. не выразил несогласие на получение рекламы, использование сведений о нем в целях продвижения услуг связи самого оператора – ПАО «МТС». В соответствии с бланком договора на оказание услуг связи ПАО «МТС», абонент может только отказаться от получения всей рекламы по сетям электросвязи. При этом согласно форме бланка, не предусмотрен отказ абонента, соответственно, он не имеет возможности отказаться от рекламы партнеров ПАО «МТС» отдельно от рекламы оператора.

Таким образом, имеющаяся в договоре формулировка вводит абонента в заблуждение относительно условия о даче согласия на получение рекламной информации об услугах самого оператора, либо его партнеров, оказывающих иные услуги.

Всесторонне и полно исследовав обстоятельства, имеющие значение для дела, оценив представленные в материалы дела доказательства по правилам статьи 71 АПК РФ, применив нормы материального права, подлежащие применению, суд первой инстанции пришел к правильному выводу о том, что у антимонопольного органа имелись основания для принятия оспариваемого решения, поскольку распространенная обществом реклама нарушает требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Обжалуемое предписание выдано антимонопольным органом в пределах предоставленных ему полномочий и не нарушает прав и законных интересов заявителя, не создает препятствий для реализации заявителем его прав, имеет своей целью устранение допущенного нарушения требований законодательства, наличие которого установлено решением антимонопольного органа, в связи с чем обосновано признано судом законным и обоснованным.

Ссылка подателя жалобы на судебную практику не может быть принята апелляционным судом во внимание при рассмотрении настоящего дела, так как какого-либо преюдициального значения для настоящего дела не имеет, принята судами по конкретным делам.

Доводы апелляционной жалобы фактически повторяют правовую позицию, изложенную обществом в суде первой инстанции, которые получили надлежащую правовую оценку.

При изложенных обстоятельствах оснований для отмены решения суда первой инстанции, установленных статьей 270 АПК РФ, а равно принятия доводов апелляционной жалобы, у суда апелляционной инстанции не имеется.

Руководствуясь статьями 258, 268, 271, пунктом 1 статьи 269 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, апелляционный суд

#### ПОСТАНОВИЛ:

решение от 18.01.2019 Арбитражного суда Республики Алтай по делу № А02-1688/2018 оставить без изменения, а апелляционную жалобу публичного акционерного общества «Мобильные Телесистемы» – без удовлетворения.

Постановление может быть обжаловано в порядке кассационного производства в Арбитражный суд Западно-Сибирского округа в срок, не превышающий двух месяцев со дня вступления его в законную силу, путем подачи кассационной жалобы через Арбитражный суд Республики Алтай.

Председательствующий

С. В. Кривошеина

Судьи

И. И. Бородулина

О. А. Скачкова