



## ЧЕТЫРНАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

ул. Батюшкова, д.12, г. Вологда, 160001

<http://14aas.arbitr.ru>

### ПОСТАНОВЛЕНИЕ

20 января 2014 года

г. Вологда

Дело № А66-3211/2013

Резолютивная часть постановления объявлена 15 января 2014 года.

В полном объеме постановление изготовлено 20 января 2014 года.

Четырнадцатый арбитражный апелляционный суд в составе председательствующего Осокиной Н.Н., судей Смирнова В.И. и Холминова А.А. при ведении протокола секретарем судебного заседания Комаровым О.С., при участии от открытого акционерного общества «Вымпел-Коммуникации» Кузищина Д.А. по доверенности от 05.06.2013, Иванова Д.А. по доверенности от 09.01.2014, Дмитрук Н.М. по доверенности от 13.12.2013, рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу открытого акционерного общества «Вымпел-Коммуникации» на решение Арбитражного суда Тверской области от 20 августа 2013 года по делу № А66-3211/2013 (судья Басова О.А.),

#### у с т а н о в и л :

открытое акционерное общество «Вымпел-Коммуникации» (далее – общество, ОАО «ВымпелКом») обратилось в Арбитражный суд Тверской области с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее - Управление) о признании недействительными решения от 21.01.2013 по делу № 05-6/2-14-2012 и предписания от 21.01.2013 № 05-6/2-14-2012 в части, касающейся заявителя (требования указаны с учетом принятых судом уточнений).

К участию в деле в порядке статьи 51 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены индивидуальный предприниматель Ерохин Александр Михайлович (далее – ИП Ерохин А.М.), общество с ограниченной ответственностью «Лоджик Телеком» (далее – ООО «Лоджик Телеком»), общество с ограниченной ответственностью «Нано-Финанс» (далее – ООО «Нано-Финанс»).

Решением суда от 20 августа 2013 года в удовлетворении заявленных требований отказано.

Общество с решением суда не согласилось и обратилось с апелляционной жалобой, в которой просит данное решение отменить и принять по делу новый судебный акт. В обоснование жалобы ссылается на неправильное применение судом первой инстанции норм материального права. Указывает, что суд первой инстанции сделал необоснованный вывод о том, что общество является рекламодателем спорного смс-сообщения. По мнению апеллянта, суд неправомерно поддержал позицию Управления о том, что в обязанности оператора входит обеспечение получения абонентами только согласованной ими рекламы от третьих лиц и о том, что оператор несет ответственность как рекламодатель в случае несанкционированных рассылок. Отмечает, что предписание Управления от 21.01.2013 № 05-6/2-14-2012 не содержит указания на конкретные обязательные меры, которые общество обязано исполнить.

Представители общества в судебном заседании поддержали доводы, изложенные в апелляционной жалобе, просили ее удовлетворить.

Управление в отзыве на апелляционную жалобу отклонило доводы, изложенные в жалобе, считает, что выводы суда соответствуют действующему законодательству и представленным в дело доказательствам, просит решение суда оставить без изменения, а апелляционную жалобу – без удовлетворения.

ООО «Лоджик Телеком» в отзыве на апелляционную жалобу поддержало доводы, изложенные в жалобе.

От ИП Ерохин А.М. и ООО «Нано-Финанс» отзывы на апелляционную жалобу не направили.

Управление и третьи лица о времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы извещены надлежащим образом, представителей в суд не направили, в связи с этим жалоба рассмотрена в их отсутствие в соответствии со статьями 123, 156, 266 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ).

Заслушав объяснения представителей общества, исследовав материалы дела, проверив законность и обоснованность обжалуемого решения, суд апелляционной инстанции не находит оснований для удовлетворения апелляционной жалобы.

Как видно из материалов дела, общество является оператором мобильной связи, оказывающим услуги местной и международной сотовой подвижной радиотелефонной связи и других услуг связи юридическим и физическим лицам в сети «Билайн».

В Управление поступила информация, исходящая от физического лица - владельца сотового номера сети «Билайн», о том, что 07.08.2012 на его номер поступило короткое текстовое сообщение следующего содержания: «Деньги! Лови момент! Супер акция! Т. 8 800 100 88 44 ООО «Нано-Финанс»» при отсутствии разрешения абонента на получение рекламной информации от ООО «Нано-Финанс».

По данному факту Управлением в отношении общества возбуждено дело по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Решением от 21.01.2013 по делу № 05-6/2-14-2012 признаны нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон № 38-ФЗ) действия ИП Ерохина А.М., ООО «Лоджик Телеком» и общества по распространению 07.08.2012 смс-сообщений, содержащих рекламу услуг ООО «Нано-Финанс», без получения предварительного согласия абонента.

Также обществу выдано предписание от 21.01.2013 № 05-6/2-14-2012, в котором указано на необходимость обеспечить требования Закона № 38-ФЗ, а именно - прекратить распространение рекламных смс-сообщений ООО «Нано-Финанс» без предварительного согласия абонентов.

Общество, не согласившись с названными решением и предписанием, обратилось в арбитражный суд с рассматриваемым заявлением.

Суд первой инстанции правомерно отказал в удовлетворении заявленных требований.

В силу статьи 1 Закона № 38-ФЗ его целями являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, создание благоприятных условий для производства и распространения социальной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В пункте 1 статьи 3 данного Закона, определено, что 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.

Федеральной антимонопольной службой в письме от 05.04.2007 № АЦ/4624 разъяснено, что под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Согласно части 1 статьи 18 указанного Закона 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.

При этом под рекламораспространителем понимается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (статья 3 Закона № 38-ФЗ).

Из материалов дела следует, что в поступившем на абонентский номер физического лица - владельца сотового номера сети «Билайн» смс-сообщении следующего содержания: «Деньги! Лови момент! Супер акция! Т. 8 800 100 88 44 ООО «Нано-Финанс»» отсутствуют сведения, указывающие на лицо, до которого информация должна быть доведена (распространена) и на восприятие которого непосредственного направлена.

Распространяемая информация по своему содержанию, не позволяя определить круг лиц ее получателей, является неперсонифицированной, направленной на привлечение внимания к услугам ООО «Нано-Финанс», что имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

Таким образом, законным и обоснованным является вывод суда первой инстанции о том, что поступившее на абонентский номер физического лица - владельца сотового номера сети «Билайн» смс-сообщение, содержит в себе все признаки рекламы.

В нарушение части 1 статьи 18 Закона № 38-ФЗ указанная информация доводилась до абонентов без предварительного согласия абонентов на ее получение.

Как следует из пункта 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласно части 1 статьи 18 Закона № 38-ФЗ 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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

В силу статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон 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.

Таким образом, распространение рекламы по телефону возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер, выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи (абонента).

При этом доказывать факт получения такого согласия должен рекламораспространитель, а в случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Поскольку обществом в нарушение статьи 65 АПК РФ не представлено суду доказательств наличия согласия физического лица - владельца сотового номера сети «Билайн» на получение указанной рекламы, распространенной

посредством телефонной связи, Управление пришло к обоснованному выводу о том, что деятельность ОАО «ВымпелКом» нарушает требования, установленные частью 1 статьи 18 Закона № 38-ФЗ.

ОАО «ВымпелКом» считает, что оно не может нести ответственность за нарушение требований установленных частью 1 статьи 18 Закона № 38-ФЗ, так как, суть всех услуг, оказанных им по договору с ООО «Лоджик Телеком», заключалась в обеспечении заказчику технической возможности (создания необходимых условий) в формировании и отправке смс-сообщений. При этом заказчик самостоятельно без участия исполнителя определял содержание данных смс-сообщений и абонентов, следовательно, в данном случае ОАО «ВымпелКом» лишь обеспечило подключение к сети электросвязи и не осуществляло непосредственно распространения рекламы, в связи с чем рекламораспространителем не является.

Апелляционная коллегия не может согласиться с данными доводами общества в силу следующего.

Как установлено судом первой инстанции и управлением непосредственным отправителем смс-сообщения являлся Ерохин А.М., который отправлял сообщения на основании договора возмездного оказания услуг от 03.04.2012 № 14, заключенного с ООО «Нано-Финанс» (заказчиком).

Согласно пунктам 1.1 и 1.2 указанного договора Ерохин А.М. (исполнитель) обязался оказать ООО «Нано-Финанс» услуги по распространению рекламной информации заказчика путем рассылки на мобильные телефонные номера абонентов исполнителя коротких текстовых сообщений. При этом исполнитель предоставляет базу данных абонентов, а заказчик предоставляет исполнителю согласованный текст смс-сообщений, а также обязуется принять и оплатить услуги.

ИП Ерохин А.М. (контрагент) заключил с ООО «Лоджик Телеком» (исполнитель) контракт на предоставление услуг доступа к системе передачи данных от 24.01.2012 № 17769/2012-К, по условиям которого исполнитель предоставил контрагенту доступ к платформе, обеспечивающей пользование контрагентом за обусловленную плату различными видами передачи данных, в том числе предоставление инструмента для формирования текстовых и мультимедийных сообщений, передачи СМС, ММС, факсимильных документов, электронной почты, услуги IP-телефонии, предоставление защищенного VPN соединения и т.п. Под платформой понимается принадлежащий исполнителю комплекс оборудования и программного обеспечения, который предоставляет контрагенту техническую возможность обмениваться с определенным кругом его корреспондентов информационными данными различного типа (включая формирование, получение, обработку и передачу этих данных).

В соответствии с пунктом 1.4 Профильного договора от 24.01.2012 № 17769/ИС к указанному контракту исполнитель оказывает контрагенту на возмездной основе услуги по осуществлению платформой исполнителя планирования, формирования и доставки от контрагента до адресатов различного вида сообщений.

Между заявителем (оператор) и ООО «Лоджик Телеком» (абонент) заключен договор об оказании услуг связи от 01.01.2012 № 429838908, предметом которого является оказание абоненту услуг по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений (смс) от абонента к пользователю (абоненту сети сотовой радиотелефонной связи оператора либо других операторов подвижной сети).

В соответствии с подпунктом 4 пункта 4 договора абонент обязался не использовать телефонный номер для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов и т.п.

Сторонами также заключено дополнительное соглашение к названному договору от 01.01.2012 № 010112, пунктом 4.11 которого предусмотрена обязанность абонента не использовать выделенное подключение к оборудованию оператора с целью организации спама.

Пунктом 4.18 соглашения установлено, что абонент обязуется осуществлять отправку смс-сообщений только при наличии согласия пользователя, подтвержденного документально.

В соответствии с приложением № 2 к дополнительному соглашению предусмотрена рассылка смс-сообщений, содержащих рекламные сообщения.

Между заявителем и физическим лицом заключен договор о предоставлении услуг связи сети «Билайн» на условиях, предусмотренных типовым договором о предоставлении услуг связи сети «Билайн», утвержденного распоряжением заявителя от 12.12.2005 № 1579 А/05Р, по которому заявитель (оператор) обязался за плату оказывать физическому лицу (абоненту) услуги связи, заключающиеся в деятельности по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи.

Из положения части 7 статьи 38 Закона № 38-ФЗ следует, что за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 данного Закона несет ответственность рекламораспространитель.

Как указано выше в соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона № 38-ФЗ рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение содержания объекта рекламирования до сведения потребителей.

Оценив условия названных договоров, апелляционная коллегия соглашается с выводами суда первой инстанции и Управления о том, что в рассматриваемом случае ООО «Нано-Финанс» является рекламодателем, под которым в силу пункта 5 статьи 3 Закона № 38-ФЗ понимается изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо, а ИП Ерохин А.М., ООО «Лоджик Телеком» и заявитель – рекламораспространителями.

Судом первой инстанции, верно отмечено, что каждый из указанных рекламораспространителей обязан соблюдать требования статьи 18 Закона № 38-ФЗ, запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том

числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

В данном случае ОАО «ВымпелКом» в рамках заключенных соглашений осуществило фактическое доведение сведений о финансовой услуге ООО «Нано-Финанс» до сведения потребителей, то есть также являлось рекламодателем, вопреки доводам подателя жалобы об обратном.

Кроме того, и заявитель и ООО «Лоджик Телеком» заключив указанные выше договоры тем самым предоставили ИП Ерохину А.М. право беспрепятственно пользоваться возможностью для массовой рассылки смс-сообщений, при этом ОАО «ВымпелКом» не только фактически довело сорное смс-сообщение до потребителя, но и обеспечило техническую возможность рассылки смс-сообщения посредством собственных технических и программных средств.

На основании изложенного, с учетом фактических обстоятельств дела, суд первой инстанции обоснованно пришел к выводу о том, что обществом нарушены положения части 1 статьи 18 Закона № 38-ФЗ, выразившиеся в направлении 07.08.2012 на абонентский номер физического лица - владельца сотового номера сети «Билайн» посредством использования сетей электросвязи рекламной информации при отсутствии предварительного согласия абонента (лица, заключившего договор с оператором связи) на получение рекламы.

Доводы подателя жалобы о том, что оператор связи не осуществляет проверку содержания передаваемых смс-сообщений и не может нести ответственность за их содержание, поскольку в силу части 3 статьи 63 Закона о связи не имеет права на ознакомление с информацией, передаваемой по сетям электросвязи, так как это является нарушением тайны связи, отклоняется апелляционной коллегией, поскольку установленная Конституцией Российской Федерации норма о тайне связи не исключает обязанности оператора обеспечить получение абонентом только согласованной им рекламы.

Также, как правильно отмечено судом первой инстанции, включение в договор об оказании услуг связи «Билайн» пункта 9 свидетельствует об обратном, так как из данного пункта следует, что заявитель по существу принимает на себя обязательство в случае отказа абонента от получения рекламной информации исключить ее рассылку на абонентский номер, из чего следует заключение о наличии такой возможности.

Кроме того, апелляционная коллегия поддерживает позицию суда первой инстанции о том, что обязанность контрагента не использовать выделенное подключение к оборудованию оператора с целью организации спама, а также получать согласие пользователя на получение смс-сообщений, не снимает с самого заявителя обязанностей по соблюдению требований статьи 18 Закона № 38-ФЗ, поскольку не устраняет условий, при которых заявитель признается рекламодателем.

Таким образом, выводы суда первой инстанции соответствуют материалам дела и нормам действующего законодательства, в связи с этим решение и предписание Управления от 21.01.2013 № 05-6/2-14-2012 в части, касающейся заявителя являются законными и обоснованными.

Также не может быть принят во внимание довод жалобы о том, что предписание Управления от 21.01.2013 № 05-6/2-14-2012 не содержит указания на конкретные обязательные меры, которые общество обязано исполнить.

Управлением в данном предписании изложено содержание нарушения (рассылка смс-сообщений, содержащих рекламу, без предварительного согласия абонента) и какому нормативному акту данное нарушение противоречит (пункту 1 статьи 18 Закона № 38-ФЗ), также указано, что именно это нарушение должно быть устранено (прекратить рассылку указанных смс-сообщений).

Каких-либо неясностей предписание не содержит. Текст предписания не допускает двойственного толкования вопроса, об устранении какого нарушения идет речь.

Неуказание конкретного способа устранения нарушения в оспариваемом предписании не затрагивает права и законные интересы общества, поскольку предоставляет последнему возможность самостоятельно избрать для себя наиболее выгодные и приемлемые законные способы устранения нарушения указанного в предписании.

Таким образом, апелляционная инстанция приходит к выводу о том, что оспариваемое предписание является законным и не нарушает прав заявителя.

Доводы апелляционной жалобы не содержат фактов, которые влияли бы на законность и обоснованность обжалуемого решения либо опровергали выводы суда первой инстанции, в связи с этим судом апелляционной инстанцией отклоняются.

Исходя из изложенного, суд апелляционной инстанции не находит оснований для отмены решения суда первой инстанции и удовлетворения апелляционной жалобы общества.

При подаче апелляционной жалобы общество уплатило 2000 руб. государственной пошлины по платежному поручению от 21.10.2013 № 46730. Однако согласно пункту 12 статьи 333.21 Налогового кодекса Российской Федерации размер государственной пошлины по апелляционной жалобе в случае оспаривания ненормативного акта налогового органа составляет для него 1000 руб. Следовательно, обществу следует вернуть 1000 руб. государственной пошлины, излишне уплаченной при подаче апелляционной жалобы.

Руководствуясь статьями 104, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Четырнадцатый арбитражный апелляционный суд

**п о с т а н о в и л :**

решение Арбитражного суда Тверской области от 20 августа 2013 года по делу № А66-3211/2013 оставить без изменения, апелляционную жалобу открытого акционерного общества «Вымпел-Коммуникации» - без удовлетворения.

Возвратить открытому акционерному обществу «Вымпел-Коммуникации» (ОГРН 5077746341272) излишне уплаченную государственную пошлину в сумме 1000 руб. по платежному поручению от 21.10.2013 № 46730.

Председательствующий

Н.Н. Осокина

Судьи

В.И. Смирнов

А.А. Холминов