



Четвертый арбитражный апелляционный суд
улица Ленина, 100б, Чита, 672000, <http://4aas.arbitr.ru>

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Чита

Дело №А19-13719/2013

«28» апреля 2014 г.

Резолютивная часть постановления объявлена 21 апреля 2014 года
Полный текст постановления изготовлен 28 апреля 2014 года

Четвертый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего судьи Е.В. Желтоухова, судей В.А. Сидоренко, Е.О. Никифориюк,
при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Федосеевой
Е.Н., рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу общества с
ограниченной ответственностью «Ирк.ру» на решение Арбитражного суда Иркутской
области от 10 февраля 2014 года по делу №А19-13719/2013 по заявлению общества с
ограниченной ответственностью «Ирк.ру» (ОГРН 1023801011805, ИНН 3808082842, место
нахождения: 664044, г. Иркутск, ул. Кирпичная, 63) к Управлению Федеральной
антимонопольной службы по Иркутской области (ОГРН 1033801033155, ИНН
3811020966, место нахождения: 664025, г. Иркутск, ул. Российская, 17) о признании
незаконным и отмене постановления от 19.08.2013 № 257,

суд первой инстанции судья Чемезова Т.Ю.,

при участии в судебном заседании:

от заявителя: не было;

от заинтересованного лица: не было;

установил:

Заявитель, Общество с ограниченной ответственностью «Ирк.ру», обратился в
Арбитражный суд Иркутской области с заявлением о признании незаконным и отмене
постановления №257 от 19.08.2013 о назначении административного наказания по делу
№223 об административном правонарушении, вынесенного Управлением Федеральной
антимонопольной службы по Иркутской области.

Решением суда первой инстанции от 10 февраля 2014 заявителю частично отказано в удовлетворении требований.

Суд признал незаконным и изменил постановление №257 о назначении административного наказания, вынесенное 19.08.2013 заместителем руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Иркутской области Кулишом А.В., в части назначения обществу с ограниченной ответственностью «Ирк.ру» административного наказания в виде административного штрафа в размере 100 500 рублей.

Суд назначил обществу с ограниченной ответственностью «Ирк.ру» за совершение административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, административный штраф в размере 100 000 рублей.

Принимая указанное решение, суд первой инстанции исходил из следующего.

Суд первой инстанции пришел к выводу о наличии в действиях общества состава административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, и о соблюдении административным органом порядка привлечения Общества к административной ответственности.

Общество, не согласившись с выводами суда первой инстанции, заявило апелляционную жалобу, в которой просит решение отменить, требования удовлетворить.

Представитель общества в судебное заседание не явился, о месте и времени судебного заседания извещен надлежащим образом, о чем свидетельствует уведомление № 67200272951436.

Из апелляционной жалобы следует, что суд первой инстанции не дал оценки доводам общества о том, что в соответствии с п. 62 ч. 2 ст. 28.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, лица антимонопольного органа вправе составлять протоколы об административном правонарушении предусмотренных ч. 1, 2.7 ст. 15.5, 19.6, 19.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, данный перечень является исчерпывающим, и ст.14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в него не входит.

Суд не принял во внимание, что указанная информация была размещена в разделе «Афиша» неизвестными лицами на безвозмездной основе.

Суд не установил смысл продвижения обществом объекта рекламирования, основного элемента состава правонарушения.

Суд дал субъективную оценку выражению «Sex&Drugs&Rock'n'Roll», из всего обилия смысловой интерпретации данного выражения.

Суд не дал оценки доводам заявителя о том, что административный орган не определил место совершения правонарушения.

Представитель антимонопольного органа в судебное заседание не явился, о месте и времени судебного заседания извещен надлежащим образом, о чем свидетельствует уведомление № 67200272951429.

Представленным отзывом на апелляционную жалобу антимонопольный орган просит оставить решение суда без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Информация о принятии апелляционной жалобы к производству, о времени и месте судебного заседания размещена судом апелляционной инстанции на официальном сайте арбитражного суда в сети Интернет 01.04.2014.

Согласно пункту 2 статьи 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации неявка лиц, участвующих в деле, надлежащим образом извещенных о месте и времени судебного заседания, не является препятствием для рассмотрения дела по существу.

О месте и времени судебного заседания стороны извещены надлежащим образом в порядке частей 1, 6 статьи 121, статей 122, 123 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Четвертый арбитражный апелляционный суд, рассмотрев дело в порядке главы 34 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, проверив обоснованность доводов, изложенных в апелляционной жалобе и возражениях на нее, изучив материалы дела, проверив правильность применения судом первой инстанции норм материального и процессуального права, пришел к следующим выводам.

Суд апелляционной инстанции считает, что суд первой инстанции правильно установил фактические обстоятельства дела и дал им надлежащую правовую квалификацию, в связи с чем, у суда нет оснований к удовлетворению апелляционной жалобы. Выводы суда первой инстанции являются верными и соответствуют обстоятельствам дела.

Доводы, изложенные в апелляционной жалобе, подлежат отклонению, поскольку заявлялись в суде первой инстанции, где им дана полная и надлежащая оценка.

Оспариваемым постановлением №257 от 19.08.2013, общество признано виновным в совершении правонарушения предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и ему назначено наказание в размере 100 500 руб.

Диспозиция ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусматривает ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 5 настоящей статьи, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса.

Как следует из материалов дела и правильно установил суд первой инстанции, обществу вменяется, следующее.

21.01.2013г. Иркутским УФАС России на сайте www.irk.ru в разделе «Афиша» во вкладке «Пт.25.01» по адресу <http://www.irk.ru/afisha/20130125/19295/> выявлена реклама в виде баннера, содержащего изображение стоящей спиной женщины в коротких шортах, со следующей текстовой информацией: «25 января до рассвета LIVERPOOL rock sensation COVER группа BURRN Sex&Drugs&Rock'n' Roll NON STOP Он затмил всех. Самый дерзкий, самый Rock'n' Rollный, самый легендарный PUB. Мне 10 лет!». Под баннером имеется следующий текст: «25 января 2013 года исполняется 10 лет легендарному

иркутскому пабу «Ливерпуль». На празднование приглашаются все, начало в 23:00. Для вас этой ночью будет играть квартет-группа Burtn. Также в программе дискотека от DJ Neo и развлечения от MC Харес. Справки по телефону: (3952) 20-30-21.»

Решением Иркутского УФАС России от 03.06.2013 № 428 упомянутая реклама признана ненадлежащей в связи с нарушением требований части 6 статьи 5 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», поскольку в ней содержится непристойное и оскорбительное выражение.

В соответствии с частью 6 статьи 5 Закона о рекламе в рекламе не допускается использование 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.

Как правильно установил суд первой инстанции, указанная информация, размещенная на сайте www.irk.ru в разделе «Афиша» во вкладке «Пт. 25.01» по адресу <http://www.irk.ru/afisha/20130125/19295/> принадлежащем и обслуживаемом заявителем, в соответствии п. 1 ст. 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» обладает признаками и признается рекламой.

Из текста данной информации следует, что она рекламирует объект «25 января до рассвета LIVERPOOL rock sensation COVER группа BURRN Sex&Drugs&Rock'n' Roll NON STOP Он затмил всех. Самый дерзкий, самый Rock'n' Rollный, самый легендарный PUB. Мне 10 лет!». Под баннером имеется следующий текст: «25 января 2013 года исполняется 10 лет легендарному Иркутскому пабу «Ливерпуль». На празднование приглашаются все, начало в 23:00. Для вас этой ночью будет играть квартет-группа Burtn. Также в программе дискотека от DJ Neo и развлечения от MC Харес», адресована неопределенному кругу лиц, и направлена на формирование и поддержание интереса к указанному объекту рекламирования, и его продвижение.

Таким образом, суд первой инстанции обоснованно пришел к выводу, что указанная информация является рекламой.

Согласно пунктам 5, 7, 8 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», рекламодатель, это изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств; потребители рекламы - лица, на привлечение внимания которых к объекту рекламирования направлена реклама.

Суд апелляционной инстанции, оценив материалы дела, соглашается с выводами суда первой инстанции о том, что в данном случае признается рекламодателем, исходит из следующего.

Как следует из материалов дела и не оспаривается сторонами, в ходе административного расследования Иркутским УФАС было установлено, что администратором домена irk.ru является ООО «Деловая Сеть-Иркутск», которое 16.01.2012 заключило с ООО «Ирк.ру» договор, согласно которому оно передало свои

права на информационное наполнение сайта www.irk.ru ООО «Ирк.ру» в полном объеме бессрочно.

01.03.2012 ООО «Ирк.ру» введено в действие Положение о порядке отбора, формирования и размещения информации в разделе «Афиша» на сайте IRK.ru. В соответствии с главой 2 данного Положения раздел «Афиша» является неотъемлемой частью сайта IRK.ru. Он предназначен для размещения информации о событиях и мероприятиях, планируемых к проведению в г. Иркутске, месте, времени и стоимости их проведения. Информация в разделе «Афиша» может быть размещена редактором раздела или самостоятельно пользователями сайта, желающими разместить информацию, через сервис «Добавить событие» в порядке, указанном в п. 3 Положения.

Из указанного следует, что информация о каком-либо событии может быть добавлена в раздел «Афиша» сайта IRK.ru, как редактором сайта, так и пользователями сайта.

Однако, из пункта 4.4 указанного Положения следует, что информация, планируемая пользователем к размещению в разделе «Афиша» сайта IRK.ru, будет доступна для обозрения всем пользователям данного сайта только после ее одобрения редактором ООО «Ирк.ру».

Таким, образом, суд апелляционной инстанции соглашается с выводом антимонопольного органа и судом первой инстанции о том, что пользователь сайта самостоятельно не может осуществить размещение информации в разделе «Афиша» на сайте www.irk.ru для всеобщего обозрения, тем самым приобретая статус рекламодателя, поскольку допускает, с целью осуществления своей коммерческой деятельности, размещать от своего имени, без договоров с третьими лицами, информацию рекламного характера.

В силу указанного, суд апелляционной инстанции не принимает довод апелляционной жалобы, о том, что необходимо принять во внимание, что указанная информация была размещена в разделе «Афиша» неизвестными лицами на безвозмездной основе. Суд апелляционной инстанции считает, что поскольку общество не может представить доказательства, что рекламодателями данной информации, размещенной на принадлежащем ему информационном ресурсе в сети интернет, являются третьи лица, то таковым признается лицо, допустившее ее фактическое размещение. То обстоятельство, что по доводам заявителя данная информация размещена им на безвозмездной основе, по мнению суда апелляционной инстанции, не имеет правового значения, поскольку данное обстоятельство не может свидетельствовать о надлежащем характере размещенной заявителем рекламы.

При этом, суд апелляционной инстанции не принимает довод апелляционной жалобы о том, что судом не определена цель размещения такой информации, поскольку из материалов дела усматривается, что целью организации такой деятельности является размещение рекламной информации на специализированном сайте, направленной на привлечение интереса к такой информации и рекламируемому объекту, включая расширения спроса на информационный ресурс общества, на котором данная информация была размещена.

Как правильно указал суд первой инстанции, что в данном случае лицом, определившим объект рекламирования и содержание рассматриваемой рекламы, является ООО «Ирк.ру», осуществляющее информационное наполнение раздела «Афиша» сайта www.irk.ru - ООО «Ирк.ру».

Как правильно указал суд первой инстанции, в пункте 10 части 1 статьи 3 Федерального закона от 01.06.2005 № 53-ФЗ «О государственном языке Российской Федерации» закреплено, что государственный язык Российской Федерации подлежит обязательному использованию в рекламе.

При этом в части 6 статьи 1 данного Федерального закона указано, что при использовании русского языка как государственного языка Российской Федерации не допускается использования слов и выражений, не соответствующих нормам современного русского литературного языка, за исключением иностранных слов, не имеющих общепотребительных аналогов в русском языке.

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 РФ, а также объектов культурного наследия, включенных в Список всемирного наследия.

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

Суд апелляционной инстанции, проанализировав в соответствии со статьей 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, имеющиеся в материалах дела доказательства (в том числе акт осмотра от 21.01.2013, текст спорной рекламы и протокол заседания экспертного совета по рекламе при Иркутском УФАС России) в их взаимосвязи и совокупности и пришел к выводу об использовании в спорной рекламе непристойного выражения «Sex&Drugs&Rock'n'Roll», исходя из следующего.

Суд апелляционной инстанции считает необходимым отметить правомерность выводов суда первой инстанции о том, что вопрос использования в спорной рекламе выражения «Sex&Drugs&Rock'n'Roll», как непристойного, является вопросом факта, решение этого вопроса специальных знаний не требует, и по общему правилу вопрос может быть разрешен судом с позиции рядового потребителя.

Так выражение «Sex&Drugs&Rock'n'Roll» является одним из популярных и распространенных лозунгов 70-х годов.

Настоящая популярность этого лозунга пришла на 1977 год. Тогда в свет вышла песня Иэна Дьюри, которая так и называлась «Sex&Drugs&Rock&Roll» и которой провозглашался и популяризировался определенный образ жизни, определенной субкультуры группы людей, направленный на придание повышенного значения беспорядочным половым отношениям, употреблению наркотических веществ, музыке в жанре рок-н-ролл». Указанное было обусловлено проявлением в обществе в указанный

период времени «сексуальной революции», распространению указанного музыкального стиля и популярностью в определённой среде наркотических средств.

Между тем, современное общественное усмотрение изменило свое отношение к провозглашенным данным слоганом отношениям, порицая в целом повышенное публичное внимание к беспорядочным половым отношениям, полностью запрещая наркотики. Отношения к данным проявлениям в современном обществе осуждаются, поскольку на смену лозунга о допустимости «беспорядочных половых отношений», в обществе культивируется и пропагандируется образ «семьи, как основы нравственности и государственности».

Общественное отношение к наркотикам в Российской Федерации характеризуется полным запретом на их гражданский оборот, что обеспечивается повышенными мерами уголовной ответственности нетерпимостью к данному явлению.

В силу специфики рекламируемых отношений и направленности данной рекламы на определённую, молодёжную аудиторию, в большей степени характеризующуюся несформированным мировосприятием, легкомысленным отношением к информации, получаемой из публичных информационных источников, к которым относятся информационные ресурсы, расположенные в сети интернет, суд апелляционной инстанции считает, что использование в рекламе слогана «Sex&Drugs&Rock'n'Roll», пусть даже и из песни британского рок-исполнителя Иэна Дьюри, «Sex&Drugs&Rock'n'Roll» потенциальным потребителем рекламы, воспринимается в первую очередь как совокупность благ: «секс», «наркотики», музыка, без относительно их внутреннего содержания и индивидуальных особенностей, что позволяет говорить о том, что данный лозунг воспринимается на бытовом уровне, к чему и было обращена реклама, как пропаганда сексуальной раскрепощённости в противовес общественным ограничениям, и пропаганда употребления наркотиков, в противовес общественным и уголовным запретам, завуалированная музыкальным сопровождением в стиле «Rock'n'Roll».

При этом, как усматривает суд апелляционной инстанции, указанная реклама, не направлена на рекламирование музыкального стиля «Rock'n'Roll» и его исторического развития, а направлено исключительно на рекламу увеселительного заведения, атмосфера которого, согласно стилю рекламы, характеризуется именно духом данного слогана, который в данных обстоятельствах содержит вседозволенность, распушенность поведения, граничащую с прямыми публичными запретами.

Данная позиция, в полной мере совпадает с мнением Экспертного совета при Управлении ФАС Иркутской области, состоявшимся 12.02.2013.

Суд первой инстанции, также оценивая указанную рекламу обосновано исходил из того, что на непристойность выражения «Sex&Drugs&Rock'n'Roll» указывает и композиционная схема, использованная в рекламе, а именно изображение женского тела (со спины) от средней части спины до коленного сустава, с упором левой руки на середину левого бедра, при этом, женщина одета в короткие джинсовые разорванные шорты. А совокупность таких элементов спорной рекламы как зрительное восприятие – непристойный образ женщины и акцент на определенной части женского тела (ягодицах), степень обнаженности женского тела, в сочетании с текстовой информацией: «Sex&Drugs&Rock&Roll» («Секс, наркотики и рок-н-ролл») подтверждает вывод

комиссии Иркутского УФАС России о том, что содержащееся в рассматриваемой рекламе выражение «Sex&Drugs&Rock'n'Roll» направлено, в том числе, на пропаганду беспорядочных половых связей, как приоритетный элемент, на который должны обратить внимание потребители рекламы и рекламируемого объекта рекламы.

При указанных обстоятельствах, суд первой инстанции считает обоснованными выводы суда первой инстанции о наличии в действиях заявителя противоправного события охватываемого диспозиций ч. 1 ст. 14.13 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Суд апелляционной инстанции не принимает доводы апелляционной жалобы о том, что административный орган не установил место совершения правонарушения, поскольку согласно материалам дела данное нарушение совершено в городе Иркутск, что определило его подсудность.

Согласно статье 2.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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.

Как следует из материалов дела, общество, в силу своего правового статуса не приняло всех зависящих от него мер по соблюдению нарушенных им правил и норм, в то время как, согласно материалам дела у него имелась такая возможность.

На основании изложенного суд апелляционной инстанции считает, обоснованным вывод суда первой инстанции о наличии в действиях общества состава правонарушения предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Процессуальных нарушений при производстве по делу об административном правонарушении судом не установлено. Права лица, привлекаемого к ответственности, предусмотренные Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях, соблюдены.

Доводы заявителя о нарушении установленного порядка привлечения к административной ответственности, выразившемся в составлении протокола об административном правонарушении неуполномоченным лицом, рассмотрены судом и подлежат отклонению в связи со следующим.

Частью 1 статьи 23.48 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлено, что Федеральный антимонопольный орган, его территориальные органы рассматривают дела об административных правонарушениях, предусмотренных, в том числе статьей 14.3 Кодекса.

В соответствии с частью 1 статьи 28.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях протоколы об административных правонарушениях, предусмотренных КоАП РФ, составляются должностными лицами органов, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях в

соответствии с главой 23 КоАП РФ, в пределах компетенции соответствующего органа (ч.1).

Помимо случаев, предусмотренных частью 1 настоящей статьи, протоколы об административных правонарушениях вправе составлять должностные лица федеральных органов исполнительной власти, их структурных подразделений и территориальных органов, должностные лица иных государственных органов в соответствии с задачами и функциями, возложенными на них федеральными законами либо нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации или Правительства Российской Федерации, должностные лица органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации в случае передачи им полномочий Российской Федерации на осуществление государственного контроля и надзора, указанные в настоящей статье (ч.2).

Частью 1 статьи 23.48 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлено, что Федеральный антимонопольный орган, его территориальные органы рассматривают дела об административных правонарушениях, предусмотренных, в том числе статьей 14.3 Кодекса.

Из указанного следует, что протоколы об административном правонарушении вправе составлять должностные лица органов, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях в соответствии с главой 23 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Поскольку в соответствии с ч. 1 статьи 23.48 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, антимонопольный орган вправе рассматривать дела об административных правонарушениях, предусмотренных, в том числе статьей 14.3 Кодекса, то данный административный орган вправе составлять протокол об административном правонарушении по признакам правонарушения предусмотренного ч. 1 ст.14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Суд первой инстанции, правомерно, с учетом требований ч. 1 и 3 ст. 4.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, назначил обществу санкцию в минимальном размере, по сравнению с санкцией назначенной административным органом.

Иные доводы, изложенные в апелляционной жалобе, подлежат отклонению, поскольку не содержат фактов, которые не были бы проверены и не учтены судом первой инстанции при рассмотрении дела, либо влияли на обоснованность и законность оспариваемого решения суда, либо опровергали выводы суда первой инстанции.

Таким образом, по мнению суда апелляционной инстанции, суд первой инстанции в соответствии со статьей 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации дал полную и всестороннюю оценку имеющимся в деле доказательствам в их взаимосвязи и совокупности и пришел к обоснованному выводу об отказе заявителю в удовлетворении требований.

При таких фактических обстоятельствах и правовом регулировании у суда апелляционной инстанции отсутствуют основания, предусмотренные статьей 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, для отмены или изменения решения суда первой инстанции.

На основании изложенного, у суда апелляционной инстанции отсутствуют законные основания для удовлетворения апелляционной жалобы.

Суд, руководствуясь статьями 258, 268, 269, 270, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации,

П О С Т А Н О В И Л:

Решение Арбитражного суда Иркутской области от «10» февраля 2014 года по делу №А19-13719/2013 оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Постановление арбитражного суда апелляционной инстанции вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции в срок, не превышающий двух месяцев со дня вступления его в законную силу.

Председательствующий судья

Е.В. Желтоухов

Судьи

Е.О. Никифoryк

В.А. Сидоренко