



ТРЕТИЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

06 марта 2020 года

Дело № А69-2573/2019

г. Красноярск

Резолютивная часть постановления объявлена «04» марта 2020 года.
Полный текст постановления изготовлен «05» марта 2020 года.

Третий арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего Бабенко А.Н.,
судей: Шелега Д.И., Юдина Д.В.
при ведении протокола судебного заседания Маланчик Д.Г.
при участии:
от заявителя (Общества с ограниченной ответственностью «Инвест Гарант»):
Мелякин М.Ю., представителя по доверенности от 06.06.2019,
от антимонопольного органа (Управления Федеральной антимонопольной службы по
Республике Тыва): Сергань И.А., представителя по доверенности от 27.02.2020 № 11,
паспорт, диплом 102424 0579800,
рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу ООО «Инвест Гарант»
на решение Арбитражного суда Республики Тыва
от «20» декабря 2019 года по делу № А69-2573/2019

установил:

общество с ограниченной ответственностью "Инвест Гарант" (ОГРН 1057701060801, ИНН 7701353624) (далее – общество, ООО "Инвест Гарант", заявитель) обратилось в арбитражный суд с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Республике Тыва (далее – УФАС по РТ, антимонопольный орган), третье лицо, не заявляющее самостоятельных требований относительно предмета спора: Греб Александр Владимирович (далее - третье лицо, Греб А.В.), о признании недействительным решения по делу № 04-04-02/07-19 от 28.06.2019.

Решением Арбитражного суда Республики Тыва от 20.12.2019 в удовлетворении заявления отказано.

Не согласившись с принятым судебным актом, ООО «Инвест Гарант» обратилось с апелляционной жалобой, в которой просит оспариваемое решение отменить, принять по делу новый судебный акт, ссылаясь на то, что решение Тывинского УФАС России от 28.06.2019 года принято с нарушением положений нормативных правовых актов, регламентирующих рассмотрение дела о нарушении рекламного законодательства; общество не является рекламодателем; реклама была размещена Гребом А.В., который в тот момент являлся директором обособленного подразделения общества, в целях получения дохода; обособленное подразделение - пункт приема ставок, находившийся по адресу: г. Кызыл, ул. Московская, д. 4/1 прекратило свою деятельность 02.04.2019.

Антимонопольный орган в представленном в материалы дела отзыве отклонил доводы жалобы.

Определением Третьего арбитражного апелляционного суда от 05.02.2020 рассмотрение указанной апелляционной жалобы назначено на 04.03.2020.

От антимонопольного органа в материалы дела поступил отзыв, в котором доводы апелляционной жалобы отклонены.

В соответствии с Федеральным законом Российской Федерации от 23.06.2016 N 220-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части применения электронных документов в деятельности органов судебной власти" предусматривается возможность выполнения судебного акта в форме электронного документа, который подписывается судьей усиленной квалифицированной электронной подписью. Такой судебный акт направляется лицам, участвующим в деле, и другим заинтересованным лицам посредством его размещения на официальном сайте арбитражного суда в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" в режиме ограниченного доступа не позднее следующего дня после дня его вынесения, если иное не установлено Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации.

Текст определения о принятии к производству апелляционной жалобы от 05.02.2020, подписанного судьей усиленной квалифицированной электронной подписью, опубликован в Картотеке арбитражных дел (<http://kad.arbitr.ru/>) 05.02.2020.

В силу части 2 статьи 9 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации лица, участвующие в деле, несут риск наступления последствий совершения или не совершения ими процессуальных действий.

Апелляционная жалоба рассматривается в порядке, установленном главой 24 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

При повторном рассмотрении настоящего дела судом апелляционной инстанции установлены следующие обстоятельства.

Согласно выписке из Единого государственного реестра юридических лиц от 02.09.2019 Общество с ограниченной ответственностью "Инвест Гарант" зарегистрировано Межрайонной инспекцией Федеральной налоговой службы № 46 по г.Москве в качестве юридического лица за основным государственным регистрационным номером 1057701060801.

В соответствии с лицензией от 08.10.2010 № 18, выданной Федеральной налоговой службой, ООО "Инвест Гарант" осуществляет деятельность по организации и проведению азартных игр в букмекерских конторах и тотализаторах. Из приложения к лицензии № 18 от 18.10.2010 следует, что для приема интерактивных ставок и выплаты выигрышей обществом используется доменное имя – ZENIT.WIN. Пункты приема ставок букмекерской конторы перечислены в приложении к лицензии № 18, в том числе имеется в Республике Тыва, по адресу: г. Кызыл, ул. Московская, д. 4/1 (пункт 61 приложения к лицензии).

Как следует из материалов дела, антимонопольным органом проведен мониторинг рекламы, распространяемой в г.Кызыле, на предмет соответствия требованиям Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ "О рекламе" (далее - Закон о рекламе), в ходе которого выявлено распространение рекламы азартных игр, размещенной на фасаде здания по адресу: Республика Тыва, г. Кызыл, ул. Московская, д. 4/1, следующего содержания: "Букмекерская контора; ZENIT; ставки на все виды спорта; самые высокие коэффициенты; прямые трансляции" с изображением различных символов видов спорта, о чем составлен акт осмотра наружной рекламы от 24.06.2019.

На основании информации, размещенной на вывеске возле входной двери в здание по адресу: Республика Тыва, г.Кызыл, ул. Московская, д. 4/1, антимонопольным органом установлено, что организацией, осуществляющей букмекерскую деятельность в здании, является ООО "Инвест Гарант".

По выявленному факту антимонопольным органом определением от 09.04.2019 в отношении ООО "Инвест Гарант" возбуждено дело № 04-04-02/07-19 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Решением антимонопольного органа от 28.06.2019 № 04-04-02/07-19 вышеуказанная реклама признана ненадлежащей, нарушающей требования пункта 1 части 3 статьи 5

Закона о рекламе. В связи с добровольным устранением нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе принято решение предписание обществу не выдавать; передать материалы дела уполномоченному должностному лицу УФАС по РТ для возбуждения дела об административном правонарушении.

Заявитель, не согласившись с вынесенным решением УФАС по РТ от 28.06.2019 № 04-04-02/07-19, признав его незаконным и необоснованным, обратился в арбитражный суд с настоящим заявлением.

Исследовав представленные доказательства, заслушав и оценив доводы лиц, участвующих в деле, суд апелляционной инстанции пришел к следующим выводам.

В соответствии с частью 3 статьи 15 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, принимаемые судом решения, постановления, определения должны быть законными, обоснованными и мотивированными.

Согласно части 1 статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств.

В соответствии с пунктом 1 статьи 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений.

Из содержания статей 198, 200, 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации следует, что для признания оспариваемого ненормативного правового акта недействительным суд должен установить наличие одновременно двух условий:

- оспариваемый ненормативный правовой акт не соответствует закону или иному нормативному правовому акту,
- оспариваемый ненормативный правовой акт нарушает права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту, законности принятия оспариваемого решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), наличия у органа или лица надлежащих полномочий на принятие оспариваемого акта, решения, совершение оспариваемых действий (бездействия), а также обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого акта, решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), возлагается на орган или лицо, которые приняли акт, решение или совершили действия (бездействие).

При этом, исходя из правил распределения бремени доказывания, установленных статьями 65, 198, 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, обязанность доказывания факта нарушения своих прав и законных интересов возлагается на заявителя.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции исходил из того, что оспариваемое решение соответствует положениям действующего законодательства, нарушает права и законные интересы заявителя.

Проверив законность и обоснованность решения суда первой инстанции в порядке статей 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд апелляционной инстанции не находит основания для его изменения или отмены, исходя из следующего.

Руководствуясь положениями части 1 статьи 33, частей 2, 9 статьи 36 Закона о рекламе, положениями Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 N508, Административного регламента Федеральной антимонопольной службы

по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного приказом ФАС России от 23.11.2012 N 711/12, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что оспариваемое решение вынесено антимонопольным органом в пределах его компетенции.

Процедура рассмотрения дела о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе проверена судом первой инстанции, признана соблюденной.

В апелляционной жалобе общество ссылается на то, что решение Тывинского УФАС России от 28.06.2019 года принято с нарушением положений нормативных правовых актов, регламентирующих рассмотрение дела о нарушении рекламного законодательства.

Указанный доводы проверен и отклонен судом апелляционной инстанции по следующим основаниям.

В соответствии с пунктами 1 и 4 Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 № 331, Федеральная антимонопольная служба является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции, в том числе, по контролю за соблюдением законодательства о рекламе.

Федеральная антимонопольная служба осуществляет свою деятельность непосредственно и через свои территориальные органы во взаимодействии с другими федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, общественными объединениями и иными организациями.

Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Тыва является территориальным органом Федеральной антимонопольной службы.

Рассмотрение антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, осуществляется в порядке, установленном Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, которым утверждены Правила рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее - Правила).

Конкретные обстоятельства, связанные с распространением рекламы, а также круг лиц, подлежащих привлечению к ответственности, выясняются непосредственно при рассмотрении антимонопольным органом дела, возбужденного по факту нарушения законодательства о рекламе.

Антимонопольный орган обязан принимать все предусмотренные законодательством Российской Федерации и указанными выше правилами меры для всестороннего, полного и объективного выяснения всех обстоятельств, дела.

Ссылка заявителя на пункты 3, 4 Правил о том, что антимонопольный орган не предпринял достаточных мер для извещения Греб А.В., и привлечения его к делу в качестве заинтересованного лица, не исполнил обязанность, возложенную пунктом 28 Правил является необоснованной и несоответствующей материалам дела № 04-04-02/07-19, поскольку в них имеются пояснения Общества о том, что гр. Греб А.В. проживает по адресу: Республика Тыва, г. Кызыл, ул. Ангарский бульвар, д. 27/3, кв. 29.

В этой связи, определением от 07.05.2019 года (исх. № 4-1961) гр. Греб А.В. был привлечен к участию в рассмотрении дела № 04-04-02/07-19 в качестве лица, располагающего сведениями о рассматриваемых Комиссией обстоятельствах, а также указанным определением у гр. Греб А.В. были запрошены документы и сведения по факту возбужденного дела.

Вместе с тем, определение от 07.05.2019 года, направленное гр. Гребу А.В. посредством почтовой связи, возвращено в адрес Тывинского УФАС России по причине: отсутствие адресата по указанному адресу.

Кроме того, Тывинским УФАС России при рассмотрении дела № 04-04-02/07-19, возбужденного по признакам нарушения требований Закона о рекламе, для установления места нахождения гр. Греб А.В. направлялся запрос в отделение адресно-справочной работы ОВМ МВД по Республике Тыва, в ответ на который, была предоставлена адресная справка о том, что по сведениям отделения адресно-справочной работы ОВМ МВД по Республике Тыва гр. Греб А.В. зарегистрированным на подведомственной территории не значится (вх. № 1786 от 07.05.2019 года).

Таким образом, антимонопольный орган предпринял достаточные и необходимые меры для истребования от гр. Греб А.В. пояснений по существу настоящего разбирательства.

В статье 3 Закона о рекламе даны определения понятиям, согласно которым 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 (п.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 (п.2); ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации (п. 4).

Частью 1 статьи 5 Закона о рекламе установлены общие требования к рекламе - реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Частью 3 статьи 5 Закона о рекламе определены обстоятельства, при которых реклама признается недостоверной, к которым отнесены случаи, когда реклама содержит не соответствующие действительности сведения о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами (пункт 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе).

В соответствии с пунктом 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе недостоверной признается реклама, которая содержит не соответствующие действительности сведения о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами.

Антимонопольным органом решением от 28.06.2019 по делу N 04-04-02/07-19 реклама следующего содержания: "Букмекерская контора; ZENIT; ставки на все виды спорта; самые высокие коэффициенты; прямые трансляции", распространявшаяся на фасаде здания по адресу: Республика Тыва, г. Кызыл, ул. Московская, д. 4/1, признана ненадлежащей, нарушающей требования пункта 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе.

В пункте 29 Постановления Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе" разъяснено, что информация, содержащаяся в рекламе, должна отвечать критериям достоверности, в том числе в целях формирования у потребителя верного, истинного представления о товаре (услуге), его качестве, потребительских свойствах.

В связи с этим использование в рекламе сравнительной характеристики объекта рекламирования с иными товарами, например путем употребления слов "лучший", "первый", "номер один", должно производиться с указанием конкретного критерия, по которому осуществляется сравнение и который имеет объективное подтверждение.

Поэтому реклама, не сопровождаемая таким подтверждением, должна считаться недостоверной как содержащая не соответствующие действительности сведения о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами,

изготовленными другими производителями или реализуемыми другими продавцами (пункт 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе).

Правовые основы государственного регулирования деятельности по организации и проведению азартных игр на территории Российской Федерации регламентирует Федеральный закон от 29.12.2006 № 244-ФЗ "О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации" (далее - Федеральный закон № 244-ФЗ).

Согласно частям 1 и 2 статьи 5 Федерального закона № 244-ФЗ деятельность по организации и проведению азартных игр может осуществляться исключительно организаторами азартных игр при соблюдении требований, предусмотренных настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами, законами субъектов Российской Федерации и иными нормативными правовыми актами и исключительно в игорных заведениях, соответствующих установленным требованиям.

В соответствии со статьей 4 Федерального закона № 244-ФЗ азартная игра - это основанное на риске соглашение о выигрыше, заключенное двумя или несколькими участниками такого соглашения между собой либо с организатором азартной игры по правилам, установленным организатором азартной игры (п. 1); пари - азартная игра, при которой исход основанного на риске соглашения о выигрыше, заключаемого двумя или несколькими участниками пари между собой либо с организатором данного вида азартной игры, зависит от события, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет (п. 2); ставка - денежные средства, передаваемые участником азартной игры организатору азартной игры (за исключением денежных средств, признаваемых в соответствии с настоящим Федеральным законом интерактивной ставкой) и служащие условием участия в азартной игре в соответствии с правилами, установленными организатором азартной игры (п. 3); выигрыш - это денежные средства или иное имущество, в том числе имущественные права, подлежащие выплате или передаче участнику азартной игры при наступлении результата азартной игры, предусмотренного правилами, установленными организатором азартной игры (п. 4); игорное заведение - здание, строение, сооружение (единая обособленная часть здания, строения, сооружения), в которых осуществляется исключительно деятельность по организации и проведению азартных игр и оказанию сопутствующих азартным играм услуг (в том числе филиал или иное место осуществления деятельности по организации и проведению азартных игр и оказанию сопутствующих азартным играм услуг) (п. 11); букмекерская контора - игорное заведение, в котором организатор азартных игр заключает пари с участниками данного вида азартных игр (п. 14).

В силу части 3.3 статьи 15 Федерального закона № 244-ФЗ организатор азартных игр в букмекерской конторе вправе самостоятельно определять событие, от которого зависит исход пари, за исключением случаев, установленных федеральными законами.

Реклама основанных на риске игр, пари регулируется статьей 27 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 2 статьи 27 Закона о рекламе реклама основанных на риске игр, пари допускается только в зданиях, строениях, сооружениях, в которых проводятся такие игры, пари, за исключением объектов транспортной инфраструктуры (вокзалов, аэропортов, станций метрополитена и других подобных объектов).

В пункте 1.13 Правил азартных игр, приема ставок, интерактивных ставок и выплаты выигрышей букмекерской конторы ООО "Инвест Гарант", утвержденных генеральным директором общества Шабаршиным Л.Р., в редакции от 25.03.2019, коэффициент выигрыша – предлагаемые Букмекерской конторой котировки различных исходов событий. Событие – любое спортивное соревнование (матч, турнир, забег, гонка и т.д.) или любое событие с заранее неизвестным результатом, на исходы которого заключаются пари.

Согласно толковому словарю Ожегова слово "самый" в четвертом значении при прилагательном образует его превосходную степень, а при существительном указывает на крайнюю степень количества или качества.

Следовательно, слова "самые высокие коэффициенты" в названной рекламе образуют высшую степень количества коэффициентов, в соответствии с которыми определяется размер возможного выигрыша от исходов событий.

Названная реклама размещена на фасаде здания, находящегося по адресу: Республика Тыва, ул. Московская, д. 4/1,

В материалы дела представлен договор субаренды нежилых помещений от 01.01.2019 № СА-1304 между индивидуальным предпринимателем Греб Александром Владимировичем (Арендатор) и Обществом с ограниченной ответственностью "Инвест Гарант" (Субарендатор), по условиям которого Арендатор предоставляет Субарендатору во временное пользование обособленную часть нежилого помещения № 3, нежилое помещение № 2, общей площадью 40,0 кв.м., далее – Помещения на 1 этаже нежилого здания Кафе-Бара, расположенного по адресу: Республика Тыва, г. Кызыл, ул. Московская д. 4/1.

Таким образом, с учетом установленного непосредственного содержания спорной рекламы и размещения данной рекламы на фасаде здания, расположенного по адресу: Республика Тыва, г. Кызыл, ул. Московская д. 4/1, где осуществляет деятельность пункт приема ставок букмекерской конторы общества, суд приходит к выводу, что спорная реклама предполагает ее адресность и направленность, в первую очередь, на потребителей рекламы - посетителей пункта приема ставок привлекательной информацией и сообщает потенциальным клиентам о самых высоких коэффициентах выигрышей на спортивные события.

Следовательно, рассматриваемая реклама направлена на формирование у потребителей желания получить выигрыш с самыми высокими коэффициентами.

Доказательств наличия информации, которая подтвердила бы, что у общества более высокие коэффициенты по сравнению с конкурентами, в материалы дела не представлено, судом не установлено.

Данный факт обществом не опровергнут.

Оспаривая решение УФАС по РТ, заявитель, в том числе, согласно доводам жалобы ссылается на то, что общество не является рекламодателем; реклама была размещена Гребом А.В., который в тот момент являлся директором обособленного подразделения общества, в целях получения дохода.

Суд первой инстанции, давая оценку указанному доводу, обосновано исходил из того, что действительно, в пункте 2.2.8 Должностной инструкции директора обособленного подразделения указано, что директору обособленного подразделения запрещается устанавливать и размещать любую рекламу без согласования с руководством и получения иных необходимых согласований.

Как следует из материалов дела, приказом ООО "Инвест Гарант" от 26.11.2012 №УЛ00000300 Греб Александр Владимирович принят на работу в качестве директора обособленного подразделения общества, расположенного по адресу: Республика Тыва, г.Кызыл, ул. Московская, д. 4/1.

Для размещения спорной рекламы на фасаде здания 04.02.2019 между ООО Рекламное агентство "Корона" (Исполнитель) и Гребом Александром Владимировичем (Заказчик) заключен договор № 1638, по условиям которого Исполнитель предоставляет Заказчику следующие услуги и (или) продукцию: Печать на баннерной ткани, люверсы (Приложение № 1, приложение № 2), а Заказчик оплачивает стоимость заказа.

По смыслу пункта 5 статьи 3 Закона о рекламе следует, что рекламодателем может быть как лицо, заинтересованное в реализации объекта рекламирования (изготовитель товара, продавец товара, лицо, оказывающее услуги), так и иное лицо, если указанное лицо совершило действия по выбору объекта рекламирования (под которым понимается

товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие, на привлечение внимания к которым направлена реклама) и содержания рекламной информации. При этом отнесение того или иного лица к рекламодателю осуществляется исходя из объекта рекламирования, к которому формируется интерес в рекламе, условий договора о распространении рекламы, а также иных обстоятельств распространения рекламы.

То есть, ключевым критерием для признания какого-либо лица рекламодателем является факт того, что указанное лицо определило объект рекламирования и (или) содержание рекламы, а не формальное указание в гражданско-правовом договоре какого-либо лица в качестве рекламодателя.

Отнесение того или иного лица к рекламодателю осуществляется в каждом конкретном случае, исходя из объекта рекламирования, к которому формируется интерес в рекламе, условий договора о распространении либо производстве (изготовлении) рекламы и иных документов, а также всех обстоятельств распространения рекламы.

Применительно к спорной рекламе, то в ней указано лицо (Букмекерская контора ZENIT), которое заинтересовано в реализации объекта рекламирования.

Названная реклама размещена на фасаде здания, находящегося по адресу: Республика Тыва, ул. Московская, д. 4/1, где осуществляет деятельность пункт приема ставок букмекерской конторы общества, указанный в приложении к лицензии № 18 от 08.10.2010 (пункт б1 приложения к лицензии).

На вывеске возле входной двери в здание по адресу: Республика Тыва, г.Кызыл, ул.Московская, д. 4/1, указано, что организацией, осуществляющей букмекерскую деятельность в здании, является ООО "Инвест Гарант".

Договор с ООО Рекламное агентство "Корона" (Исполнитель) от 04.02.2019 № 1638 был заключен Гребом Александром Владимировичем в период, когда он был директором обособленного подразделения общества (трудовой договор с Гребом А.В. расторгнут приказом ООО "Инвест Гарант" от 01.04.2019 № УЛ 00000110).

При таких обстоятельствах, суд апелляционной инстанции соглашается с выводом суда первой инстанции о том, что Греб А.В. действовал от имени и в интересах обособленного подразделения.

Довод заявителя жалобы о том, что директор обособленного подразделения ООО «Инвест Гарант» Греб А.В. действовал по своему усмотрению, без поручения Общества и в рассматриваемой ситуации его представителем не являлся, отклоняется как основанный на неверном толковании норм права и, следовательно, не свидетельствующий об отсутствии вины общества в совершении административного правонарушения, поскольку юридическое лицо несет ответственность за действия (бездействия) своих работников.

Актом осмотра наружной рекламы от 04.04.2019 года было установлено, что данная реклама была размещена не в интересах данного физического лица, а в интересах Общества - букмекерской конторы «Зенит», в котором оказываются соответствующие услуги. Факт заключения договора с рекламным агентством «Корона» лишь является подтверждением того, что Греб А.В., как сотрудник Общества, заказал печать с рекламой, где объектом выступают услуги, предоставляемые ООО «Инвест Гарант», в целях привлечения внимания.

Общество представило копии приказа о приеме на работу гр. Греб А.В., должностной инструкции гр. Греб А.В., из которых следует, что гр. Греб А.В. является директором обособленного подразделения ООО «Инвест Гарант» и относится к администрации Общества (пункт 1.1 должностной инструкции), действует по доверенности в интересах Общества, отстаивая их во всех учреждениях и организациях, в которых Директор ОП уполномочен представлять интересы в соответствии с выданной доверенностью (пункт 2.1.22 должностной инструкции). Таким образом, Греб А.В. действовал в интересах Общества.

В процессе своей деятельности юридическое лицо обязано проявлять ту степень заботливости и осмотрительности, которая требуется для соблюдения действующего законодательства. Предприятие должно осуществлять надлежащий контроль за действиями своих работников. Следовательно, именно ООО «Инвест Гарант» несет ответственность за действия своего сотрудника.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Согласно части 1 статьи 36 Закона о рекламе, антимонопольный орган в пределах своих полномочий возбуждает и рассматривает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, принимает по результатам рассмотрения таких дел решения и выдает предписания, предусмотренные настоящим Федеральным законом.

Наличие вины в действиях ООО «Инвест Гарант» рассматривается в рамках административного производства.

Таким образом, Тывинское УФАС России правомерно пришло к выводу, что ООО «Инвест Гарант» является надлежащим субъектом по делу № 04-04-02/07-19 о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе.

Проведение работником азартных игр в букмекерской конторе, принадлежащем юридическому лицу, не свидетельствует об отсутствии вины общества, а, напротив, подтверждает ее, поскольку работодатель несет ответственность за вред, причиненный его работником (ст. 1068 ГК РФ), а в случае совершения правонарушения, вина выражается в ненадлежащем контроле за действиями работника.

По смыслу Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 14.12.2000 N 244-О вина юридического лица проявляется в виновном действии (бездействии) соответствующих лиц, действующих от его имени и допустивших нарушение действующего законодательства. Возложение ответственности на юридическое лицо не может служить препятствием последнему в установленном законодательством порядке требовать возмещения ущерба, нанесенного ему по вине его работника.

Общество не представило и в материалах дела отсутствуют доказательства, свидетельствующие о том, что им приняты все зависящие от него меры по контролю за соблюдением его должностным лицом законодательства о рекламе.

При установленных выше обстоятельствах, обоснован вывод суд первой инстанции о том, что ООО "Инвест Гарант" правомерно признано антимонопольным органом рекламодателем спорной рекламы.

В связи с изложенным, довод общества о том, что работник действовал в своих интересах, был обосновано признан судом первой инстанции несостоятельным, поскольку допущенные работником общества противоправные действия не освобождают само общество от ответственности, так как деятельность по организации и проведению азартных игр в букмекерской конторе по адресу в соответствии с лицензией от 08.10.2010 № 18 обособленного подразделения общества, проводятся от его имени.

В соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламоателям, рекламопроизводителям, рекламодателям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 N 508, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное

правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольным органом в целях установления дальнейшего распространения рассматриваемой рекламы 24.06.2019 был осуществлен повторный мониторинг букмекерской конторы "Зенит" и было выявлено, что баннеры с рассматриваемой рекламой изменены, слова "самые высокие коэффициенты" удалены из текста.

Доводы общества о том, что обособленное подразделение - пункт приема ставок, находившийся по адресу: г. Кызыл, ул. Московская, д. 4/1 прекратило свою деятельность 02.04.2019 года, не отменяет того факта, что ООО «Инвест Гарант» осуществляло предпринимательскую деятельность в период распространения недостоверной, соответственно ненадлежащей рекламы.

В связи с изложенным, учитывая добровольное устранение нарушения законодательства о рекламе, антимонопольным органом правомерно принято решение предписание обществу не выдавать.

Поскольку решение УФАС по РТ от 28.06.2019 № 04-04-02/07-19 является законным и обоснованным, и не нарушающим права и законные интересы общества, у суда первой инстанции обосновано отсутствовали правовые основания для удовлетворения заявленных требований.

При изложенных обстоятельствах, решение суда первой инстанции является законным и обоснованным и не подлежит отмене ввиду отсутствия оснований, предусмотренных статьей 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

В соответствии со статьей 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, статьей 333.21 Налогового кодекса Российской Федерации расходы по оплате государственной пошлины за рассмотрение апелляционной жалобы относятся на заявителя жалобы.

Руководствуясь статьями 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Третий арбитражный апелляционный суд

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда Республики Тыва от «20» декабря 2019 года по делу № А69-2573/2019 оставить без изменения, апелляционную жалобу - без удовлетворения.

Настоящее постановление вступает в законную силу с момента его принятия и может быть обжаловано в течение двух месяцев в Арбитражный суд Восточно-Сибирского округа через арбитражный суд, принявший решение.

Председательствующий

А.Н. Бабенко

Судьи:

Д.И. Шелег

Д.В. Юдин