ВТОРОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

610007, г. Киров, ул. Хлыновская, 3,http://2aas.arbitr.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
арбитражного суда апелляционной инстанции

г. Киров
21 июля 2011 года

Дело № А17-6147/2010

Резолютивная часть постановления объявлена 14 июля 2011 года.
Полный текст постановления изготовлен 21 июля 2011 года.

Второй арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего Буториной Г.Г.,
судей Ившиной Г.Г., Караваевой А.В.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Новоселовой Е.В.,

при участии в судебном заседании: представителя заявителя Семина П.Н., действующего на основании доверенности от 02.11.2010,

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу открытого акционерного общества "Мегафон"
на решение Арбитражного суда Ивановской области от 21.03.2011 по делу № А17-6147/2010, принятое судом в составе судьи Чеботаревой И.А.,

по заявлению открытого акционерного общества "Мегафон" (ОГРН:)
к Управлению Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека по Ивановской области
о признании предписания недействительным,

установил:

открытое акционерное общество "Мегафон" (далее – ООО «Мегафон», Общество) обратилось в Арбитражный суд Ивановской области с заявлением о признании недействительным пункта 1 предписания Управления Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека по Ивановской области (далее – Управление Роспотребнадзора, Управление) от 04.10.2010 № 205 об устранении выявленных нарушений (далее – Предписание).

В ходе рассмотрения дела в суде первой инстанции Управление Роспотребнадзора приняло решение от 08.02.2011 об изменении Предписания от 04.10.2010 № 205, исключив из пункта 1 Предписания как ущемляющие права

потребителей пункты 9.2 и 13.1.4 Условий оказания услуг связи «Мегафон» (далее – Условия оказания услуг связи, Условия).

Решением Арбитражного суда Ивановской области от 21.03.2011 производство по заявлению ОАО «Мегафон» о признании недействительным пункта 1 Предписания в части пунктов 9.2, 13.1.4 Условий оказания услуг связи прекращено, а в части пунктов 10.12, 17.5 - оставлено без удовлетворения.

Не согласившись с принятым решением, ОАО "Мегафон" обратилось во Второй арбитражный апелляционный суд с жалобой, в которой просит отменить оспариваемое решение в части оставления без удовлетворения заявления общества о признании недействительным пункта 1 Предписания в части пунктов 10.12, 17.5 и принять в этой части новый судебный акт, удовлетворив требования заявителя.

По мнению Общества, пункт 10.12 Условий оказания услуг связи не противоречит нормам, указанным в решении суда первой инстанции. Заявитель полагает, что суд первой инстанции оставил без рассмотрения довод общества о том, что факт соответствия закону аналогичного пункта условий установлен вступившим в законную силу судебным актом по делу № А26-12282/2009 и в силу статьи 69 АПК РФ не подлежит повторному доказыванию. Считает, что пункт 17.5 Условий не нарушает права потребителей, поскольку не предполагает освобождение ОАО «Мегафон» от ответственности за некачественное оказание услуг электросвязи, так как содержит указание на то, что оператор не несет ответственности за доступность сетей, администрируемых третьими лицами, то есть за обстоятельства, не связанные с оказанием услуг связи.

Управление Роспотребнадзора в отзыве на апелляционную жалобу возражает против доводов заявителя, просит оставить решение суда без изменения, апелляционную жалобу без удовлетворения. Управление считает, что оспариваемый пункт 10.12 не относится к предмету заключаемого оператором и абонентом договора, регулирует порядок погашения задолженности, возникшей в результате исполнения других договоров, поэтому является обременительным для потребителя. По мнению Управления, пункт 17.5 Условий противоречит законодательству, регламентирующему предоставление услуг связи, и ущемляет права потребителей.

Управление Роспотребнадзора явку своего представителя в судебное заседание не обеспечило, о времени и месте судебного заседания извещено надлежащим образом.

В соответствии со статьей 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации дело рассматривается в отсутствие представителя ответчика.

Законность решения Арбитражного суда Ивановской области проверена Вторым арбитражным апелляционным судом в порядке, установленном статьями 258, 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 5 статьи 268 АПК РФ в случае, если в порядке апелляционного производства обжалуется только часть решения, арбитражный суд апелляционной инстанции проверяет законность и обоснованность решения только в обжалуемой части, если при этом лица, участвующие в деле, не заявят возражений.

Учитывая, что от лиц, участвующих в деле, данных возражений не поступило, суд апелляционной инстанции в соответствии с указанной нормой, положениями пункта 25 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.05.2009 N 35 "О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции" проверяет законность и обоснованность решения суда первой инстанции только в обжалуемой части.

Как следует из материалов дела, на основании распоряжения заместителя руководителя Управление Роспотребнадзора от 01.09.2010 № 810 должностными лицами Управления 16, 23, 28.09.2010 проведена плановая документарная проверка деятельности ОАО «Мегафон» по соблюдению требований действующего законодательства.

ОАО «Мегафон» оказывает услуги связи на территории Ивановской области в лице Ивановского регионального отделения Северо-Западного филиала. При оказании услуг связи Общество руководствуется Условиями оказания услуг связи «Мегафон», являющимися неотъемлемой частью договора оказания услуг связи.

В ходе проведения проверки Управлением Роспотребнадзора установлено нарушение Обществом требований пункта 2 статьи 16 Закона РФ «О защите прав потребителей» в части включения в Условия оказания услуг связи пунктов 9.2, 10.12 13.1.4, 17.5.

Результаты проверки отражены в акте от 04.10.2010 №330-з.

04.10.2010 Управление Роспотребнадзора выдало ОАО «Мегафон» предписание № 205, в соответствии с пунктом 1 которого Общество обязано устранить выявленные нарушения до 30.10.2010 путем исключения из Условий, указанных выше пунктов.

Не согласившись с пунктом 1 Предписания, ОАО «Мегафон» обратилось в Арбитражный суд Ивановской области с заявлением о его оспаривании.

Суд первой инстанции, придя к выводу, что пункты 10.12, 17.5 Условий оказания услуг связи не соответствуют закону и ущемляют права потребителей, в удовлетворении требования о признании данных пунктов недействительными отказал.

Исследовав материалы дела, изучив доводы апелляционной жалобы и отзыва на нее, заслушав представителя заявителя, суд апелляционной инстанции не нашел оснований для отмены или изменения решения суда исходя из нижеследующего.

В силу положений части 1 статьи 198, частей 2, 3 статьи 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации ненормативный правовой акт, решение и действия (бездействие) государственного органа может быть признан арбитражным судом недействительным, а действие (бездействие), незаконным при доказанности одновременно двух условий: несоответствия оспариваемого акта, решения, действия (бездействия) закону и нарушения прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. Отсутствие одного из указанных условий является основанием для отказа в удовлетворении заявленных требований.

Согласно пункту 1 Положения о Федеральной службе по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 N 322,

Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по контролю и надзору в сфере защиты прав потребителей и потребительского рынка.

Статьей 16 Закона Российской Федерации от 07.02.1992 N 2300-1 "О защите прав потребителей" установлено, что условия договора, ущемляющие права потребителя по сравнению с правилами, установленными законами или иными правовыми актами Российской Федерации в области защиты прав потребителей, признаются недействительными (пункт 1).

В соответствии со статьей 309 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

В силу части 4 статьи 421 ГК РФ условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами (статья 422).

В соответствии с пунктом 1 статьи 422 ГК РФ договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 44 и пунктом 1 статьи 45 Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ "О связи" (далее - Закон о связи) на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услугами связи на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи. Договор об оказании услуг связи, заключаемый с гражданами, является публичным договором. Условия такого договора должны соответствовать правилам оказания услуг связи.

Постановлением Правительства Российской Федерации от 25.05.2005 N 328 утверждены Правила оказания услуг подвижной связи (далее - Правила N 328), регулирующие отношения между абонентом, пользующимся услугами подвижной связи, и оператором связи при оказании услуг подвижной радиосвязи, и (или) услуг подвижной радиотелефонной связи, и (или) услуг подвижной спутниковой радиосвязи в сети связи общего пользования.

Пунктом 2 Правил №3 28 установлено, что "абонент" - физическое лицо (гражданин) или юридическое лицо, с которым заключен договор об оказании услуг подвижной связи при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; "абонентский номер" - номер, однозначно определяющий (идентифицирующий) подключенную к сети подвижной связи абонентскую станцию (абонентское устройство) с установленной в ней SIM-картой.

Согласно пунктам 14 и 15 Правил от 25.05.2005 N 328 услуги подвижной связи оказываются на основании возмездных договоров; сторонами по договору выступают гражданин, юридическое лицо, с одной стороны, и оператор связи, с другой стороны. Договор заключается в письменной форме в 2 экземплярах и подписывается сторонами. Договор, заключаемый с гражданами, является публичным договором.

В соответствии с подпунктом "б" пункта 28 Правил от 25.05.2005 N 328 абонент обязан в полном объеме и сроки, которые определены договором, вносить плату за полученные услуги подвижной связи.

По пункту 43 Правил от 25.05.2005 N 328 оплата услуг подвижной связи осуществляется путем наличных и безналичных расчетов. Оплата услуг подвижной связи может производиться посредством авансового платежа либо посредством отложенного платежа. При оплате услуг подвижной связи посредством авансового платежа осуществляется внесение определенных денежных сумм на лицевой счет абонента, с которого оператор связи снимает платежи за оказанные абоненту услуги подвижной связи.

При оплате услуг подвижной связи посредством отложенного платежа оказанные услуги подвижной связи оплачиваются по окончании расчетного периода. Срок оплаты услуг подвижной связи оператор связи устанавливает самостоятельно, но этот срок не должен быть менее 10 дней, следующих за днем окончания расчетного периода. Более длительный срок оплаты услуг подвижной связи может быть предусмотрен договором.

В соответствии с пунктом 47 Правил от 25.05.2005 N 328 в случае нарушения абонентом требований, связанных с оказанием услуг подвижной связи и установленных Федеральным законом "О связи", настоящими Правилами и договором, оператор связи имеет право приостановить оказание услуг подвижной связи до устранения нарушения.

В соответствии с подпунктом "а" пункта 58 Правил от 25.05.2005 N 328 абонент за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору несет ответственность перед оператором связи в случае неоплаты, неполной или несвоевременной оплаты услуг подвижной связи.

Пунктом 10.12 Условий оказания услуг связи предусмотрено, что в случае заключения нового Договора либо, если между Абонентом и Оператором заключено несколько Договоров, Оператор вправе направить (зачесть) поступившие от Абонента по одному из таких Договоров (Лицевых счетов) платежи на погашение образовавшейся задолженности Абонента по другому Договору (лицевому счету).

Данный пункт ущемляет права потребителей по сравнению с вышеуказанными правилами, поскольку позволяет списывать в течение длительного периода денежные средства с лицевого счета абонента по конкретному договору в счет задолженности по другим договором без согласия и учета интересов абонента в момент возникновения задолженности.

Вышеуказанными правилами предусмотрены иные гарантии зашиты прав оператора связи, в частности, приостановление предоставления услуг, оплата неустойки (пункты 47, 59 Правил).

Таким образом суд первой инстанции правомерно отказал обществу в признании недействительным пункта 1 предписания в части исключения из Условий оказания услуг связи пункта 10.12.

Доводы жалобы о том, что в рамках дела № А29-9755/201 суды пришли к выводу об отсутствии оснований для привлечения ОАО «Мегафон» к административной ответственности за включение в Условия пункта 10.8 (в настоящее время пункт 10.12) в связи с отсутствием ущемления прав потребителей, то есть данное обстоятельство не подлежит доказыванию вновь, не могут быть приняты за основу в силу следующего.

В соответствии с частью 2 статьи 69 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным актом арбитражного суда по ранее рассмотренному делу, не доказываются вновь при рассмотрении арбитражным судом другого дела, в котором участвуют те же лица.

Согласно пункту 5 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 31.10.1996 N 13 "О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в суде первой инстанции" арбитражные суды должны учитывать, что преюдициальное значение имеют факты, установленные решениями судов первой инстанции, а также постановлениями апелляционной и надзорной инстанций, которыми приняты решения по существу споров.

Управление Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека по Ивановской области не участвовало при рассмотрении Арбитражным судом Республики Карелия дела № А29-9755/201, судебный акт по которому вынесен в порядке административного судопроизводства.

Кроме того, в силу пункта 1 статьи 69 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации выводы арбитражных судов по делу № А29-9755/201 не могут иметь преюдициального значения для суда апелляционной инстанции по настоящему делу, поскольку преюдициальное значение могут иметь только обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным актом арбитражного суда.

Доводы ОАО «Мегафон» о несоответствии законодательству требования Управления Роспотребнадзора об исключении из Условий оказания услуг связи «Мегафон» пункта 17.5 также подлежат отклонению.

В силу пункта 3 статьи 401 ГК РФ лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств.

Согласно пункту 6 статьи 68 Закона о связи оператор связи не несет ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по передаче или приему сообщений либо пересылке или доставке почтовых отправлений, если будет доказано, что такое неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств произошло по вине пользователя услугами связи либо вследствие действия непреодолимой силы.

Пунктом 61 Правил № 328 предусмотрено, что оператор связи освобождается от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору только, если докажет, что их неисполнение или ненадлежащее исполнение произошло вследствие действия обстоятельств непреодолимой силы или по вине другой стороны.

В соответствии с пунктом 16.9 Условий оказания услуг связи оператор обязан устранять в установленные сроки неисправности, препятствующие пользованию Услугами.

Пунктом 17.5 Условий установлено, что оператор не несет ответственность за недоступность отдельных узлов или ресурсов сети/сетей (в том числе сети

Интернет), администрируемых третьими сторонами. Случаи такой недоступности не являются перерывами связи или неисправностями в соответствии с пунктом 16.9 настоящих Условий.

Таким образом, пункт 17.5 фактически заранее и безусловно устраняет ответственность оператора связи, что противоречит статье 401 ГК РФ, пункту 6 статьи 68 Закона о связи и пункту 61 Правил № 328.

Из представленных в материалы дела договоров об оказании услуг связи (л.д. 63-74) следует, что абонент дает согласие на предоставление доступа к услугам связи, оказываемым другим оператором связи и представление сведений об абоненте для оказания таких услуг, то есть абонент рассчитывает на получение услуг связи, доступ к которым будет обеспечивать третье лицо, а не ОАО «Мегафон». Плата за эти действия включена в стоимость услуг, оплачиваемых абонентом.

ОАО «Мегафон» в соответствии с тарифными планами «МегаДрайв», «Безлимитный Интернет», «Копейка» оказывает услуги подвижной связи, услуги связи по передаче данных и телематические услуги связи (л.д. 100-105). Стоимость услуг установлена, в том числе, при вызовах абонентов других операторов подвижной и местной связи (п.7 Приложения №1 к Договору оказания услуг связи).

Таким образом суд первой инстанции пришел к правильному выводу о том, что сужение пределов ответственности оператора, установленное пунктом 17.5 Условий, ограничивает возможность абонента требовать устранения недостатков исполнения обязательств и возмещения убытков, предусмотренных пунктами 56, 57 Правил №328, пунктами 65, 66 Правил оказания телематических услуг связи, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 10.09.2007 N 575, пунктом 67 Правил оказания услуг по передаче данных, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 23.01.2006 № 32.

В силу изложенного арбитражный суд апелляционной инстанции находит обжалуемое решение суда первой инстанции законным и обоснованным, выводы суда соответствующими обстоятельствам дела по заявленному предмету спора, нормы материального права применены судом правильно.

Нарушений норм процессуального права, влекущих безусловную отмену судебного акта, не установлено.

Согласно подпункту 12 пункта 1 статьи 333.21 Налогового кодекса Российской Федерации государственная пошлина за рассмотрение апелляционной жалобы ООО "Мегафон" составляет 1000 рублей и в соответствии со статьей 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации расходы по ее уплате относятся на заявителя жалобы. Государственная пошлина уплачена ООО "Мегафон" при обращении с апелляционной жалобой по платежному поручению от 17.05.2011 № 51674 в размере 2000 рублей, в связи с чем, на основании подпункта 1 пункта 1 статьи 333.40 Налогового Кодекса Российской Федерации ООО "Мегафон" следует возвратить из федерального бюджета 1000 рублей излишне уплаченной государственной пошлины.

Поскольку государственная пошлина, уплаченная по платежному поручению от 12.04.2011 № 80940, перечислена на ненадлежащие реквизиты, ее также следует возвратить заявителю.

Руководствуясь статьями 258, 268 - 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Второй арбитражный апелляционный суд

П О С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда Ивановской области от 21.03.2011 по делу № А17-6147/2010 оставить без изменения, а апелляционную жалобу открытого акционерного общества "Мегафон" – без удовлетворения.

Возвратить открытому акционерному обществу "Мегафон" из федерального бюджета 2000 рублей государственной пошлины, уплаченной по платежному поручению от 12.04.2011 № 80940, и 1000 рублей государственной пошлины по апелляционной жалобе, излишне уплаченной по платежному поручению от 17.05.2011 № 51674.

Выдать справку на возврат государственной пошлины.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа в установленном порядке.

Председательствующий Г.Г. Буторина

Судьи Г.Г. Ившина

А.В. Караваева