



АРБИТРАЖНЫЙ СУД КЕМЕРОВСКОЙ ОБЛАСТИ

Красная ул., д. 8, Кемерово, 650000

www.kemerovo.arbitr.ru

Именем Российской Федерации

Р Е Ш Е Н И Е

город Кемерово

Дело № А27-10585/2014

«13» августа 2014 года

Резолютивная часть объявлена «06» августа 2014 года

Полный текст решения изготовлен «13» августа 2014 года

Арбитражный суд Кемеровской области в составе судьи Конкиной И.В., при ведении протокола с использованием средств аудиозаписи секретарем судебного заседания Масловой А.Ю., рассмотрев в открытом судебном заседании дело по заявлению Общества с ограниченной ответственностью «ИнфоСМС», г.Новосибирск (ОГРН 1105476012740, ИНН 5405414440)

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области, г.Кемерово (ОГРН 1034205025799, ИНН 4207012419)

о признании решения незаконным,

при участии:

от заявителя: до перерыва - представитель Сабанов П.А. (доверенность, паспорт), после перерыва – не явка,

от УФАС: представители Князева Я.А. (доверенность, сл.удостоверение) – до перерыва, Акатьева И.С. (доверенность, сл.удостоверение),

у с т а н о в и л:

Общество с ограниченной ответственностью «ИнфоСМС» (далее по тексту – ООО «ИнфоСМС», заявитель, Общество) обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании незаконным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области, город Кемерово (далее по тексту - антимонопольный орган, УФАС по КО) от 04.03.2014.

Представитель заявителя в судебном заседании поддержал заявленные требования в полном объеме по основаниям, изложенным в заявлении. В обоснование

требований указывает на то, что антимонопольный орган ошибочно посчитал, что общество является рекламодателем; ООО «ИнфоСМС» не имеет возможность осуществлять контроль за содержанием отправляемого смс - сообщения; Кемеровским УФАС России незаконно возложено бремя доказывания того обстоятельства, что ООО «ИнфоСМС» не является рекламодателем; антимонопольным органом необоснованно оставлен без правовой оценки довод о том, что общество не является рекламодателем, поскольку оказывает услуги исключительно технического характера.

Представитель УФАС по КО в судебном заседании против требований заявителя возражал по основаниям, изложенным в письменном отзыве.

Изучив материалы дела, заслушав доводы и пояснения представителей сторон, суд установил следующее.

11.04.2013г. в адрес Управление Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило заявление (исх. б/н от 10.04.2013г.) от физического лица о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщения на мобильный телефон 8-913-435-39-30.

10.06.2013г. определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Кемеровским УФАС России было возбуждено дело № 53/Р-2013.

17.02.2014 Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по результатам рассмотрения дела № 53/Р-2013 о нарушении законодательства о рекламе вынесла решение о признании ООО «ИнфоСМС» нарушившим законодательство о рекламе. Нарушение выразилось в распространении рекламы с помощью сервиса отправки сообщений ООО «ИнфоСМС» без согласия абонента.

Не согласившись с вышеуказанным решением антимонопольного органа, ООО «ИнфоСМС» обратилось в суд с настоящим заявлением.

Изучив материалы дела, заслушав доводы и пояснения представителей сторон, суд признает требования заявителя не обоснованными и не подлежащими удовлетворению по следующим основаниям.

Суд считает, что срок, установленный частью 4 статьи 198 АПК РФ на обращение в суд, соблюден, поскольку полный текст решения был изготовлен 04.03.2014, заявление направлено по почте 04.06.2014.

Согласно ч. 1 ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации 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, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, 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.

В соответствии с ч. 4 ст. 200 указанного Кодекса при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц арбитражный суд в судебном заседании осуществляет проверку оспариваемого акта или его отдельных положений, оспариваемых решений и действий (бездействия) и устанавливает их соответствие закону или иному нормативному правовому акту, устанавливает наличие полномочий у органа или лица, которые приняли оспариваемый акт, решение или совершили оспариваемые действия (бездействие), а также устанавливает, нарушают ли оспариваемый акт, решение и действия (бездействие) права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

В силу ч. 5 ст. 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту, законности принятия оспариваемого решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), наличия у органа или лица надлежащих полномочий на принятие оспариваемого акта, решения, совершение оспариваемых действий (бездействия), а также обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого акта, решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), возлагается на орган или лицо, которые приняли акт, решение или совершили действия (бездействие).

В соответствии со ст. 33 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ "О рекламе" антимонопольный орган в пределах своих полномочий государственный контроль за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, принимает по результатам их рассмотрения решения и выдает предписания.

Таким образом, суд приходит к выводу о том, что оспариваемое решение принято антимонопольным органом в соответствии с предоставленной ему компетенцией.

Согласно части 1 статьи 18 Федерального 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.

Содержанием названной нормы установлена возможность распространения рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, 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.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона "О рекламе" реклама - 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.

Как следует из материалов дела и установлено судом, 11.04.2013г. в адрес Управление Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило заявление (исх. б/н от 10.04.2013г.) от физического лица о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщения на мобильный телефон 8-913-435-39-30.

В ходе рассмотрения данного дела Кемеровским УФАС России установлено, что распространителем смс - рекламы является Общество с ограниченной ответственностью «ИнфоСМС» на основании договора № ДТ-А/012792 от 01.02.2012г., заключенного между ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (исполнитель) и ООО «ИнфоСМС» (заказчик) для осуществления последним смс - рассылок.

Комиссия Кемеровского УФАС России установила, что на телефонный номер 8-913-435-39-30 направлялась реклама посредством СМС - сообщения следующего содержания: «skidka 50% па rolli I picci do 31.03. Tel: 769050 www. азиясуши.рф» от абонента AziyaSushi (25.03.2013г. в 22 часа 36 минут).

Из информации, представленной в адрес Кемеровского УФАС России, следует, что согласия на получение вышеуказанной рекламы на номер 8-913-435-39-30 абонент не давал.

Согласно пункту 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламодатель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Из договора № ДТ-А/012792 от 01.02.2012г., представленного в адрес Кемеровского УФАС России ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», заключенного между ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (исполнитель) и ООО «ИнфоСМС» (заказчик) следует, что исполнитель оказывает заказчику услуги, согласованные сторонами в соответствии с дополнительным соглашением, которое является неотъемлемой частью данного договора.

В соответствии с пунктами 3.3.2, 3.3.4 дополнительного соглашения к договору № ДТ-А/012792 от 01.02.2012г. заказчик обязан самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке предварительно получить от подписчика, на мобильный терминал / электронный почтовый ящик которого планируется отправка сообщений, письменное согласие на получение таких сообщений; не использовать подключение к DEVFNO Platform для организации спама.

Следовательно, именно ООО «ИнфоСМС» является рекламодателем, поскольку через его сайт www.infosmska.ru ведется несанкционированная рассылка смс - рекламы без согласия абонента.

Согласно условиям вышеуказанного договора именно ООО «ИнфоСМС» обязано вести контроль за отправкой смс - сообщений соответствующих требованиям законодательства.

Данные (Ф.И.О., адрес регистрации) о лице, отправившем смс -сообщение через сайт www.infosmska.ru общество в адрес Кемеровского УФАС России не представило.

Оказание обществом, в том числе, услуг и технического характера не снимает с него обязанности соблюдения обязательных требований ФЗ «О рекламе». Поскольку договоры с лицами, отправляющими через сайт ООО «ИнфоСМС» сообщения рекламного характера не заключаются, информация о лицах, отправляющих смс -

рекламу отсутствует, и данные лица не связаны обязательствами по соблюдению законодательства, именно ООО «ИнфоСМС» обязано осуществлять контроль за отправкой смс - сообщений соответствующих требованиям законодательства.

В нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» ООО «ИнфоСМС» распространило рекламу посредством смс - сообщения без согласия абонента (8-913-435-39-30).

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несёт рекламодатель.

В данном случае рекламодателем является ООО «ИнфоСМС» на основании договора оказания услуг № ДТ-А/012792 от 01.02.2012г.

В части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» указывается, что реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

Доказательств тому, что абонент согласен на получение рекламы посредством смс - сообщений ООО «ИнфоСМС» ни в адрес Кемеровского УФАС России, ни суду не представлено.

Соответственно указанное SMS-сообщение в нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона "О рекламе" доводилось до абонента без предварительного согласия абонента на ее получение.

Таким образом, изложенный в оспариваемом решении вывод антимонопольного органа о нарушении ООО «ИнфоСМС» положений части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», является правомерным.

Учитывая вышеизложенное, оспариваемое решение УФАС по КО является законным и обоснованным, в связи, с чем требование заявителя суд считает не обоснованным и не подлежащим удовлетворению.

Руководствуясь статьями 69, 168 – 170, 180, 181, 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

р е ш и л :

Заявленные требования оставить без удовлетворения.

Решение может быть обжаловано в установленном законом порядке в месячный срок со дня принятия в Седьмой арбитражный апелляционный суд.

Судья

И.В. Конкина

