

СЕДЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД  
634050, г. Томск, ул. Набережная реки Ушайки 24.

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

г. Томск

24 октября 2012 года

Дело № А67-2530/2012

Резолютивная часть постановления объявлена 17 октября 2012 года

Полный текст постановления изготовлен 24 октября 2011 года

Седьмой арбитражный апелляционный суд в составе: председательствующего К. судей Ж., У.

при ведении протокола судебного заседания секретарем Ш. с использованием средств аудиозаписи

при участии:

от заявителя: без участия,

от административного органа: Б... по дов. от 10.01.2012,

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу общества с ограниченной ОТ ветственностью «Ритейл» на решение Арбитражного суда Томской области от 11.07.2012 по делу №А67-2530/2012 (судья К....) по заявлению общества с ограниченной ответственностью «Ритейл», г. Томск, к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Томской области о признании незаконным и отмене постановления от 11.03.2012 О назначении административного наказания по делу № 06-09/33-11,

**УСТАНОВИЛ:**

Общество с ограниченной ответственностью «Ритейл» (далее - ООО «Ритейл», общество, заявитель) обратилось в Арбитражный суд ТОМСКОЙ области с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Томской области (далее - УФАС России по Томской области, Управление, административный орган) опризнании незаконным и отмене постановления от 11.03.2012 о назначении административного наказания по делу №2 06-09/33-12 о наложении административного взыскания в виде штрафа в размере 100 000 руб. Решением Арбитражного суда Томской области от 11.07.2012 в удовлетворении заявленных требований отказано.

Не согласившись с указанным решением, общество обратилось в Седьмой арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда первой инстанции отменить и вернуть дело на новое рассмотрение. В обоснование апелляционной жалобы ее податель ссылается на тот факт, что в рассматриваемом случае банковские услуги не сказывались. реклама не включала оказание банковских услуг, информации о получении кредита в рекламе также не содержалось, в связи чем, данная реклама не противоречит требованиям Федерального закона «О рекламе».

УФАС России по Томской области в отзыве на апелляционную жалобу не соглашается с ее доводами. просит решение суда оставить без изменения, апелляционную жалобу без удовлетворения. Дополнительно поясняет, что, заявитель не реализовал право потребителей рекламы на получение

обоснованной, правдивой и достаточной информации, которая создает верное представление о товаре или услуге, позволяет сделать вывод о необходимости его приобретения и ограждает от причинения вреда потребителю.

На основании части 3 статьи 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ) дело рассмотрено в отсутствие представителей общества, надлежащим образом извещенного о времени и месте судебного разбирательства.

В судебном заседании суда апелляционной инстанции представитель Управления просил решение суда первой инстанции оставить без изменения, апелляционную жалобу без удовлетворения.

Исследовав материалы дела, изучив доводы апелляционной жалобы и отзыва на нее, заслушав представителя административного органа, проверив законность и обоснованность решения суда первой инстанции в соответствии со статьей 268 АПК РФ, суд апелляционной инстанции считает его не подлежащим отмене по следующим основаниям.

Из материалов дела следует, что в Томское УФАС России поступили материалы от главы Каргасокского района Томской области о наличии признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

УФАС по Томской области возбуждено дело № 06-11/111-11 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ООО «Ритейл».

Согласно акту проверки рекламных конструкции от 18.10.2011. административным органом установлено, что на фасаде здания по адресу Томская область. с.

Каргасок, ул. Учебная, 20 размещена конструкция с информацией: «Салон связи Ы: «Кредит без первоначального взноса 150 моделей мобильной электроники ежедневные подарки каждому покупателю... Купи один с двумя SIM-картами и получи подарок ... Любой телефон

00/0 первый взнос».

Решением Комиссии Томского УФАС России по делу № 06-11/111-11 рассматриваемая реклама признана неадекватной, поскольку в ней нарушены требования статьи 9, части 1 статьи 28 Федерального закона «О рекламе».

24.02.2012 в отношении ООО «Ритейл» в присутствии защитника общества - Б. составлен протокол об административном правонарушении.

11.03.2012 в отношении ООО «Ритейл» вынесено постановление о назначении административного наказания по делу № 06-09/33-12. которым общество признано виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ с назначением административного наказания в виде штрафа в размере 100 000 руб.

Не согласившись с указанным выше постановлением, общество обратилось в Арбитражный суд Томской области с настоящим заявлением.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции исходил из того, что факт наличия в действиях общества состава административного пра-

вонарушения подтверждается материалами дела, нарушений процедуры привлечения к административной ответственности не допущено.

Седьмой арбитражный апелляционный суд при рассмотрении дела исходит из фактических обстоятельств дела и следующих норм права.

В соответствии с частью 6 статьи 21 О АПК РФ, при рассмотрении дела об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности арбитражный суд в судебном заседании

проверяет законность и обоснованность оспариваемого решения, устанавливает наличие соответствующих полномочий административного органа, принявшего оспариваемое решение. устанавливает, имелись ли законные основания для привлечения к административной ответственности, соблюден ли установленный порядок привлечения к ответственности, не истекли ли сроки давности привлечения к административной ответственности, а также иные обстоятельства, имеющие значение для дела.

Частью 1 статьи 1.6 КоАП РФ установлено, что лицо, привлекаемое к административной ответственности, не может быть подвергнуто административному наказанию иначе как на основании и в порядке, установленных законом.

Согласно статье 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое КоАП РФ или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ установлена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 4 настоящей статьи. статьями 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ.

Объективная сторона названного административного правонарушения состоит в нарушении законодательства о рекламе.

Следовательно, для определения наличия в действиях лица объективной стороны правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, обязательному установлению подлежит факт нарушения, который должен быть подтвержден соответствующими доказательствами.

Статьей 26.2 КоАП РФ установлено, что доказательствами по делу об административном правонарушении являются любые фактические данные, на основании которых судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело, устанавливают наличие или отсутствие события административного правонарушения, виновность лица, привлекаемого к административной ответственности, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела; эти данные устанавливаются протоколом об административном правонарушении, иными протоколами, предусмотренными КоАП РФ, объяснениями лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, показаниями потерпевшего, свидетелей, заключениями эксперта, иными документами, а также показаниями специальных технических средств, вещественными доказательствами.

Отношения в сфере рекламы регламентируются Федеральным законом от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон № 38-ФЗ).

В соответствии со статьей 3 Закона № 38-ФЗ рекламой является информация, распространяемая 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.

Под объектом рекламирования понимается товар, средство его индивидуализации, 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; под товаром понимается продукт деятельности (в том числе

работа, услуга). предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Как указано в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 04.03.1997 № 4-П, реклама рассматривается законодателем как средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации. Согласно Международному кодексу рекламной практики под потребителем рекламы понимается любое лицо, которому адресуется реклама или которого она может достичь, вне зависимости от того, является ли он конечным потребителем, торгующим субъектом или пользователем.

Согласно статье 9 Закона № 38-ФЗ в рекламе, сообщающей о проведении стимулирующей лотереи, конкурса, игры или ИНОГО подобного мероприятия, условием участия в которых является приобретение определенного товара (далее - стимулирующее мероприятие), должны быть указаны:

- 1) сроки проведения такого мероприятия;
- 2) источник информации об организаторе такого мероприятия, о правилах его проведения, количестве призов или выигрышей по результатам такого мероприятия, сроках, месте и порядке их получения.

Между тем, административным органом установлено, что отсутствие в рассматриваемой рекламе сведений о сроках проведения стимулирующего мероприятия, которое заключается в приобретении определенного товара и получении подарков (кежедневные подарки каждому покупателю .. ». «устал ходить с двумя телефонами. Купи один с двумя SIM-картами и получи подарок .. »). свидетельствует о нарушении статьи 9 Закона № 38-ФЗ. Используемые в рекламе призывы приобретать товары и получать за это определенную выгоду, по мнению административного органа и суда первой инстанции, стимулирует потребителей на покупку в салоне связи «В» товаров, привлекает к магазину дополнительное внимание, формирует интерес.

Суд апелляционной инстанции не может согласиться с данным выводом суда первой инстанции по следующим основаниям.

Поскольку обществу вменяется не ненадлежащая реклама лотереи, конкурса, игры, а иного стимулирующего мероприятия, суду необходимо определить критерии, по которым спорная реклама отнесена к рекламе иного аналогичного стимулирующего мероприятия.

Согласно части 4 статьи 21 О АПК РФ по делам об оспаривании решений административных органов о привлечении к административной ответственности обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для привлечения к административной ответственности, возлагается на административный орган, принявший оспариваемое решение.

Суд первой инстанции такие критерии не устанавливал, согласившись с позицией административного органа.

Между тем, из буквального толкования статьи 9 Закона № 38-ФЗ следует, что для признания мероприятия стимулирующим необходимо установить такой признак как выполнение его участником обязательного условия - приобретение определенного товара.

Таким образом, под стимулирующим мероприятием для целей Закона № 38-ФЗ следует понимать мероприятие, непременным условием которого является приобретение определенного товара.

В данном случае получение подарка в случае покупки телефона с двумя SIM картами являлось одним из преимуществ товара, позволяющим сэкономить деньги, что

следует рассматривать как благоприятные для покупателя (потребителя)

последствия участия в акции, а не условие участия в ней.

Общество, таким образом, фактически информировало о снижении цены, скидке на товар, что распространялось на всех потенциальных покупателей без условия о предварительном приобретении какого-либо товара, без установления правил, которые однозначно свидетельствовали об обязанности покупателя приобрести товар в результате участия в соответствующей акции.

В рассматриваемом случае размещенная обществом реклама не подпадает под понятие стимулирующего мероприятия.

Суд апелляционной инстанции приходит к выводу, что в описании акции отсутствуют признаки, позволяющие произнести аналогию спорной рекламы с лотереей, конферсом или игрой: отсутствуют элементы случайности, отсутствуют правила выбора победителя, как и сам победитель. участником акции автоматически становится лицо, заключившее договор купли-продажи. Указанная реклама не содержит информацию о наличии и розыгрыше призового фонда, о выплате вознаграждения или выдаче награды за победу в состязании, условием участия в котором является приобретение товара, не сообщает о проведении азартной игры, либо пари.

Таким образом, мероприятие, по условиям которого подарки предоставляются всем лицам, совершившим покупку, не подпадает под понятие стимулирующего мероприятия, предусмотренного статьей 9 Закона № 38-ФЗ, и на рекламу такого мероприятия не распространяются требования статьи 9 Закона № 38-ФЗ.

Аналогичный вывод содержится и в разъяснениях вышестоящего по отношению к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Томской области органа Федеральной антимонопольной службы (письмо от 02.12.2011 № АК/44977 «О разъяснении некоторых положений Федерального закона «О рекламе»).

Согласно указанному выше письму, в статье 9 Закона № 38-ФЗ в качестве отдельного объекта, рекламе которого установлены специальные требования, выделяется стимулирующее мероприятие - стимулирующую лотерею, конкурс, игру, иное подобное мероприятие, условием участия в которых является приобретение определенного товара и возможность получения выигрыша (при зачете подарка).

При этом мероприятие, по условиям которого одинаковые подарки предоставляются всем лицам, совершившим покупку, не подпадает под понятие стимулирующего мероприятия, предусмотренного статьей 9 Закона № 38-ФЗ, и на рекламу такого мероприятия не распространяются требования статьи 9 Закона № 38-ФЗ, поскольку подарок, предоставленный всем лицам, совершившим покупку, может рассматриваться как часть стоимости товара, возвращенная покупателю, соответственно такие подарки не рассматриваются как призы и выигрыши покупателей.

Таким образом, суд апелляционной инстанции приходит к выводу о том, что размещенная на рекламной КОНСТРУКЦИИ информация: «ежедневные подарки каждому по купончику ... Купи один с двумя SIM-картами и получи подарок ... » не подпадает под понятие стимулирующих мероприятий, требования к которым предъявляются статьей 9 Закона № 38-ФЗ.

В то же время, суд первой инстанции, поддерживая позицию административного органа, правомерно установил в действиях ООО «Ритейл: нарушение части 1 статьи 28 Закона № 38-ФЗ, ответственность за которое наступает (10 части 1 статьи) 4.3 КоАП РФ.

Согласно части 1 статьи 28 Закона № 38-ФЗ реклама банковских, страховых и иных финансовых услуг должна содержать наименование или имя лица, оказывающего эти услуги (для юридического лица - наименование, для индивидуального предпринимателя - фамилию, имя, отчество).

Указанная норма принята в интересах потребителя с целью формирования у него правильного (неискаженного и относительно полного) представления о рекламируемом объекте (услуге).

Понятие «финансовой услуги» установлено пунктом 2 статьи 3 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», согласно которой финансовая услуга - банковская услуга, страховая услуга, услуга на рынке ценных бумаг, услуга по договору лизинга, а также услуга, оказываемая финансовой организацией и связанная с привлечением и (или) размещением денежных средств юридических и физических лиц.

Материалами дела подтверждается, что в нарушение положения части 1 статьи 28 Закона № 38-ФЗ в рекламе не указано наименование или имя лица, оказывающего финансовую услугу - «Кредит без первоначального взноса», предоставляемый в связи с покупкой указанного в рекламе товара.

Следовательно, административный орган пришел к обоснованному выводу о том, что помимо рекламы салона СВЯЗИ реализуемых товаров, имела место реклама финансовой услуги (банковского кредита), без указания наименования или имени лица, оказывающего банковские или иные финансовые услуги.

При таких обстоятельствах, доводы, приводимые в апелляционной жалобе, апелляционный суд признает необоснованными.

Согласно статье 33 Закона № 38-ФЗ антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный надзор за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе.

Как указано в части 4 статьи 38 Закона № 38-ФЗ, нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями и рекламодателями и законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Обществом каких-либо доказательств, опровергающих нарушение части 1 статьи 28 Закона № 38-ФЗ, судам первой и апелляционной инстанций не представлено.

В соответствии с абзацем 7 части 1 статьи 3 Закона № 38-ФЗ рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно частям 6, 7 статьи 38 Закона № 38-ФЗ за нарушение указанных требований закона ответственность несет как рекламодатель, так и рекламодатель.

Рекламодателем и рекламодателем является ООО «Ритейл», что подтверждается предписанием Администрации Кургасокского района о демонтаже самовольно установленных рекламных конструкций от 14.11.2011 № 9-2, выпиской из единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним от 07.11.2011 № 08/005/2011-090, договором аренды и сотрудничества от 01.06.2011 № 41, актом приема-передачи арендованного здания от 01.06.2011, письменными пояснениями ПО «Кургасокское» от 08.12.2011 № 240.

В соответствии с пунктом 3 статьи 26.1 КоАП РФ по делу об административном правонарушении подлежит выяснению виновность лица в его совершении.

В части 1 статьи 1.5 КоАП РФ определено, что лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

Согласно статье 2.1 КоАП РФ 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 субъектов Российской Федерации

предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Из приведенных норм следует, что виновность юридического лица в совершении административного правонарушения определяется в зависимости от принятия им исчерпывающих мер по соблюдению требований действующего законодательства.

О вине общества в допущенном правонарушении свидетельствует тот факт, что у общества имелась возможность для соблюдения требований Закона о рекламе, но им не были предприняты все зависящие от него меры по их соблюдению. Доказательства, подтверждающие отсутствие у общества реальной возможности соблюдать требования действующего законодательства о рекламе с целью предотвращения совершения административного правонарушения, в материалах дела отсутствуют.

Таким образом, наличие в действиях ООО «Ритейл» состава административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, является доказанным.

Согласно оспариваемому постановлению ООО «Ритейл» назначено наказание в виде штрафа в размере 100 000 руб. в пределах санкции установленной частью 4 статьи 20.4 КоАП РФ.

Фиксация обстоятельств административного правонарушения, рассмотрение дела об административном правонарушении, произведены должностными лицами административного органа в пределах полномочий, установленных законом. Квалификация совершенного обществом правонарушения соответствует нормам части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Срок давности привлечения к административной ответственности, предусмотренный статьей 4.5 КоАП РФ, на момент рассмотрения дела об административном правонарушении и назначения административного наказания не истек.

Существенных нарушений процессуальных требований КоАП РФ при производстве по делу об административном правонарушении в отношении заявителя, а также обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении, апелляционным судом не установлено.

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

В соответствии с частью 5.1 статьи 211 АПК РФ решение по делу об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности, если размер административного штрафа за административное правонарушение не превышает для юридических лиц 100 000 руб., может быть обжаловано в арбитражный суд апелляционной инстанции. Такое 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 АПК РФ.

Учитывая, что размер наложенного на общество административного штрафа не превышает 100 000 руб., то применяется порядок обжалования, установленный частью 5.1 статьи 211 АПК РФ.

Руководствуясь статьей 156, пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, апелляционный суд

## **ПОСТАНОВИЛ:**

Решение Арбитражного суда Томской области от 11.07.2012 по делу № А67-2530/2012 оставить без изменения, а апелляционную жалобу - без удовлетворения. Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа только по основаниям, предусмотренным частью 4 статьи 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.