

**ЧЕТВЕРТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

672000, Чита, ул. Ленина 100б

тел. (3022) 35-96-26, тел./факс (3022) 35-70-85

<http://4aas.arbitr.ru>**ПО С Т А Н О В Л Е Н И Е**

г. Чита

Дело № А19-17913/2014

02 апреля 2015 года.

Резолютивная часть постановления объявлена 25 марта 2015 года.

Полный текст постановления изготовлен 02 апреля 2015 года.

Четвертый арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Сидоренко В.А.,

судей Рылова Д.Н., Ячменёв Г.Г.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Королёвой Д.С.,

рассмотрел в открытом судебном заседании с использованием системы видеоконференц-связи при содействии Арбитражного суда Иркутской области с участием судьи Поздняковой Н.Г. и секретаря судебного заседания Козловой Е.Н. апелляционную жалобу Управления Федеральной антимонопольной службы по Иркутской области на решение Арбитражного суда Иркутской области от 20 января 2015 года по делу № А19-17913/2014 по заявлению общества с ограниченной ответственностью «Альтаир» (ОГРН 1097017021199, ИНН 7017251894) к Управлению Федеральной антимонопольной службе по Иркутской области (ОГРН 1033801033155, ИНН 3811020966) о признании незаконным и отмене постановления 265 от 08.10.2014 о привлечении к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

(суд первой инстанции: судья Назарьева Н.В.),

при участии в судебном заседании:

от общества с ограниченной ответственностью «Альтаир» – не явился, извещен,
от Управления Федеральной антимонопольной службы по Иркутской области – Бутаковой
У.В. – представителя по доверенности от 13.01.2015,

установил:

общество с ограниченной ответственностью «Альтаир» (далее – заявитель, общество или ООО «Альтаир») обратилось в Арбитражный суд Иркутской области к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Иркутской области (далее – Иркутское УФАС России, Управление или антимонопольный или административный орган) с заявлением о признании незаконным и отмене постановления от 08.10.2014г. № 265 о привлечении к административной ответственности, предусмотренной частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

Решением Арбитражного суда Иркутской области от 20 января 2015 года постановление Иркутского УФАС России № 265 от 08.10.2014 о назначении административного наказания по делу № 191 об административном правонарушении признано незаконным и изменено в части назначения наказания.

Обществу назначено административное наказание за совершение административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, в виде административного штрафа в размере 70 000 рублей.

Не согласившись с решением суда первой инстанции, Иркутское УФАС России обжаловало его в апелляционном порядке. Заявитель апелляционной жалобы ставит вопрос об отмене решения суда первой инстанции как неправомерного и необоснованного.

В судебном заседании представитель Управления изложила позицию административного органа согласно доводам апелляционной жалобы.

Общество отзыв на апелляционную жалобу не представило.

О месте и времени рассмотрения апелляционной жалобы, лица, участвующие в деле, извещены надлежащим образом в порядке, предусмотренном главой 12 (далее – АПК РФ, что подтверждается почтовыми уведомлениями, а также отчетом о публикации на официальном сайте Федеральных Арбитражных Судов Российской Федерации в сети «Интернет» (www.arbitr.ru) определения о принятии апелляционной жалобы к

производству, однако общество явку своего представителя в судебное заседание не обеспечило.

В соответствии с частью 2 статьи 210 АПК РФ неявка лиц, участвующих в деле, надлежащим образом извещенных о месте и времени судебного заседания, не является препятствием для рассмотрения дела по существу.

Четвертый арбитражный апелляционный суд, рассмотрев дело в порядке главы 34 АПК РФ, проанализировав доводы апелляционной жалобы, заслушав представителя Иркутского УФАС России, изучив материалы дела, проверив правильность применения судом первой инстанции норм процессуального и материального права, пришел к следующим выводам.

Как установлено судом первой инстанции и следует из материалов дела, в Иркутское УФАС России 30.04.2014 поступило заявление Фефелова С.А. о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольным органом 05.06.2014 в результате проведения расследования по указанному заявлению возбуждено дело № 709 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ (далее – Закон о рекламе).

По результатам рассмотрения дела № 709 Иркутским УФАС России 23.06.2014 вынесено решение № 1187 о признании ненадлежащей рекламы ООО «Альтаир» следующего содержания: «Новый набор роллов за 500 рублей только 30 апреля! Т. 798900», распространенной 30.04.2014 на абонентский номер +79086611000 принадлежащий гражданину Фефелову С.А. с абонентского номера MirSushi в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, при отсутствии согласия Фефелова С.А. на ее получение.

Указанные обстоятельства послужили основанием для возбуждения в отношении ООО «Альтаир» дела об административном правонарушении.

Главным специалистом-экспертом отдела контроля рекламы Иркутского УФАС России 25.08.2014 в отношении ООО «Альтаир» составлен протокол № 191 об административном правонарушении, в связи с совершением административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

По результатам рассмотрения материалов дела № 191 об административном правонарушении вынесено постановление от 08.10.2014 № 265 о назначении административного наказания по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ в виде штрафа в размере 100 500 рублей.

Не согласившись с постановлением антимонопольного органа от 08.10.2014 № 265, ООО «Альтаир» обратилось в Арбитражный суд Иркутской области с настоящим заявлением.

Согласно части 6 статьи 210 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.

В силу части 7 статьи 210 АПК РФ при рассмотрении дел об оспаривании решения административного органа арбитражный суд не связан доводами, содержащимися в заявлении, и проверяет оспариваемое решение в полном объеме.

Согласно части 1 статьи 23.48 КоАП РФ Федеральный антимонопольный орган, его территориальные органы рассматривают дела об административных правонарушениях, предусмотренных, в том числе статьей 14.3 настоящего Кодекса. Рассматривать дела об административных правонарушениях от имени органов, указанных в части 1 настоящей статьи, вправе:

- 1) руководитель федерального антимонопольного органа, его заместители;
- 2) руководители структурных подразделений федерального антимонопольного органа, их заместители, за исключением дел об административных правонарушениях, предусмотренных статьями 14.3, 14.9, 14.31 – 14.33 настоящего Кодекса;
- 3) руководители территориальных органов федерального антимонопольного органа, их заместители.

Протоколы об административных правонарушениях согласно части 1 статьи 28.3 КоАП РФ составляются должностными лицами органов, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях в соответствии с главой 23 Кодекса, в пределах компетенции соответствующего органа.

Приказом Федеральной антимонопольной службы от 19.11.2004 № 180 установлен перечень должностных лиц территориальных органов Федеральной антимонопольной службы (ФАС России), которые в соответствии со статьей 28.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях вправе составлять и подписывать

протокол об административном правонарушении на бланке территориального органа ФАС России:

- руководители территориальных органов ФАС России;
- заместители руководителей территориальных органов ФАС России;
- начальники отделов территориальных органов ФАС России;
- заместители начальников отделов территориальных органов ФАС России;
- иные должностные лица территориальных органов ФАС России.

Протокол об административном правонарушении от 10.08.2012 № 188 составлен и постановление от 24.08.2012 № 359 о привлечении общества к административной ответственности вынесено должностными лицами в пределах полномочий, предоставленных им КоАП РФ.

Объективной стороной состава правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, является нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 – 4 настоящей статьи, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса.

Объектом правонарушения являются общественные отношения, возникающие в процессе производства, размещения и распространения рекламы.

Объективная сторона данного правонарушения выражается в действиях, нарушающих законодательство о рекламе.

Отношения в сфере рекламы, распространяемой на территории Российской Федерации, регулируются Законом о рекламе, а также принимаемыми в соответствии с настоящим Законом иными федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации.

Согласно положениям статьи 3 Закона о рекламе под рекламой следует понимать информацию, распространенную любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованную неопределенному кругу лиц и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке (пункт 1); объект рекламирования – 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); товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или

иногое введения в оборот (пункт 3); ненадлежащая реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации (пункт 4).

Ненадлежащей рекламой в соответствии с частью 4 статьи 3 Закона о рекламе признается реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В соответствии с частью 1 статьи 18 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.

Как установлено судом первой инстанции и следует из материалов дела и следует из материалов дела основным видом деятельности ООО «Альтаир» является производство и доставка блюд японской кухни.

В ходе рассмотрения дела об административном правонарушении антимонопольным органом установлено, что 01.06.2006 между ЗАО «Байкалвестком» и гражданином Феловым С.А. заключен договор оказания услуг связи, на основании указанного договора абонентский номер 89086611000 принадлежит гражданину Фелову С.А.

30.04.2014 в 10 часов 50 минут на абонентский номер +79086611000 поступило смс – сообщение, следующего содержания: «Новый набор из 5 роллов за 500 рублей только 30 апреля! Т. 798900».

Из представленных в материалы административного дела письменных пояснений ЗАО «Байкал-ТрансТелеКом» от 23.05.2014 № 5954 абонентский номер, указанный в смс-сообщении, поступившем на номер Фелова С.А., принадлежит ООО «Альтаир» на основании договора на представление услуг связи от 19.03.2013 № 381031307.

Фелов С.А., допрошенный в судебном заседании в качестве свидетеля пояснил, что абонентский номер 89086611000 действительно принадлежит ему, однако согласия на получение смс-рекламы ни ООО «Альтаир», ни MirSushi не давал.

Представитель ООО «Альтаир» в ходе судебного заседания пояснил, что Фелов С.А. клиентом компании Мир Суши не является. Под номером 89086611000 в клиентской базе значится Горина Е.О. Регистрация Гориной Е.О., как клиента была осуществлена 01.10.2009, при регистрации в ходе телефонных переговоров она дала свое согласие на

смс-рассылку рекламной информации. По мнению ООО «Альтаир», получение согласия в таком виде предоставляет право рассылки смс-рекламы.

Вместе с тем, допрошенная в качестве свидетеля в судебном заседании Горина Е.О. пояснила, что телефонный номер 89086611000 принадлежит ее знакомому Фефелову С.А., с указанного номера она могла осуществлять заказ суши, но согласия на получение смс-рекламы на указанный номер она не давала.

С учетом изложенного суд первой инстанции пришел к правомерному выводу, что смс-реклама, направленная ООО «Альтаир» на телефонный номер 89086611000, принадлежащий Фефелову С.А., нарушает требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе, поскольку распространена без предварительного согласия абонента.

Общество в обоснование заявленных требований ссылается на то, что смс-сообщение следующего содержания: «Новый набор из 5 роллов за 500 рублей только 30 апреля! Т. 798900» не отвечает признакам рекламы, так как не адресована неопределенному кругу лиц.

Статьей 3 Закона о рекламе определен главный признак понятия «реклама», как неопределенность целевой аудитории, то есть направленность и доступность информации неопределенному кругу лиц, исходя из которого данной информацией может воспользоваться любое лицо.

Если же субъект информации персонализирован (индивидуализирован), то есть носит адресный характер, то данная информация не является рекламой. Такой информацией может воспользоваться только конкретный ее получатель, а значит, она должна оцениваться исключительно с точки зрения круга лиц, которому адресована.

Как правильно указал суд первой инстанции, с учетом письма ФАС России от 05.04.2007 № АЦ/4624 «О понятии «неопределенный круг лиц», 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.

С учетом изложенного, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу, что по своему содержанию текстовое смс-сообщение: «Новый набор из 5 роллов за 500 рублей только 30 апреля! Т. 798900» привлекает внимание неопределенного круга лиц к объекту рекламирования – продукции реализуемой компанией Мир Суши, так как сообщение не содержит указания конкретного субъекта его получения, а, следовательно, обладает признаками рекламы.

С учетом указанного суд апелляционной инстанции приходит к выводу о наличии в действиях общества события правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Согласно 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 нарушения которых КоАП РФ предусмотрена административная ответственность, но указанным лицом не были предприняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

В пункте 16.1 постановления Пленума от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» Высший Арбитражный Суд Российской Федерации разъяснил, что в тех случаях, когда в соответствующих статьях Особенной части КоАП РФ возможность привлечения к административной ответственности за административное правонарушение ставится в зависимость от формы вины, 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 были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению (часть 2 статьи 2.1 КоАП РФ).

Заявителем доказательств в подтверждение принятия им всех зависящих от него мер по соблюдению правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, не представлено.

Вина лица, привлекаемого к административной ответственности, в совершении правонарушения предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ в полном объеме подтверждается изученными в суде письменными материалами дела.

С учетом всех вышеизложенных обстоятельств суд пришел к выводу о наличии в действиях общества состава административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

В рассматриваемом случае протокол об административном правонарушении составлен и оспариваемое постановление вынесено уполномоченными лицами в пределах годового срока давности привлечения к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе, при надлежащем извещении законного представителя общества.

В данном конкретном случае оснований для признания совершенного правонарушения малозначительным судом первой инстанции, как и судом апелляционной инстанции не установлено.

Вместе с тем, суд апелляционной инстанции не может согласиться с выводом суда первой инстанции о незаконности постановления административного органа в части назначения размера административного наказания ввиду следующего.

Частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ установлено, что нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 – 4 настоящей статьи, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса – влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц – от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц – от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Согласно обжалуемому постановлению от 08.10.2014 № 265 о назначении административного наказания по делу № 191 об административном правонарушении сумма штрафа назначена обществу в размере 100 500 рублей.

Административный штраф назначен обществу в пределах санкции, предусмотренной частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, с учетом характера, описанного выше, совершенного обществом административного правонарушения.

Принимая решение о назначении обществу административного штрафа в размере 70 000 рублей, суд первой инстанции руководствовался положениями частей 3.2 и 3.3 статьи 4.1 КоАП РФ, в редакции Федерального закона от 31.12.2014 № 515-ФЗ, в соответствии с которыми при наличии исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением привлекаемого к административной ответственности юридического лица, судья, орган, должностное лицо, рассматривающие дела об административных правонарушениях либо жалобы, протесты на постановления и (или) решения по делам об административных правонарушениях, могут назначить наказание в виде административного штрафа в размере менее минимального размера административного штрафа, предусмотренного соответствующей статьей или частью статьи раздела II указанного Кодекса, в случае, если минимальный размер административного штрафа для юридических лиц составляет не менее ста тысяч рублей.

В то же время, при назначении административного наказания в соответствии с частью 3.2 статьи 4.1 КоАП РФ размер административного штрафа не может составлять менее половины минимального размера административного штрафа, предусмотренного для юридических лиц соответствующей статьей или частью статьи раздела II настоящего Кодекса.

При определении меры ответственности общества суд учел отсутствие

обстоятельств, отягчающих ответственность, а также неудовлетворительное финансовое положение лица, привлекаемого к административной ответственности, а именно наличие кредиторской задолженности в размере 2 745 000 рублей, что подтверждается представленным в материалы дела бухгалтерской отчетностью за 2013 год. Кроме того, в качестве обстоятельств совершенного правонарушения суд учел, что Горина Е.О. является постоянным покупателем продукции Мир Суши, не отрицает возможность использования номера телефона, принадлежащего Фефелову С.А. в отношениях с ООО «Альтаир» при осуществлении заказа.

По мнению суда апелляционной инстанции, указанные обстоятельства нельзя признать в качестве исключительных, и связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением общества.

Согласно части 3.2 статьи 4.1 КоАП РФ отсутствие обстоятельств, отягчающих административную ответственность, не является основанием для снижения административного штрафа ниже низшего предела. Кроме того, как уже указывалось выше, у ООО «Альтаир» отсутствовало предварительное согласие Фефелова С.А. на получение рассматриваемой рекламы, согласие гр-ки Гориной Е.О. на получение данной смс-рекламы также отсутствовало.

Наличие же кредиторской задолженности в размере 2 745 000 рублей, подтверждающееся бухгалтерской отчетностью и тем более за 2013 год, не доказывает неудовлетворительное имущественное и финансовое положение общества.

При изложенных обстоятельствах суд апелляционной инстанции приходит к выводу, что оспариваемое постановление от 08.10.2014 № 265 о назначении административного наказания по делу № 191 об административном правонарушении является законным и обоснованным.

В силу части 3 статьи 211 АПК РФ в случае, если при рассмотрении заявления об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности арбитражный суд установит, что решение административного органа о привлечении к административной ответственности является законным и обоснованным, суд принимает решение об отказе в удовлетворении требования заявителя.

При изложенных фактических обстоятельствах и правовом регулировании, учитывая, суд апелляционной инстанции в соответствии с частью 3 статьи 211 АПК РФ приходит к выводу о необходимости отмены обжалуемого решения, как принятого при недоказанности имеющих значение для дела обстоятельств, которые суд счел установленными, с принятием нового судебного акта об отказе заявителю в

удовлетворении требований о признании оспариваемого постановления административного органа незаконным и его отмене.

Четвертый арбитражный апелляционный суд, руководствуясь статьями 258, 268-271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации,

ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда Иркутской области от 20 января 2015 года по делу № А19-17913/2014 отменить, принять по делу новый судебный акт.

В удовлетворении требований общества с ограниченной ответственностью «Альтаир» (ОГРН 1097017021199, ИНН 7017251894) к Управлению Федеральной антимонопольной службе по Иркутской области (ОГРН 1033801033155, ИНН 3811020966) о признании незаконным и отмене постановления 265 от 08.10.2014 о привлечении к административной ответственности, предусмотренной частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях – отказать.

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 путем подачи жалобы через принявший решение в первой инстанции арбитражный суд.

Председательствующий судья

Сидоренко В.А.

Судьи

Рылов Д.Н.

Ячменёв Г.Г.