

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

г. Киров

20 января 2010 года

Дело № А29-10144/2009

Резолютивная часть постановления объявлена 20 января 2010 года.

Полный текст постановления изготовлен 20 января 2010 года.

Второй арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего Перминовой Г.Г.,

судей Буториной Г.Г., Лысовой Т.В.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Буйских Э.Н.,

при участии в судебном заседании:

представителей ответчика Бебякиной Л.М., действующей на основании доверенности от 11.01.2010, Габова А.В., действующего на основании доверенности от 11.01.2010,

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу Автономного учреждения Республики Коми "Комиинформ"

на решение Арбитражного суда Республики Коми от 04.12.2009 по делу № А29-10144/2009, принятое судом в составе судьи Полицинского В.Н.,

по заявлению Автономного учреждения Республики Коми "Комиинформ"

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми

о признании незаконным и отмене постановления о привлечении к административной ответственности,

установил:

Автономное учреждение Республики Коми "Комиинформ" (далее – Учреждение, АУ «Комиинформ», заявитель) обратилось в Арбитражный суд Республики Коми с заявлением о признании незаконным и отмене постановления Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми (далее – УФАС по Республике Коми, антимонопольный орган, ответчик) от 18.09.2009 по делу об административном правонарушении № 03-78/4552, которым АУ «Комиинформ» привлечено к административной ответственности за совершение административного правонарушения,

предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), и ему назначено административное наказание в виде штрафа в размере 40 000 рублей.

Решением Арбитражного суда Республики Коми от 04.12.2009 в удовлетворении заявленных требований отказано.

Не согласившись с решением суда первой инстанции, Учреждение обратилось во Второй арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит отменить оспариваемое решение, производство по делу об административном правонарушении прекратить.

По мнению заявителя жалобы, спорная реклама соответствует требованиям статьи 22 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), поскольку размер предупреждения составляет 10 % занимаемого объема (размера) Интернет – страницы (размер получаемой информации измеряется в байтах и мегабайтах). Программа Adobe Flash Player, необходимая для воспроизведения предупреждающей надписи на компьютере, не является специальной, ограниченной. Она устанавливается автоматически, без указанной программы фактически невозможно просматривать ни одну анимационную сценку либо ролик в сети Интернет. Поэтому практически у всех пользователей сети Интернет указанная программа установлена.

Кроме того, Учреждение считает совершенное правонарушение малозначительным.

Ответчик в отзыве на апелляционную жалобу опроверг доводы жалобы, просит отказать в ее удовлетворении.

АУ «Комиинформ» явку своих представителей в судебное заседание не обеспечило, о времени и месте судебного заседания извещено надлежащим образом.

В соответствии со статьей 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации дело рассматривается в отсутствие представителя Учреждения.

Представители антимонопольного органа в судебном заседании суда апелляционной инстанции возражали против удовлетворения требований жалобы. Указали, что программа Adobe Flash Player является лицензионной, ее необходимо приобретать, получить автоматически данную программу нельзя.

Законность решения Арбитражного суда Республики Коми проверена Вторым арбитражным апелляционным судом в порядке, установленном статьями 258, 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Как следует из материалов дела, 10.03.2009 в УФАС по Республике Коми поступило заявление Коми правозащитной комиссии «Мемориал» № 12-рек/п о факте распространения рекламы с нарушением требований Закона о рекламе (л.д.80).

В ходе осуществления государственного контроля за соблюдением законодательства о рекламе антимонопольным органом выявлен факт распространения АУ «Комиинформ» на принадлежащем ему сайте в сети Интернет рекламы открытого акционерного общества «Пивоваренный завод «Сыктывкарский» (далее – ОАО «Пивоваренный завод «Сыктывкарский») и производимого им пива без предупреждения, предусмотренного частью 3 статьи

22 Закона о рекламе. Реклама распространялась в период с 11.01.2008 по 01.09.2009.

По факту размещения указанной рекламной информации 14.05.2009 антимонопольным органом вынесено определение о возбуждении дела об административном правонарушении № 03-78/2246 по признакам нарушения Учреждением части 3 статьи 22 Закона о рекламе (л.д.128-130).

04.09.2009 антимонопольным органом в отношении АУ «Коминформ» составлен протокол об административном правонарушении № РШ 28-09/09 (л.д.46-48). Постановлением о наложении штрафа по делу об административном правонарушении от 18.09.2009 № 03-78/4552 Учреждение привлечено к административной ответственности, предусмотренной статьей 14.3 КоАП РФ, с назначением наказания в виде штрафа в размере 40 000 рублей (л.д.58-61).

Не согласившись с принятым постановлением, Учреждение оспорило его в Арбитражный суд Республики Коми.

Суд первой инстанции, отказывая в удовлетворении заявленных требований, исходил из наличия в действиях заявителя состава вменяемого правонарушения и отсутствия оснований для признания правонарушения малозначительным.

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

В соответствии со статьей 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на юридических лиц от сорока тысяч до пятисот тысяч рублей.

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 - это товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама (пункт 2 статьи 3 Закона о рекламе).

Ненадлежащей является реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации (пункт 4 статьи 3 Закона о рекламе).

Оспариваемым постановлением размещенная Учреждением реклама признана нарушающей требования части 3 статьи 22 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 3 статьи 22 Закона о рекламе реклама пива и напитков, изготавливаемых на его основе, в каждом случае должна сопровождаться предупреждением о вреде чрезмерного потребления пива и напитков, изготавливаемых на его основе. В рекламе, распространяемой в радиопрограммах, продолжительность такого предупреждения должна составлять не менее чем три секунды, в рекламе, распространяемой в телепрограммах и при кино- и видеообслуживании, не менее чем пять секунд и такому предупреждению должно быть отведено не менее чем семь процентов

площади кадра, а в рекламе, распространяемой другими способами, не менее чем десять процентов рекламной площади (пространства).

Согласно части 4 статьи 2 Закона о рекламе специальные требования и ограничения, установленные Законом о рекламе в отношении рекламы отдельных видов товаров, распространяются также на рекламу средств индивидуализации таких товаров, их изготовителей или продавцов.

Рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных частями 2-4 статьи 22 Закона о рекламе; рекламопроизводитель несет ответственность за нарушение данных требований Закона о рекламе в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине (части 7 и 8 статьи 38 Закона о рекламе).

В соответствии с пунктами 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламопроизводителем является лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространителем - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Антимонопольным органом установлено, материалами дела (договором от 11.01.2008 № 00027 (л.д.94-95)) подтверждается и заявителем не оспаривается, что АУ «Комиинформ» является рекламораспространителем и рекламопроизводителем спорной рекламы. Таким образом, заявитель является субъектом вменяемого нарушения.

Размещенная информация является рекламой и отвечает всем признакам, указанным в пункте 1 статьи 3 Закона о рекламе.

Факт распространения рекламы в период с 11.01.2008 по 01.09.2009 заявителем не оспаривается.

Как установлено судом первой инстанции и подтверждается материалами дела, реклама ОАО «Пивоваренный завод «Сыктывкарский» и производимого им пива является текстовой статьей. В соответствии с протоколом судебного заседания от 30.11.2009 (л.д.206-207) при размещении рекламы предупреждение о вреде чрезмерного употребления пива отсутствует, для воспроизведения предупреждения необходимо, чтобы на компьютере была установлена программа Adobe Flash Player.

Заявитель указывает, что спорная реклама состоит из 180 секундной анимационной сцены; при этом на протяжении 162 секунд предупреждение о вреде чрезмерного употребления пива на странице отсутствует, оно появляется в последующие 18 секунд, что, по мнению заявителя, и составляет требуемые 10% занимаемого объема (размера) Интернет страницы, поскольку в Интернете все измеряется размерами скаченной информации (в байтах и мегабайтах).

В то же время, доводы заявителя апелляционной жалобы о соблюдении требований части 3 статьи 22 Закона о рекламе (размер предупреждения составляет 10 % занимаемого объема (размера) Интернет - страницы, программа Adobe Flash Player устанавливается автоматически), не могут быть приняты судом апелляционной инстанции.

Факт отсутствия предупреждения в спорной рекламе в течение 162 секунд свидетельствует о том, что потребитель рекламы указанное время воспринимает ее без необходимого в силу закона предупреждения.

Принимая во внимание, что для ознакомления с самой рекламой необходимости установки дополнительного программного обеспечения не имелось, в то время, как предупреждение не было доступно всем пользователям сети Интернет в той же мере, как и распространявшаяся реклама, требуя установки дополнительного специального программного обеспечения, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о нарушении заявителем предусмотренного законом требования о сопровождении рекламы соответствующим предупреждением.

Ссылка заявителя, что программа Adobe Flash Player не является специальной или ограниченной программой и установлена практически у всех пользователей сети Интернет, отклоняется судом апелляционной инстанции, поскольку установка на компьютер данной дополнительной программы требуется именно для просмотра предупреждающей надписи, для просмотра самой рекламы установка программы не требуется.

Из материалов дела не следует, что программа Adobe Flash Player является общеобязательной для установки на компьютеры. Следовательно, отсутствие вышеуказанной дополнительной программы на компьютере потребителя лишает его права на получение надлежащей рекламы и возможности обозрения необходимой предупреждающей надписи.

Таким образом, при размещении спорной рекламы нарушены требования части 3 статьи 22 Закона о рекламе, соответственно реклама является ненадлежащей.

В силу части 2 статьи 2.1 КоАП РФ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых Кодексом предусмотрена административная ответственность, однако, данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Доказательств того, что Учреждением были приняты все зависящие от него, необходимые и достаточные меры для соблюдения требований Закона о рекламе при размещении рекламы ОАО «Пивоваренный завод «Сыктывкарский» и производимого им пива, в материалах дела не имеется.

В рассматриваемом случае Учреждение могло не допустить совершения административного правонарушения, непреодолимые и чрезвычайные обстоятельства отсутствовали.

При таких обстоятельствах, суд первой инстанции сделал правильный вывод о наличии в действиях Учреждения, являющегося рекламодателем и рекламопроизводителем спорной рекламы, признаков состава административного правонарушения, предусмотренного статьей 14.3 КоАП РФ.

Доводы заявителя о малозначительности правонарушения судом апелляционной инстанции отклоняются в силу следующего.

На основании статьи 2.9 КоАП РФ при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

Как разъяснил Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 18 Постановления Пленума от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях», при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

В силу пункта 18.1 вышеназванного Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях.

В соответствии с частью 1 статьи 71 АПК РФ арбитражный суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств.

Оценив характер и конкретные обстоятельства совершенного правонарушения, роль правонарушителя, суд апелляционной инстанции приходит к выводу о том, что рассматриваемое правонарушение несет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям, в связи с чем отсутствуют основания для признания его малозначительным.

В данном случае существенная угроза охраняемым общественным отношениям заключается не в наступлении каких-либо материальных последствий правонарушения, а в пренебрежительном отношении заявителя к исполнению своих публично-правовых обязанностей, предусмотренных формальными требованиями части 3 статьи 22 Закона о рекламе, что посягает на установленный порядок в области распространения рекламы.

Учреждением нарушены требования законодательства о рекламе, направленные на реализацию права потребителей на получение надлежащей рекламы, на защиту отношений в сфере охраны здоровья населения.

Пленум Верховного Суда Российской Федерации в пункте 21 Постановления от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении КоАП РФ» указал, что малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений.

Такие обстоятельства, как, например, личность и имущественное положение привлекаемого к ответственности лица, добровольное устранение последствий правонарушения, возмещение причиненного ущерба, не являются обстоятельствами, характеризующими малозначительность правонарушения. Они в силу частей 2 и 3 статьи 4.1 КоАП РФ учитываются при назначении административного наказания.

Доводы заявителя об устранении правонарушения в добровольном порядке, о совершении правонарушения впервые не влияют на возможность квалификации совершенного правонарушения как малозначительного. Данные обстоятельства учтены при назначении наказания.

Следовательно, обстоятельств, позволяющих признать данное правонарушение малозначительным, судом не установлено.

Административное наказание Учреждению назначено по правилам статьи 4.1 КоАП РФ с учетом характера и обстоятельств совершенного правонарушения, отсутствия отягчающих ответственность обстоятельств, наличия смягчающих обстоятельств (принятие мер к устранению допущенного нарушения), в пределах санкции статьи 14.3 КоАП РФ (в минимальном размере).

Нарушения процедуры привлечения к административной ответственности ответчиком не допущено.

Таким образом, оснований для признания незаконным и отмены оспариваемого постановления у суда первой инстанции не имелось.

Арбитражный суд апелляционной инстанции находит обжалуемое решение суда законным и обоснованным, вынесенным на основании объективного и полного исследования обстоятельств и материалов дела, и не усматривает правовых оснований для его отмены. Апелляционная жалоба Учреждения удовлетворению не подлежит. Судом апелляционной инстанции исследованы все доводы апелляционной жалобы, однако они не опровергают выводов суда, изложенных в обжалуемом решении.

Нарушений норм процессуального права, влекущих безусловную отмену судебного акта, судом апелляционной инстанции не установлено.

В соответствии с частью 4 статьи 208 АПК РФ, статьями 30.2, 30.9 КоАП РФ вопрос о взыскании государственной пошлины по апелляционной жалобе судом апелляционной инстанции не рассматривается.

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

#### ПО С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда Республики Коми от 04.12.2009 по делу №А29-10144/2009 оставить без изменения, а апелляционную жалобу Автономного учреждения Республики Коми "Комиинформ" – без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа в установленном порядке.

Председательствующий

Г.Г. Перминова

Судьи

Г.Г. Буторина

Т.В. Лысова