

**ВТОРОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД****610007, г. Киров, ул. Хлыновская, 3, <http://2aas.arbitr.ru>****ПОСТАНОВЛЕНИЕ****арбитражного суда апелляционной инстанции**

г. Киров

16 апреля 2013 года

Дело № А82-12850/2012

Резолютивная часть постановления объявлена 16 апреля 2013 года.

Полный текст постановления изготовлен 16 апреля 2013 года.

Второй арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего Ившиной Г.Г.,

судей Буториной Г.Г., Караваевой А.В.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания  
Бородиной Н.А.,

без участия представителей сторон,

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу общества с ограниченной ответственностью «ДК Полиграф»  
на решение Арбитражного суда Ярославской области от 12.02.2013 по делу №А82-12850/2012, принятое судом в составе судьи Глызиной А.В.,

по заявлению общества с ограниченной ответственностью «ДК Полиграф»  
(ИНН: 7610058759, ОГРН: 1037601605865)

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области  
(ИНН: 7604009440, ОГРН: 1027600695154)

о признании незаконным и отмене постановления о наложении штрафа по делу  
об административном правонарушении № 04-04/44А-12 от 28.09.2012,

установил:

общество с ограниченной ответственностью «ДК Полиграф» (далее – заявитель, ООО «ДК Полиграф», Общество) обратилось в Арбитражный суд Ярославской области с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области (далее – ответчик, УФАС, Управление, антимонопольный орган) о признании незаконным и отмене постановления о наложении штрафа по делу об административном правонарушении № 04-04/44А-12 от 28.09.2012, в соответствии с которым Общество было признано виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), и ему назначено административное наказание в виде административного штрафа в

размере 100 000 рублей.

Решением суда от 12.02.2013 в удовлетворении заявленных требований отказано.

Не согласившись с принятым судебным актом, считая его незаконным и необоснованным, ООО «ДК Полиграф» обратилось во Второй арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда первой инстанции отменить и принять по делу новый судебный акт.

По мнению заявителя, при вынесении решения суд не полностью исследовал и не учел имеющиеся в деле доказательства, свидетельствующие о том, что спорная реклама является надлежащей и соответствует Федеральному закону от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), в частности представленное Обществом заключение эксперта, мнение печатного издания – газеты «Рыбинская неделя», заключение рекламного холдинга «Мастер Графикс». В этой связи нельзя считать реализованным принцип законности.

Кроме того, судом и антимонопольным органом не были учтены разъяснения Федеральной антимонопольной службы относительно квалификации нарушений по части 6 статьи 5 Закона о рекламе, изложенные в аналитической записке.

Общество указывает, что суд, не приняв во внимание представленные заявителем доказательства по делу, тем не менее признал в качестве ненадлежащего способа рекламирования в спорном рекламном изображении совокупность всех элементов зрительного воздействия на потребителя. УФАС вообще ограничилось лишь собственным субъективным мнением. Также заявитель не согласен с мнением суда о том, что месторасположение рекламной конструкции, доступность спорной рекламы неопределенному кругу лиц, наличие в непосредственной близости культурных, социальных и торговых объектов имеют существенное значение. ООО «ДК Полиграф» полагает, что им были предприняты все необходимые меры по соблюдению Закона о рекламе при ее изготовлении и использовании.

УФАС представил письменный отзыв на апелляционную жалобу, в котором опровергает доводы Общества, считает решение суда законным и обоснованным и не усматривает правовых оснований для его отмены.

Антимонопольный орган и ООО «ДК Полиграф» явку своих представителей в судебное заседание не обеспечили, о времени и месте судебного заседания извещены надлежащим образом. Ходатайствовали о рассмотрении дела без своего участия. В соответствии со статьей 156 АПК РФ дело рассматривается в отсутствие представителей сторон.

Законность решения Арбитражного суда Ярославской области проверена Вторым арбитражным апелляционным судом в порядке, установленном статьями 258, 266, 268 АПК РФ.

Как следует из материалов дела и установлено судом первой инстанции, 06.02.2012 в УФАС поступило обращение Головченко В.Е. от 29.01.2012 по вопросу соответствия рекламы ночного клуба «LABIRINT», принадлежащего ООО «ДК Полиграф», требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе. По мнению физического лица, данный рекламный плакат «содержит призыв к половой распущенности, оскорбляет нравственное чувство жителей города, способствует развращению молодежи и унижает достоинство женщины,

представляя ее объектом потребления» (л.д. 37).

В ходе проверки указанных сведений специалистами антимонопольного органа было установлено, что Обществом по адресу: г. Рыбинск, ул. Чкалова, д.80, на здании трансформаторной подстанции в январе 2012 года была размещена рекламная конструкция с информацией следующего содержания: «Я буду с тобой до утра. LABIRINT ночной клуб 26-14-14/Луговая, 17/vkontakte.ru/labirintclab» с изображением полуобнаженной девушки с надписью «цензура» в области груди (л.д. 61).

В соответствии с договором аренды рекламного щита (конструкции) от 08.10.2010 № 113 (л.д. 17-23), актом приема-передачи рекламного щита (конструкции) от 01.06.2011 (л.д. 54), актами оказания услуг и платежными документами по договору (л.д. 46, 60) Общество является арендатором рекламной конструкции, расположенной на указанном здании трансформаторной подстанции. Реклама изготовлена на основании договора от 28.11.2011 № 183 (л.д. 24), заключенного между ООО «ДК Полиграф» и ООО «Мастер Графикс», согласно условиям которого Общество поручило, а ООО «Мастер Графикс» обязалось изготовить рекламно-информационный материал (баннер). Макет рекламы изготовлен и предоставлен изготовителю заявителем. Оплата работ по изготовлению баннера подтверждается платежным поручением от 07.12.2011 № 72 (л.д. 59).

При таких обстоятельствах ответчик пришел к выводу о том, что рекламодателем указанной рекламы является ООО «ДК Полиграф».

В связи с нарушением Обществом части 6 статьи 5 Закона о рекламе определением Управления от 16.08.2012 в отношении заявителя возбуждено дело об административном правонарушении и проведении административного расследования (л.д. 62-64).

14.09.2012 по итогам проведенного расследования должностное лицо УФАС, установив в действиях Общества признаки состава административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, составило в отношении заявителя в отсутствие его представителя, извещенного надлежащим образом, протокол об административном правонарушении № 04-04/44А-12 (л.д. 66-68).

По итогам рассмотрения дела об административном правонарушении ответчиком было вынесено оспариваемое постановление о привлечении к административной ответственности и наложении штрафа по делу об административном правонарушении № 04-04/44А-12 от 28.09.2012, которым Общество было привлечено к административной ответственности на основании части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, ему назначено административное наказание в виде административного штрафа в размере 100 000 рублей (л.д. 6-7).

Спорная реклама в апреле 2012 года, то есть после проверки антимонопольного органа, была демонтирована Обществом, о чем было сообщено в УФАС.

Не согласившись с вынесенным постановлением, ООО «ДК Полиграф» обратилось в Арбитражный суд Ярославской области с заявлением о признании его незаконным и отмене.

Суд первой инстанции пришел к выводу о том, что спорная реклама не может быть признана надлежащей, в связи с чем, установив в действиях Общества состав вмененного административного правонарушения и не усмотрев

признаков малозначительности и обстоятельств, исключающих привлечение заявителя к административной ответственности, поддержал позицию антимонопольного органа и отказал в удовлетворении заявленных требований.

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

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.

Частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем и рекламораспространителем законодательства о рекламе предусмотрена ответственность для юридических лиц в виде штрафа в размере от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Согласно части 11 статьи 5 Закона о рекламе при производстве, размещении и распространении рекламы должны соблюдаться требования законодательства Российской Федерации, в том числе требования гражданского законодательства, законодательства о государственном языке Российской Федерации.

Пунктом 1 статьи 3 Закона о рекламе определено, что реклама – это 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.

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 статьи 3 Закона о рекламе).

Размещенная Обществом по адресу: г. Рыбинск, ул. Чкалова, д.80, на здании трансформаторной подстанции рекламная конструкция с информацией следующего содержания: «Я буду с тобой до утра. LABIRINT ночной клуб 26-14-14/Луговая, 17/vkontakte.ru/labirintclub» с изображением полуобнаженной девушки с надписью «цензура» в области груди отвечает всем признакам, указанным в пункте 1 статьи 3 Закона о рекламе, соответственно, является рекламой.

В силу пункта 4 статьи 3 Закона о рекламе не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации реклама является ненадлежащей.

Согласно пункту 5 статьи 3 Закона о рекламе под рекламодателем понимается изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект

рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

При рассмотрении дела антимонопольный орган и суд первой инстанции установили, что Общество является арендатором рекламной конструкции, определило содержание спорной рекламы и оплатило работы по изготовлению рекламного баннера, в связи с чем обоснованно признали заявителя рекламодателем.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных, в том числе частями 2 – 8 статьи 5 настоящего Федерального закона.

Частью 6 статьи 5 Закона о рекламе установлен запрет на использование в рекламе бранных слов, непристойных и оскорбительных образов, сравнений и выражений, в том числе в отношении пола, расы, национальности, профессии, социальной категории, возраста, языка человека и гражданина, официальных государственных символов (флагов, гербов, гимнов), религиозных символов, объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации, а также объектов культурного наследия, включенных в Список всемирного наследия.

Нарушение данной нормы вменено Обществу в качестве объективной стороны административного правонарушения, ответственность за совершение которого установлена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

В материалы дела представлены фотографии спорной рекламы. При оценке использованного в рекламе образа девушки должностным лицом УФАС учитывался ее внешний облик, в частности изображение девушки в купальнике, наличие в области груди таблички с надписью «цензура», поза девушки, а также двусмысленное содержание использованного совместно с данным изображением рекламного слогана «Я буду с тобой до утра». Судом в качестве ненадлежащего способа рекламирования в спорном рекламном изображении признана совокупность таких элементов зрительного воздействия на потребителя, как поза фотомодели и степень ее обнаженности; надпись «цензура», направленная на получение противоположного эффекта (эффекта привлечения внимания), размер рекламного баннера (3 x 5,3 м).

Кроме того, учтено месторасположение рекламной конструкции (в центре г. Рыбинска, где расположено большое количество социально-культурных и торговых объектов и действующая православная церковь) и доступность спорной рекламы неопределенному кругу лиц, то есть не только потенциальным посетителям ночного клуба, но и жителям города различных возрастов и социальных категорий.

Согласно Международному кодексу рекламной практики, принятому на 47-ой сессии Исполнительного совета Международной торговой палаты (с изменениями и дополнениями от 02.12.1986), определяющему основные принципы рекламы, вся реклама должна быть законной, пристойной, честной и достоверной. Всякая реклама должна разрабатываться с высокой степенью ответственности перед обществом.

Согласно статье 1 Кодекса реклама не должна содержать заявлений или изображений, нарушающих общепринятые нормы пристойности.

В соответствии с разделом «Интерпретация» реклама должна оцениваться по тому действию, которое она может оказать на потребителя, с учетом конкретного рекламодателя.

Как указано в Информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.12.1998 № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе», при оспаривании в суде факта распространения рекламы с нарушением требований Закона соответствующая реклама должна оцениваться по тому воздействию, которое она может оказать.

Закономерности и принципы восприятия, в том числе принцип близости, принцип фигуры и фона, и их отражение в спорном рекламном продукте позволяют сделать вывод о том, что в указанной рекламе с точки зрения восприятия потребителя непристойные образы имеются. Данное обстоятельство подтверждается и поступлением в антимонопольный орган жалобы конкретного потребителя.

С учетом изложенного размещение спорной рекламы с использованием образа полуобнаженной девушки и рекламного слогана «Я буду с тобой до утра» в центре города Рыбинска не может являться уместным и пристойным.

Вопреки доводам заявителя, ссылающегося на представленные им в дело доказательства, из фразы «Я буду с тобой до утра» с однозначностью и определенностью не следует вывод о графике работы ночного клуба. В совокупности с использованным образом полуобнаженной девушки такая фраза может двусмысленно восприниматься различными категориями населения. Кроме того, следует отметить, что у использованного в рекламе женского образа обнажены не только плечи. Купальник является специальной одеждой для купания и отдыха у воды и не может быть признан легкой одеждой, предназначенной для нахождения в общественном месте. Нахождение человека в подобном виде в общественных местах, не предназначенных для отдыха у воды, является неуместным и противоречит нормам приличия.

В этой связи суд первой инстанции обоснованно отметил, что оценка рекламы на предмет содержания непристойных и оскорбительных образов не требует наличия специальных профессиональных познаний, поскольку реклама воспринимается неопределенным кругом потребителей различных социальных и возрастных категорий. Более того, проверка в отношении данной рекламы проводилась ответчиком именно на основании поступившей жалобы от физического лица.

В отношениях, возникающих в связи с рекламой товаров, услуг следует исходить из того, что соответствующая реклама не должна противоречить нормам морали и нравственности, принятым в обществе. Соблюдение такого баланса обеспечивается существующим законодательным запретом на использование в любой рекламе непристойных образов. В рассматриваемом случае указанный запрет был нарушен заявителем, в связи с чем его действия обоснованно квалифицированы ответчиком в качестве объективной стороны административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

В соответствии со статьей 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

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.

Обстоятельств, свидетельствующих об отсутствии вины Общества во вмененном правонарушении, из материалов дела не усматривается.

При таких обстоятельствах апелляционный суд приходит к выводу о том, совершенное Обществом деяние содержит признаки административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена в части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Доказательств того, что Обществом были приняты все зависящие от него, необходимые и достаточные меры для соблюдения требований Закона о рекламе в материалах дела не имеется.

В рассматриваемом случае заявитель при соблюдении той степени добросовестности, которая требовалась от него в целях выполнения законодательно установленной обязанности, мог не допустить совершения административного правонарушения.

Аргументы заявителя о том, что судом при вынесении решения безосновательно не приняты во внимание такие доказательства как заключение эксперта, мнение печатного издания – газеты «Рыбинская неделя» и заключение рекламного холдинга «Мастер Графикс», отклоняются апелляционным судом с учетом следующего.

Согласно частям 1, 2 статьи 64 АПК РФ доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном настоящим Кодексом и другими федеральными законами порядке сведения о фактах, на основании которых арбитражный суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения лиц, участвующих в деле, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела.

В качестве доказательств допускаются письменные и вещественные доказательства, объяснения лиц, участвующих в деле, заключения экспертов, консультации специалистов, показания свидетелей, аудио- и видеозаписи, иные документы и материалы.

В соответствии с частью 1 статьи 65 АПК РФ каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений.

При этом в силу статьи 71 АПК РФ арбитражный суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств.

Каждое доказательство подлежит оценке арбитражным судом наряду с другими доказательствами.

Никакие доказательства не имеют для арбитражного суда заранее установленной силы.

В целях установления обстоятельств, имеющих значение для дела, суд осуществляет оценку доказательств в их совокупности, исходя из принципа взаимной связи содержащейся в них информации, отсутствия противоречий между ними.

Заключение эксперта в связи с приведенными положениям является одним из предусмотренных частью 2 статьи 64 АПК РФ доказательств, правовой статус заключения эксперта определен законом в качестве доказательства, которое не имеет заранее установленной силы, не носит обязательного характера и в силу части 3 статьи 86 АПК РФ подлежит оценке судом наравне с другими представленными доказательствами.

Судом первой инстанции дана правовая оценка представленному заявителем экспертному заключению, что отражено в обжалуемом решении. Суд апелляционной инстанции не усматривает оснований для опровержения выводов суда первой инстанции в данной части.

Мнение печатного издания – газеты «Рыбинская неделя» и рекламного холдинга «Мастер Графикс» также не являются бесспорными доказательствами отсутствия вменяемого нарушения, поскольку реклама воспринимается неопределенным кругом потребителей, направлена на привлечение внимания неопределенного круга лиц и доступна для всех без исключения категорий населения, в том числе возрастных групп.

Ссылки Общества на необходимость учитывать разъяснения Федеральной антимонопольной службы относительно квалификации нарушений по части 6 статьи 5 Закона о рекламе также являются несостоятельными, поскольку из содержания приведенного заявителем положения следует, что антимонопольные органы при квалификации нарушений Закона о рекламе вправе принимать во внимание экспертные исследования и оценки, но не обязаны это делать, при этом мнение экспертных организаций имеет значение при оценке рекламы, восприятие которой может быть различным для разных групп населения, однако не является основополагающим для вывода о наличии или отсутствии состава правонарушения.

При таких обстоятельствах антимонопольный орган сделал правильный вывод о наличии в действиях Общества, являющегося рекламодателем спорной рекламы, признаков состава административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Наказание назначено Обществу в минимальном размере в пределах санкции названной статьи закона.

В соответствии с частью 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.

Таким образом, Арбитражный суд Ярославской области правомерно отказал в удовлетворении требований ООО «ДК Полиграф» о признании незаконным и отмене постановления Управления от 28.09.2012 о привлечении заявителя к административной ответственности на основании части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Судом апелляционной инстанции исследованы все доводы апелляционной жалобы, однако они не опровергают выводов суда, изложенных в обжалуемом решении.

Следовательно, решение Арбитражного суда Ярославской области от 12.02.2013 по делу № А82-12850/2012 следует оставить без изменения, а

апелляционную жалобу Общества – без удовлетворения.

Нарушений норм процессуального права, предусмотренных в части 4 статьи 270 АПК РФ и являющихся безусловными основаниями для отмены судебного акта, судом апелляционной инстанции не установлено.

В соответствии со статьей 30.2 КоАП РФ и статьей 208 АПК РФ заявление об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности государственной пошлиной не облагается, в связи с чем на основании пункта 1 части 1 статьи 333.40 Налогового кодекса Российской Федерации уплаченная Обществом по платежному поручению от 07.02.2013 № 90 государственная пошлина в сумме 1 000 рублей подлежит возврату из федерального бюджета ее плательщику.

Руководствуясь статьями 258, 268, пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Второй арбитражный апелляционный суд

#### П О С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда Ярославской области от 12.02.2013 по делу №А82-12850/2012 оставить без изменения, а апелляционную жалобу общества с ограниченной ответственностью «ДК Полиграф» – без удовлетворения.

Возвратить обществу с ограниченной ответственностью «ДК Полиграф» (ИНН: 7610058759, ОГРН: 1037601605865) из федерального бюджета государственную пошлину в размере 1 000 (одной тысячи) рублей 00 копеек, уплаченную по платежному поручению от 07.02.2013 № 90.

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 случаях и в порядке, установленных Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации.

Председательствующий

Г.Г. Ившина

Судьи

Г.Г. Буторина

А.В. Караваева