



ЧЕТВЕРТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД  
672000, Чита, ул. Ленина 100б, <http://4aas.arbitr.ru>

ПО С Т А Н О В Л Е Н И Е

г. Чита

29 сентября 2014 года

Дело № А10-2484/2014

Резолютивная часть постановления объявлена 25 сентября 2014 года.  
Полный текст постановления изготовлен 29 сентября 2014 года.

Четвертый арбитражный апелляционный суд в составе председательствующего судьи Ячменёва Г.Г., при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Королёвой Д.С., рассмотрел в открытом судебном заседании апелляционную жалобу Открытого акционерного общества «Восточный экспресс банк» на не вступившее в законную силу решение Арбитражного суда Республики Бурятия от 18 августа 2014 года по делу № А10-2484/2014, рассмотренному в порядке упрощенного производства, по заявлению Открытого акционерного общества «Восточный экспресс банк» (ОГРН 1022800000112, ИНН 2801015394; адрес места нахождения: Амурская область, г. Благовещенск, пер. Св. Иннокентия, д. 1) к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Республике Бурятия (ОГРН 1020300966256, ИНН 0323057082; адрес места нахождения: г. Улан-Удэ, ул. Ленина, д. 55) о признании незаконным и отмене постановления от 28 апреля 2014 года № 05-14/08-2014 о назначении административного наказания, при участии в деле третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, – Закрытого акционерного общества «Связной Загрузка» (ОГРН 1057746396113, ИНН 7703544582; адрес места нахождения: г. Москва, ул. Ленинская Слобода, д. 19) (суд первой инстанции: Кушнарева Н.П.)

при участии в судебном заседании представителей лиц, участвующих в деле:  
от ОАО КБ «Восточный»: Молчанова Нина Александровна, старший юрист-консульт, доверенность № 139-СФ от 1 января 2014 года;  
от Бурятского УФАС: не было (извещено);  
от от ЗАО «Связной Загрузка»: не было (извещено),

и установил:

Открытое акционерное общество «Восточный экспресс банк» (далее – ОАО КБ «Восточный», Банк) обратилось в Арбитражный суд Республики Бурятия с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Республике Бурятия (далее – Бурятское УФАС, административный орган) о признании незаконным и отмене постановления от 28 апреля 2014 года № 05-14/08-2014 о назначении административного наказания.

Определением суда первой инстанции от 17 июня 2014 года (л.д. 5-9) к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно

предмета спора, привлечено Закрытое акционерное общество «Связной Загрузка» (далее – ЗАО «Связной Загрузка»).

Решением Арбитражного суда Республики Бурятия от 18 августа 2014 года в удовлетворении заявленного ОАО КБ «Восточный» требования отказано. Суд первой инстанции пришел к выводу о наличии в действиях Общества состава административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП Российской Федерации), и соблюдении антимонопольным органом процедуры привлечения Банка к административной ответственности.

Не согласившись с решением суда первой инстанции, ОАО КБ «Восточный» обжаловало его в апелляционном порядке. Заявитель апелляционной жалобы ставит вопрос об отмене решения суда первой инстанции, считает его незаконным и необоснованным. По мнению Банка, в рассматриваемом случае при рассылке смс-сообщений отсутствовала его вина, поскольку текст рассылки смс-сообщений предназначался только для клиентов банка, которые выразили свое согласие на получение таких сообщений, а отправка смс-сообщений на телефонный номер гражданина Ефремова Н.Ф. была произведена ошибочно вследствие технического сбоя программы.

В отзыве от 19 сентября 2014 года № 05-20/4506 на апелляционную жалобу Бурятское УФАС выражает согласие с решением суда первой инстанции, просит оставить его без изменения.

О времени и месте судебного разбирательства Бурятское УФАС и ЗАО «Связной Загрузка» извещены надлежащим образом в порядке, предусмотренном главой 12 АПК Российской Федерации, что подтверждается, в том числе возвращенным почтовым конвертом № 67200279786826, а также отчетом о публикации 3 сентября 2014 года на официальном сайте Федеральных арбитражных судов Российской Федерации в сети «Интернет» ([www.arbitr.ru](http://www.arbitr.ru)) определения о принятии апелляционной жалобы к производству, однако явку своих представителей в судебное заседание не обеспечили, что в соответствии с процессуальным законом не является препятствием для рассмотрения дела по существу.

Четвертый арбитражный апелляционный суд, рассмотрев дело в порядке главы 34 АПК Российской Федерации, проанализировав доводы апелляционной жалобы и отзыва на нее, заслушав представителя ОАО КБ «Восточный», изучив материалы дела, проверив правильность применения судом первой инстанции норм процессуального и материального права, пришел к следующим выводам.

Как следует из материалов дела, ОАО КБ «Восточный» зарегистрировано в качестве юридического лица 12 мая 1991 года, впоследствии ему присвоен основной государственный регистрационный номер 102800000112 (л.д. 89-102).

20 января 2014 года в адрес Бурятского УФАС поступило заявление гражданина Ефремова Н.Ф. от 17 января 2014 года о том, что на его телефонный номер от имени VOSTOCHNY приходят смс-сообщения: «Акция! Скидка 3 % при оформлении кредитной карты + беспроцентный период в течении 56 дней в подарок! Звоните прямо сейчас по т. 8-800-100-7-100 (доб. 2). ОАО КБ «Восточный», а также просил принять соответствующие меры по прекращению незаконной рассылки названных смс-сообщений (л.д. 43).

В ходе рассмотрения поступившего заявления гражданина Ефремова Н.Ф. административным органом на основании письма ЗАО «Связной Загрузка» от 14 февраля 2014 года (л.д. 68) установлено, что рассылка указанных смс-сообщений осуществлялась при помощи технических услуг ЗАО «Связной Загрузка» по заказу ОАО КБ «Восточный».

Нарушение Банком законодательства о рекламе, выразившегося в распространении информации рекламного характера без предварительного согласия абонента на получение такой рекламы, послужило основанием для возбуждения в отношении Банка дела об административном правонарушении, о чем должностным лицом Бурятского УФАС 14 апреля 2014 года составлен соответствующий протокол № 05-14/08-2014 (л.д. 59-62).

Постановлением Бурятского УФАС № 05-14/08-2014 от 28 апреля 2014 года ОАО КБ «Восточный» привлечено к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 КоАП Российской Федерации в виде административного штрафа в размере 100 000 рублей (л.д. 12-18, 64-67).

Не согласившись с вынесенным постановлением, Общество оспорило его в судебном порядке.

Суд апелляционной инстанции считает правильными выводы суда первой инстанции о наличии в действиях Общества состава административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП Российской Федерации, ввиду следующего.

Частью 1 статьи 14.3 КоАП Российской Федерации установлена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2-5 настоящей статьи, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон 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 (пункт 1); 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 (пункт 2).

Частью 1 статьи 18 Закона о рекламе допускается распространение 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Несоблюдение требований названной нормы, а именно направление рекламных смс-сообщений без согласия абонента, свидетельствует о совершении правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП Российской Федерации (постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15 октября 2013 года № 3563/13).

В пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 октября 2012 года № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» разъяснено, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Следовательно, 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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» электросвязь – это любые излучение, передача или прием знаков, сигналов,

голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам (пункт 35); абонент – пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации (пункт 1).

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 названного Закона.

При этом рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Закона о рекламе).

Как установлено судом первой инстанции и следует из материалов дела, 16 января 2014 года на телефонный номер гражданина Ефремова Н.Ф. от имени VOSTOCHNY поступали смс-сообщения следующего содержания: «Акция! Скидка 3% при оформлении кредитной карты + беспроцентный период в течение 56 дней в подарок! Звоните прямо сейчас по т. 8-800-100-7-100 (доб. 2). ОАО КБ «Восточный».

Суд апелляционной инстанции с учетом легального определения понятия «реклама» соглашается с выводом суда первой инстанции о том, что текст названного смс-сообщения является рекламой, поскольку адресован неопределенному кругу лиц и направлен на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование и (или) поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Согласно письму Закрытого акционерного общества «Байкалвестком» от 27 января 2014 года № 18-02/0306 (л.д. 52) SMS Nick «VOSTOCHNY» использовался контент провайдером ЗАО «Связной Загрузка».

Письмом ЗАО «Связной Загрузка» от 14 февраля 2014 года (л.д. 68) подтвердило, что смс-рассылка названных сообщений осуществлялась с помощью технических услуг ЗАО «Связной Загрузка» по заказу ОАО КБ «Восточный» на основании заключенного Договора № Р-1608 от 6 декабря 2010 года (л.д. 70-74).

Так, согласно пункту 2.1.1 договора ОАО КБ «Восточный» (заказчик) поручает, а ЗАО «Связной Загрузка» (исполнитель) берет на себя обязательства по оказанию услуг по осуществлению передачи смс-сообщений от заказчика посредством технических и программных средств исполнителя абонентам компаний, представляющих услуги цифровой радиотелефонной связи (операторов сотовой связи).

Фактом оказания услуг по Договору является доставка смс-сообщения, сформированного и отправленного заказчиком, от оборудования заказчика через коммуникационную платформу исполнителя (КПИ) и центр обработки коротких сообщений (СМСЦ) оператора к абонентам (пункт 2.2).

Исполнитель обязуется обеспечить бесперебойную передачу смс-сообщений до СМСЦ оператора от заказчика посредством имеющихся у исполнителя технических и программных средств в течение всего срока действия настоящего Договора (пункт 3.3.1).

В соответствии с пунктом 3.3.2 Договора исполнитель обязан обеспечить рассылку смс-сообщений абонентам и передачу данных по сети без потерь, искажений и не согласованных с заказчиком изменений в точном соответствии с требованиями заказчика.

Заказчик не вправе поручать исполнителю осуществлять рассылку смс-сообщений, в случае если абонент не выразил согласие на их получение. Смс-сообщения, согласие адресата на получение которых отсутствует, объявляются СПАМом (пункт 3.5).

Ответственность за содержание смс-сообщений несет заказчик (пункт 7.2).

Таким образом, в соответствии с условиями заключенного договора ЗАО «Связной Загрузка» оказало Банку услугу по предоставлению доступа к платформе ЗАО «Связной Загрузка» через протокол SMPP 3.4, обеспечивающему формирование и доставку смс-сообщений. При этом в договоре специально было оговорено, что ОАО КБ «Восточный» обязуется использовать технические услуги ЗАО «Связной Загрузка» для передачи

информации конечным получателям (абонентам) только после получения от конечного получателя предварительного согласия на ее получение.

Однако, как установлено судом первой инстанции и не оспаривается лицами, участвующими в деле, согласия гражданина Ефремова Н.Ф. на получение соответствующей информации от ОАО КБ «Восточный» не поступало.

Также суд апелляционной инстанции соглашается с доводами суда первой инстанции о том, что оператор связи (в данном случае ЗАО «Связной Загрузка»), который обеспечивает техническую возможность использования услуги, фактически является средством, через которое абоненты обмениваются как голосовой, так и текстовой информацией. Иными словами, ЗАО «Связной Загрузка», являясь оператором связи, оказывает услуги доставки соответствующей информации и не является отправителем спорных смс-сообщений.

Следовательно, за содержание текстового сообщения несет ответственность именно абонент (Банк), с которым заключен соответствующий договор, отправляющий смс-сообщения подобного содержания.

Доводы заявителя апелляционной жалобы, что в его действиях отсутствует вина в виде умысла или неосторожности при совершении вменяемого административного правонарушения, поскольку рассылка смс-сообщений подобного содержания на телефонный номер гражданина Ефремова Н.Ф. произошла ошибочно вследствие технического сбоя, судом апелляционной инстанции считаются необоснованными и не принимаются во внимание по следующим причинам.

В силу части 2 статьи 2.1 КоАП юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

В отличие от физических лиц в отношении юридических лиц КоАП Российской Федерации формы вины не выделяет. Следовательно, в отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, но им не приняты все зависящие от него меры по их соблюдению. Обстоятельства, указанные в части 1 или части 2 статьи 2.2 КоАП Российской Федерации применительно к юридическим лицам установлению не подлежат.

В пункте 16 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 2 июня 2004 года № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» в силу части 2 статьи 2.1 КоАП Российской Федерации юридическое лицо привлекается к ответственности за совершение административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП Российской Федерации или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

В письме № 0020437-1804 от 7 марта 2014 года Банк подтверждает, что смс-сообщение, содержащее текст: «Акция! Скидка 3% при оформлении кредитной карты + беспроцентный период в течении 56 дней в подарок! Звоните прямо сейчас по т. 8-800-100-7-100 (доб. 2). ОАО КБ «Восточный», предназначалось для направления его клиентам, предоставившим письменное согласие. В результате проведенной внутренней проверки ОАО КБ «Восточный» установлено, что информация о телефонном номере гражданина Ефремова Н.Ф. в Банке отсутствует (л.д. 69).

При этом Банк предполагает, что при направлении указанных смс-сообщений произошел технический сбой и смс-сообщения были ошибочно направлены Банком на телефонный номер Ефремова Н.Ф.

Учитывая тот факт, что выбор телефонных номеров абонентов, на которые будет произведена рассылка смс-сообщений, осуществлялся исключительно ОАО КБ «Восточный», предположение Банка о техническом сбое при направлении таких смс-сообщений является несостоятельным, тем более, что какие-либо объективные доказательства, свидетельствующие о том, что ОАО КБ «Восточный» как рекламодатель предприняло все зависящие от него меры по соблюдению требований законодательства о рекламе (в частности, осуществляло должный контроль за своими работниками, непосредственно осуществлявшими рассылку смс-сообщений), либо невозможность принятия этих мер была вызвана чрезвычайными или иными непреодолимыми обстоятельствами, в частности, техническим сбоем при рассылке смс-сообщений, в материалах дела отсутствуют.

При таких обстоятельствах суд первой инстанции пришел к правомерному выводу о наличии в действиях Общества состава административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП Российской Федерации.

Каких-либо нарушений порядка привлечения ОАО КБ «Восточный» к административной ответственности судом апелляционной инстанции не установлено.

В частности, требования статей 23.48, 25.1, 25.4, 25.15 и 28.2 КоАП Российской Федерации административным органом также соблюдены (Банк заблаговременно и надлежащим образом извещался о времени и месте составления протокола об административном правонарушении и рассмотрения административного дела; протокол об административном правонарушении составлен, а оспариваемое постановление вынесено уполномоченными должностными лицами Бурятского УФАС).

Административный штраф назначен ОАО КБ «Восточный» в минимальном размере, предусмотренном санкцией части 1 статьи 14.3 КоАП Российской Федерации.

Установленный частью 1 статьи 4.5 КоАП Российской Федерации годичный срок давности привлечения к административной ответственности не пропущен.

В пункте 5 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 октября 2012 года № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» разъяснено, что срок давности привлечения к административной ответственности начинает течь с момента совершения такого правонарушения, а не с момента принятия антимонопольным органом решения о нарушении законодательства о рекламе.

В рассматриваемом случае спорные смс-сообщения поступили на телефонный номер гражданина Ефремова Н.Ф. 16 января 2014 года, а оспариваемое постановление вынесено административным органом 28 апреля 2014 года, то есть в пределах годичного срока давности.

Обстоятельств для признания допущенного Банком правонарушения в качестве малозначительного в соответствии со статьей 2.9 КоАП Российской Федерации судом первой инстанции не установлено.

Малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений (пункт 21 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2005 года № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»).

В постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 2 июня 2004 года № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при

рассмотрении дел об административных правонарушениях» указано, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям (пункт 18).

Квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится применительно к обстоятельствам конкретного совершенного лицом деяния. При этом применение судом положений о малозначительности должно быть мотивировано (пункт 18.1).

На исключительность применения положений статьи 2.9 КоАП Российской Федерации указано также в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 10 апреля 2012 года № 14495/11.

Суд первой инстанции, исходя из конкретных обстоятельств настоящего дела и своих дискреционных полномочий, мотивировал свои суждения о невозможности в данном конкретном случае признания совершенного ОАО КБ «Восточный» правонарушения малозначительным и у суда апелляционной инстанции отсутствуют основания для переоценки подобных выводов.

При изложенных фактических обстоятельствах дела и правовом регулировании суд апелляционной инстанции не находит предусмотренных процессуальным законом оснований для отмены или изменения обжалуемого судебного акта.

Частью 6 статьи 271 АПК Российской Федерации предусмотрено, что постановление арбитражного суда апелляционной инстанции может быть обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции, если иное не предусмотрено этим Кодексом.

В связи с этим суд апелляционной инстанции разъясняет лицам, участвующим в деле, что согласно части 3 статьи 229 АПК Российской Федерации решение по результатам рассмотрения дела в порядке упрощенного производства может быть обжаловано в арбитражный суд апелляционной инстанции. Это решение, если оно было предметом рассмотрения в арбитражном суде апелляционной инстанции, и постановление арбитражного суда апелляционной инстанции, принятое по данному делу, могут быть обжалованы в арбитражный суд кассационной инстанции только по основаниям, предусмотренным частью 4 статьи 288 данного Кодекса.

Рассмотрев апелляционную жалобу на не вступившее в законную силу решение Арбитражного суда Республики Бурятия от 18 августа 2014 года по делу № А10-2484/2014, рассмотренному в порядке упрощенного производства, Четвертый арбитражный апелляционный суд, руководствуясь статьями 258, 268-271 и 272.1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации,

#### ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда Республики Бурятия от 18 августа 2014 года по делу № А10-2484/2014 оставить без изменения, а апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Постановление арбитражного суда апелляционной инстанции вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в двухмесячный срок в кассационном порядке в Арбитражный суд Восточно-Сибирского округа только по основаниям, предусмотренным частью 4 статьи 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председательствующий судья

Г.Г. Ячменёв