

**ДВАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

Староникитская ул., 1, г. Тула, 300041, тел.: (4872)70-24-24, факс (4872)36-20-09
e-mail: info@20aas.arbitr.ru, сайт: <http://20aas.arbitr.ru>

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Тула

Дело № А68-1317/2016

Резолютивная часть постановления объявлена 04.04.2017

Постановление изготовлено в полном объеме 11.04.2017

Двадцатый арбитражный апелляционный суд в составе председательствующего Стахановой В.Н., судей Мордасова Е.В. и Рыжовой Е.В. при ведении протокола судебного заседания секретарем Федосеевой Ю.А., при участии от заявителя – общества с ограниченной ответственностью «Панорама» (Московская область, Мергиево - Посадский район, г. Сергиев, ОГРН 5107746077270, ИНН 7724774040) - Калинина Д.Ю. (доверенность от 09.02.2017), от заинтересованного лица – управления Федеральной антимонопольной службы по Тульской области (Тула, ОГРН 1027100748950, ИНН 7107026090) - Изотовой И.В. (доверенность от 30.03.2017), Богдановой С.А. (доверенность от 30.03.2017), рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу Управления Федеральной антимонопольной службы по Тульской области на решение Арбитражного суда Тульской области от 09.02.2017 по делу № А68-1317/2016 (судья Елисеева Л.В.), установил следующее.

Общество с ограниченной ответственностью «Панорама» (далее – ООО «Панорама», заявитель) обратилось в суд с заявлением о признании незаконным и отмене постановления Управления Федеральной антимонопольной службы по Тульской области (далее – УФАС по Тульской области, управление, заинтересованное лицо) от 11.12.2015 № АП 02-11/78-2015.

Решением Арбитражного суда Тульской области от 09.02.2017 заявленные требования общества удовлетворены.

Не согласившись с данным решением суда первой инстанции, управление обратилось в Двадцатый арбитражный апелляционный суд с жалобой, в которой просит его отменить, как незаконное и необоснованное, и принять по делу новый судебный акт.

В обоснование своей позиции указывает на то, что выводы суда не соответствуют фактическим обстоятельствам дела, а нормы Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» судом истолкованы неправильно.

Обращает внимание на то обстоятельство, что в спорной рекламе присутствовали два объекта рекламирования – спорт-бар и букмекерская контора, на фоне которых размещались схематические изображения человека, символизирующие разнообразные общепринятые виды спорта.

Общество отзыв на апелляционную жалобу не представило.

В порядке статьи 163 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в судебном заседании 28.03.2017 объявлен перерыв до 04.04.2017.

Законность и обоснованность обжалуемого судебного акта проверены судом апелляционной инстанции в порядке статей 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Изучив материалы дела, выслушав пояснения представителей сторон, исследовав и оценив имеющиеся в деле доказательства, обсудив доводы жалобы, суд апелляционной инстанции не находит оснований для изменения либо отмены обжалуемого судебного акта.

Как усматривается из материалов дела, 19.10.2015 должностными лицами УФАС по Тульской области в ходе осуществления государственного контроля за соблюдением Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) с применением фотосъемки был проведен осмотр территории по адресу: г. Тула, ул. Октябрьская, д. 48а.

В ходе осмотра установлено, что над входом в букмекерскую контору размещена наружная реклама следующего содержания «Спорт бар букмекерская контора» с использованием схематичных изображений человека, символизирующих разнообразные общепринятые обозначения видов спорта.

22.10.2015 управление направило запрос в ФНС России с целью предоставления информации о юридическом лице, осуществляющем деятельность по организации и проведению азартных игр в букмекерских конторах и тотализаторах по адресу: Тульская область, Зареченский район, г.Тула, ул.Октябрьская, д.48а.

07.12.2015 от ФНС России поступил ответ на запрос от 22.10.2015, в котором сообщалось, что адрес: Тульская область, Зареченский район, г.Тула, ул.Октябрьская, д.48а является адресом места осуществления лицензируемого вида деятельности ООО «Панорама», имеющего лицензию от 28.07.2011 №19 на осуществление деятельности по организации и проведению азартных игр в букмекерских конторах и тотализаторах (услуги по заключению с участниками азартных игр основанных на риске соглашений о выигрыше).

22.12.2015 должностными лицами УФАС по Тульской области повторно был проведен осмотр территории по адресу: г. Тула, ул. Октябрьская, д. 48а.

В ходе осмотра было установлено, что над входом в букмекерскую контору ООО «Панорама», расположенную по адресу: г.Тула, ул.Октябрьская, д.48а, размещена наружная реклама следующего содержания «Спорт бар букмекерская контора» с использованием схематичных изображений человека, символизирующих разнообразные общепринятые обозначения видов спорта.

Определением от 23.12.2015 в отношении ООО «Панорама» возбуждено дело об административном правонарушении по факту нарушения ООО «Панорама» требований п.8 ч.1 ст.27 Закона о рекламе.

Усмотрев в действиях ООО «Панорама» признаки состава административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, должностным лицом УФАС по Тульской области 20.01.2016 составлен протокол № АП 02-11/91- 2015 по делу об административном правонарушении.

Рассмотрев материалы дела об административном правонарушении, руководитель управления 03.02.2016 вынес постановление по делу № АП 02-11/91-2015 о назначении ООО «Панорама» административного наказания за совершение административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, в виде штрафа в размере 200 000 рублей.

Не согласившись с данным постановлением, общество обратилось в арбитражный суд с настоящим заявлением.

Удовлетворяя заявленные требования общества, суд первой инстанции обоснованно руководствовался следующим.

В соответствии с требованиями статей 207-209 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ) заинтересованное лицо, осуществляющее предпринимательскую и иную экономическую деятельность, вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением об оспаривании решений государственных органов, иных органов, должностных лиц о привлечении к административной ответственности.

В силу 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.

Процедура составления протокола об административном правонарушении и вынесения постановления по делу об административном правонарушении, в том числе требования, установленные ст.ст. 28.2, 29.10 КоАП РФ, административным органом соблюдены, права лица, привлекаемого к административной ответственности, установленные ст. 25.2 КоАП РФ, и иные права, предусмотренные КоАП РФ, обеспечены.

В соответствии с частью 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламодистрибьютерами законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Согласно части 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодистрибьютером законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 настоящей статьи, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа на юридических лиц в размере от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Согласно пункту 1 статьи 3 этого закона 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.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 названного закона реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Недобросовестной признается, в том числе реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте (пункт 3 части 2 статьи 5 Закона).

Рекламодатель – это изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо (пункт 5 статьи 3 Закона о рекламе).

Рекламораспространитель – это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Закона о рекламе).

Пунктом 8 части 1 статьи 27 Закона о рекламе предусмотрено, что реклама основанных на риске игр, пари не должна использовать образы людей и животных.

Согласно части 3 статьи 27 Закона о рекламе требование о запрете использования образов людей с животными применяется соответственно к рекламе организатора азартных игр, рекламе сопутствующих азартным играм услуг и рекламе игорного заведения, в том числе рекламе мест осуществления деятельности по оказанию сопутствующих азартным играм услуг. При этом данное требование не применяется к рекламе организатора азартных игр, рекламе сопутствующих азартным играм услуг, рекламе игорного заведения, в том числе рекламе мест осуществления деятельности по оказанию сопутствующих азартным играм услуг, и рекламе азартных игр, распространяемой исключительно среди лиц, находящихся в границах игорных зон, созданных в соответствии с указанным в пункте 3 части 2 настоящей статьи Федеральным законом.

Согласно пункту 14 статьи 4 Федерального закона 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) букмекерская контора – это игорное заведение, в котором организатор азартных игр заключает пари с участниками данного вида азартных игр.

В соответствии с положениями части 2 статьи 9 Федерального закона № 244-ФЗ Тульская область не входит в перечень субъектов Российской Федерации, на территориях которых создаются игорные зоны.

Управлением в ходе осуществления 22.12.2016 государственного контроля установлено, что по адресу: г.Тула, ул.Октябрьская, д.48а ООО «Панорама» размещена наружная реклама следующего содержания «Спорт бар букмекерская контора» с использованием схематичных изображений человека, символизирующих разнообразные общепринятые обозначения видов спорта.

Согласно требованиям ст. 26.1 КоАП РФ по делу об административном правонарушении выяснению подлежат: наличие события административного правонарушения; лицо, совершившее противоправные действия (бездействие), за которые настоящим Кодексом или законом субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность; виновность лица в совершении административного правонарушения; обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и

обстоятельства, отягчающие административную ответственность; характер и размер ущерба, причиненного административным правонарушением; обстоятельства, исключающие производство по делу об административном правонарушении; иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела, а также причины и условия совершения административного правонарушения.

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 настоящим Кодексом, 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 (ст. 26.2 КоАП РФ).

Согласно постановлению от 03.02.2016 о назначении административного наказания по делу № АП 02-11/91-2015 об административном правонарушении общество привлечено к ответственности за совершение административного правонарушения по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, выразившегося в размещении по адресу: г.Тула, ул.Октябрьская, д.48а наружной рекламы «Спорт бар букмекерская контора» с использованием схематичных изображений человека, символизирующих разнообразные общепринятые обозначения видов спорта, как рекламодаделец.

В силу ч. 6 ст. 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 и ч.5 ст. 27 Закона о рекламе несет рекламодаделец.

В силу пункта 5 статьи 3 Закона о рекламе рекламодаделец – это изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

Из анализа данной нормы следует, что содержание объекта рекламирования определяет рекламодаделец, его действия в первую очередь ведут к нарушению запретов в области рекламы, в частности, запрета, установленного пунктом 8 части 1 статьи 27 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 4 статьи 210 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации 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.

Как верно отметил суд, из буквального содержания оспариваемого постановления следует, что привлекая общество к административной ответственности по ч.1 ст.14.3 КоАП РФ, административный орган исходил из того, что ООО «Панорама» является рекламодателем.

В то же время суд первой инстанции верно отметил, что в рассматриваемом случае антимонопольный орган не установил фактические обстоятельства размещения ненадлежащей рекламы и не представил доказательства того, что общество, действуя в качестве рекламодателя, определило объект рекламирования и содержание рекламы.

Согласно материалам дела, показаниями свидетеля Антонова М.В., который пояснил, что арендует помещение по адресу: г.Тула, ул.Октябрьская, д.48а, часть которого сдает в субаренду ООО «Панорама», данный вывод подтверждается. Деятельность бара по данному адресу осуществляет ООО «Паб Мейкер», директором которого он является.

Вывеска по адресу: г.Тула, ул.Октябрьская, д.48а установлена данным обществом.

Как установлено судом, из представленных заявителем в материалы дела документов, а именно паспорта колористического решения фасадов зданий, строений, сооружений в г.Туле, акта от 11.01.2016 на выполнение работ-услуг, договора на установку и эксплуатацию рекламных конструкций от 01.07.2012г., платежного поручения № 63 от 28.08.2012 также следует, что спорная рекламная конструкция установлена ООО «Паб Мейкер», а не ООО «Панорама».

Доказательств обратного административным органом в материалы дела не представлено.

Таким образом, поскольку в рассматриваемой ситуации ООО «Панорама» не является изготовителем или продавцом рекламируемого товара и не определяло самостоятельно объект рекламирования либо содержание размещенной рекламы, это лицо не обладает признаками рекламодателя, установленными в пункте 5 статьи 3 Закона о рекламе.

Следовательно, вывод суда о том, что УФАС по Тульской области в данном случае неправильно определен субъект ответственности, а действия ООО «Панорама» незаконно признаны нарушающими пункт 8 части 1 статьи 27 Закона о рекламе, является правильным.

Довод управления о том, ООО «Панорама» является рекламораспространителем спорной рекламы, поскольку по адресу: г.Тула, ул.Октябрьская, д.48а осуществляет

деятельность по организации и проведению азартных игр в букмекерских конторах, обоснованно не принят судом, так как данный факт административным органом не исследовался и не нашел своего отражения в оспариваемом постановлении.

Вместе с тем в силу ч.6 ст.38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 27 Закона о рекламе, несет рекламоделец, а не рекламодатель.

Управлением не представлено доказательств того, что на момент проведения осмотра 22.12.2015 деятельность по адресу: г.Тула, ул.Октябрьская, д.48а осуществляло только ООО «Панорама» и спорная реклама относится только к деятельности ООО «Панорама» ни в суде первой инстанции, ни в суде апелляционной инстанции.

В качестве доказательств осуществления ООО «Панорама» деятельности по адресу: г.Тула, ул.Октябрьская, д.48а антимонопольный орган в оспариваемом постановлении ссылается на копию лицензии №19 от 28.07.2011г. (лицензия об изменениях в период с 17.11.2015 по настоящее время № 00573 с приложениями №№ 002358, 002359, 002360, 002361, 002362, 002363), согласно которой адрес г.Тула, ул.Октябрьская, д.48а входит в состав адресов осуществления деятельности по организации и проведению азартных игр в букмекерских конторах и тотализаторах ООО «Панорама» (115612, г.Москва, ул.Борисовские Пруды, д.24/2, ИНН 7724774040).

Между тем включение в лицензию №19 от 28.07.2011 указанного адреса в целях осуществления деятельности по организации и проведению азартных игр в букмекерских конторах и тотализаторах ООО «Панорама» не позволяет сделать однозначный вывод о том, что по адресу г.Тула, ул.Октябрьская, д.48а находится только ООО «Панорама», в связи с чем является рекламодателем рекламы «Спорт бар букмекерская контора».

Как верно отметил суд, установить данный факт из представленных фотографий, сделанных в ходе государственного контроля 22.12.2015, не представляется возможным, поскольку на фотографиях изображена только реклама «Спорт бар букмекерская контора» с использованием схематичных изображений человека, символизирующих разнообразные общепринятые обозначения видов спорта.

Фотографий с изображением таблички, содержащей реквизиты ООО «Панорама», 22.12.2015 антимонопольным органом сделано не было.

Как установлено судом, между ООО «Панорама» (Арендатор) и ООО «Паб Мейкер» (Арендодатель) заключен договор субаренды от 01.06.2015, в соответствии с которым ООО «Панорама» передано во временное пользование за плату в (субаренду)

обособленная часть нежилого помещения по адресу: Тульская область, г.Тула, Зареченский район, ул.Октябрьская, д.48а.

В свою очередь нежилое помещение на первом этаже общей площадью 186,6 кв.м. по адресу: Тульская область, г.Тула, Зареченский район, ул.Октябрьская, д.48а предоставлено Антонову М.В., директору ООО «Паб Мейкер», на основании договора аренды нежилого помещения от 04.06.2012 для использования под спорт-бар.

Следовательно, антимонопольный орган не подтвердил причастность общества к распространению спорной рекламы.

Доказательств того, что ООО «Панорама» осуществляет деятельность, в том числе и в спорт-баре административным органом не представлено.

Согласно статье 1.5 КоАП РФ лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина. Лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, считается невиновным, пока его вина не будет доказана в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом, и установлена вступившим в законную силу постановлением судьи, органа, должностного лица, рассмотревших дело. Лицо, привлекаемое к административной ответственности, не обязано доказывать свою невиновность, за исключением случаев, предусмотренных примечанием к настоящей статье. Неустранимые сомнения в виновности лица, привлекаемого к административной ответственности, толкуются в пользу этого лица.

В силу ч. 1 ст. 1.6 КоАП РФ лицо, привлекаемое к административной ответственности, не может быть подвергнуто административному наказанию и мерам обеспечения производства по делу об административном правонарушении иначе как на основаниях и в порядке, установленных законом.

Согласно статье 26.1 КоАП РФ к обстоятельствам, подлежащим выяснению по делу об административном правонарушении, относятся, в частности, наличие (отсутствие) события и состава административного правонарушения.

При проверке законности постановления административного органа о привлечении к административной ответственности в полномочия суда не входит установление признаков административных правонарушений, а проверяется правильность установления этих признаков административным органом. При этом суд не должен подменять административный орган в вопросе о наличии вины в действиях лица, привлекаемого к административной ответственности.

Оценив представленные в материалы дела доказательства, суд апелляционной инстанции соглашается с выводом суда первой инстанции, что административным

органом не доказана объективная сторона деяния и не зафиксировано событие правонарушения, предусмотренного частью ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, не представлено объективных, достаточных и безусловных доказательств наличия в действиях (бездействии) заявителя состава административного правонарушения.

Кроме того, оспариваемое постановление вынесено с нарушением статьи 29.10 КоАП РФ, поскольку в нем не отражены все имеющие значение для дела обстоятельства.

Согласно пункту 2 части 1 статьи 24.5 КоАП РФ отсутствие состава административного правонарушения исключает производство по делу об административном правонарушении.

Согласно части 2 статьи 211 АПК РФ в случае, если при рассмотрении заявления об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности арбитражный суд установит, что оспариваемое решение или порядок его принятия не соответствует закону, либо отсутствуют основания для привлечения к административной ответственности или применения конкретной меры ответственности, либо оспариваемое решение принято органом или должностным лицом с превышением их полномочий, суд принимает решение о признании незаконным и об отмене оспариваемого решения полностью или в части либо об изменении решения.

Принимая во внимание вышеизложенное, вывод о незаконности постановления управления от 03.02.2016 о привлечении ООО «Панорама» к административной ответственности по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, является обоснованным.

Ссылка подателя жалобы на то, что на спорной рекламной конструкции в правом нижнем углу изображен сокращенный товарный знак «юнионбет» (ub), используемый ООО «Панорама», следовательно, именно общество действовало в качестве рекламодателя и определяло объект рекламирования, не принимается во внимание судом апелляционной инстанции, поскольку не подтверждается материалами дела.

Иные обстоятельства, приведенные в апелляционной жалобе, были предметом исследования в суде первой инстанции и получили правильную правовую оценку. Основания для иных выводов у суда апелляционной инстанции отсутствуют.

Доводы жалобы не опровергают выводов, сделанных судом, и, по сути, свидетельствуют о несогласии антимонопольного органа с установленными по делу обстоятельствами и оценкой доказательств, что не может являться основанием для отмены обжалуемого судебного акта.

Неправильного применения судом норм процессуального права, являющихся в соответствии с частью 4 статьи 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской

Федерации безусловным основанием для отмены судебного акта, судом апелляционной инстанции не установлено.

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

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда Тульской области от 09.02.2017 по делу № А68-1317/2016 оставить без изменения, а апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу с момента его принятия.

Постановление может быть обжаловано в Арбитражный суд Центрального округа в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме. В соответствии с частью 1 статьи 275 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации кассационная жалоба подается через арбитражный суд первой инстанции.

Председательствующий

Судьи

В.Н. Стаханова

Е.В. Мордасов

Е.В. Рыжова