

**ВОСЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

644024, г. Омск, ул. 10 лет Октября, д.42, канцелярия (3812)37-26-06, факс:37-26-22, www.8aas.arbitr.ru, info@8aas.arbitr.ru

---

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ****город Омск****17 ноября 2011 года****Дело № А70-6472/2011**

Резолютивная часть постановления объявлена 14 ноября 2011 года

Постановление изготовлено в полном объеме 17 ноября 2011 года

Восьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего Шиндлер Н.А.

судей Лотова А.Н., Сидоренко О.А.

при ведении протокола судебного заседания: Бондарь И.В.

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу (регистрационный номер 08АП-7495/2011) общества с ограниченной ответственностью «Управляющая организация «Наш дом» на решение Арбитражного суда Тюменской области от 18.08.2011 по делу № А70-6472/2011 (судья Тихомиров В.В.)

по заявлению общества с ограниченной ответственностью «Управляющая организация «Наш дом» (ОГРН 1067203317235, ИНН 7202149729)

к Управлению Федеральной Антимонопольной службы по Тюменской области (ОГРН 1027200812308, ИНН 7202081799)

о признании недействительным постановления от 02.06.2011 №А11/05-07

при участии в судебном заседании представителей:

от общества с ограниченной ответственностью «Управляющая организация «Наш дом» – Ермакова Д.Д. (личность удостоверена паспортом, доверенность от 16.03.2011);

от Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области – Захаров Д.А. (личность удостоверена служебным удостоверением, доверенность № 4 от 12.01.2011);

**установил:**

Общество с ограниченной ответственностью «Управляющая организация «Наш дом» (далее – ООО «Управляющая организация «Наш дом», заявитель, общество) обратилось в Арбитражный суд Тюменской области с заявлением об оспаривании постановления Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - ответчик, УФАС по Тюменской области, Управление, административный орган) от 02.06.2011 № А11/05-07 о назначении административного наказания за нарушение законодательства о рекламе.

Решением Арбитражного суда Тюменской области от 18.08.2011 по делу № А70-6472/2011 в удовлетворении заявленных требований отказано.

Судебный акт мотивирован наличием в действиях общества состава административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ). Информация, размещенная после статьи «Посреди грандиозной стройки», является рекламой объектов капитального строительства, связанной с привлечением денежных средств участников долевого строительства. Также суд указал, что обстоятельства совершения правонарушения были предметом исследования Арбитражного суда Тюменской области по делу № А70-368/2011.

Не согласившись с принятым судебным актом, общество обратилось с апелляционной жалобой, в которой просило решение суда отменить, принять по делу новый судебный акт.

В обоснование апелляционной жалобы указало, что правонарушение является малозначительным. Из текста статьи невозможно сделать вывод о том, что она носит именно рекламный характер. Последствия нарушения законодательства были устранены обществом в добровольном порядке. Кроме того, публикация имела разовый, кратковременный характер.

Суд первой инстанции неверно указал, что общество устранило нарушение рекламного законодательства только после вынесения антимонопольным органом предписания, в то время как нарушения были устранены в выпуске Бюллетеня «Дешевые квадраты» за декабрь 2010 года.

УФАС по Тюменской области фактически не могло вынести постановление о назначении административного наказания, так как основанием для его вынесения

является решение № Р10/204-04, которое было обжаловано обществом в установленном законном порядке.

От Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области поступил письменный отзыв на апелляционную жалобу, который приобщен к материалам дела.

Представители заявителя и ответчика участвовали в судебном заседании посредством видеоконференц-связи.

Представитель ООО «Управляющая организация «Наш дом» поддержал требования, изложенные в апелляционной жалобе, просил решение суда первой инстанции отменить и принять по делу новый судебный акт.

Представитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области с доводами апелляционной жалобы не согласился, просил оставить решение Арбитражного суда Тюменской области от 18.08.2011 по делу № А70-6472/2011 без изменения, апелляционную жалобу - без удовлетворения, считая решение суда первой инстанции законным и обоснованным.

Рассмотрев материалы дела, апелляционную жалобу, отзыв на неё, заслушав представителей лиц, участвующих в деле, суд апелляционной инстанции установил следующие обстоятельства.

Общество осуществляет подготовку, производство, выпуск и распространение средства массовой информации – бюллетеня «Дешевые квадраты», специализацией которого является реклама (более 40%), в том числе реклама недвижимости.

В выпуске 3(6) за сентябрь 2010 года названного бюллетеня на странице 2 размещена статья «Посреди грандиозной стройки» (далее – статья), в которой содержится информация о строительстве квартир в микрорайонах 3-ий Заречный и «Европейский», в первой колонке которой размещена фотография Анжелы Рахимовой (менеджера ТРЦ «Недвижимость для Вас»).

После статьи следует информация: «Квартиры в новом микрорайоне можно купить уже сейчас: тел. 8-919-940-29-88, 780-090».

На основании обращения Управления Госстройнадзора на действия общества, 15.11.2010 было возбуждено дело по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при размещении заявителем рекламной статьи «Посреди грандиозной стройки».

Решением УФАС по Тюменской области от 14.12.2010 № Р10/204-04 данная статья в совокупности с вышеуказанным текстом признана ненадлежащей рекламой, поскольку при ее размещении не соблюдено требование части 7 статьи 28 Федерального закона «О рекламе», а именно: в рекламе не содержится сведений о месте и способах получения проектной декларации.

Общество обжаловало указанное решение УФАС по Тюменской области от 14.12.2010 № Р10/204-04 в судебном порядке.

Решением Арбитражного суда Тюменской области от 14.04.2011 по делу № А70-368/2011, оставленным без изменения постановлением Восьмого арбитражного апелляционного суда от 01.08.2011, в удовлетворении заявления общества о признании недействительным решения УФАС по Тюменской области от 14.12.2010 № Р10/204-04, оказано.

Постановлением № А11/05-07 от 02.06.2011 УФАС по Тюменской области привлекло ООО «Управляющая организация «Наш дом» к административной ответственности в виде административного штрафа в размере 100 000 рублей за совершение правонарушения по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Не согласившись с указанным постановлением, общество обратилось в арбитражный суд.

18.08.2011 Арбитражным судом Тюменской области принято решение, которое обжаловано обществом в апелляционном порядке.

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

В соответствии с частью 1 статьи 207 АПК РФ дела об оспаривании решений государственных органов, иных органов, должностных лиц, уполномоченных в соответствии с Федеральным законом рассматривать дела об административных правонарушениях, о привлечении к административной ответственности лиц, осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность, рассматриваются арбитражным судом по общим правилам искового производства, предусмотренным настоящим Кодексом, с особенностями, установленными в настоящей главе и федеральном законе об административных правонарушениях.

При рассмотрении дела об оспаривании решения административного органа арбитражный суд не связан доводами, содержащимися в заявлении, и проверяет оспариваемое решение в полном объеме (часть 7 статьи 210 АПК РФ).

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 4 настоящей статьи, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

В силу пункта 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) под рекламой понимается 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.

Из пункта 2 статьи 3 Закона о рекламе следует, что объектом рекламирования является 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.

Как следует из пункта 1 статьи 5 названного закона, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Согласно части 7 статьи 28 Закона о рекламе - реклама, связанная с привлечением денежных средств участников долевого строительства для строительства (создания) многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости, должна содержать сведения о месте и способах получения проектной декларации, предусмотренной федеральным законом.

Федеральным законом от 30.12.2004 № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» в статье 19 предусмотрено, что проектная декларация (информация о застройщике и о проекте строительства) публикуется застройщиком в средствах массовой информации и

(или) размещается в информационно-телекоммуникационных сетях общего пользования (в том числе в сети «Интернет») не позднее чем за четырнадцать дней до дня заключения застройщиком договора с первым участником долевого строительства, а также представляется в орган, осуществляющий государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, и в указанный в части 2 статьи 23 настоящего Федерального закона контролирующий орган.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований части 7 статьи 28 данного Закона несет рекламораспространитель.

Как разъяснил Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в пункте 16 информационного письма от 25.12.1998 № 37, информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителя с определенным товаром, должна рассматриваться как реклама этого товара.

Из материалов дела усматривается, что использование в вышеуказанной статье названий микрорайонов, где осуществляется строительство (3-ий Заречный, Европейский), конкретных домов ГП-27, ГП-28 микрорайона «Европейский» с указанием стадии строительства («на данный момент ведутся монолитные работы в домах ГП-27 и ГП-29», «сдача первого квартала микрорайона запланирована на 2011 года, тогда же планируется ввести в эксплуатацию около 1000 новых квартир»), акцентирование внимания на достоинствах и качестве объектов недвижимости («квартиры в Заречном никогда не оставляют клиентов компании равнодушными», «по меркам тюменских стройплощадок – 3-ий Заречный пример для многих», «эффективная кирпичная кладка позволяет квартирам дышать», «новоселам не нужно выбирать в центр города, чтобы приобрести все необходимое», «открылись продажи в новом, соседнем микрорайоне Европейский», «новый микрорайон не будет уступать новостройкам 3 Заречного в удобстве и комфортабельности», «монолитно-каркасное исполнение гарантирует квартирам ровные стены и потолки, а также свободные планировочные решения») формирует и поддерживает у потенциального покупателя интерес к данным объектам недвижимости, а также призваны сформировать у потребителей рекламы представление о том, что в случае возникновения у них потребности в приобретении данной недвижимости, приобрести её возможно, обратившись к менеджеру ТРЦ «Недвижимость для Вас» Рахимовой А. по указанным в конце статьи контактными номерами телефонов, это способствует реализации объектов недвижимости данным менеджером.

Следовательно, объектом рекламирования данной статьи являются как готовые квартиры микрорайона 3-ий Заречный, так и квартиры в строящихся домах микрорайона «Европейский» ГП-27 и ГП-29, а также продавец данного товара – менеджер ТРЦ «Недвижимость для Вас» Рахимова А., что отражено в оспариваемом решении антимонопольного органа.

Таким образом, вышеназванная статья обладает всеми признаками рекламы, определенными в действующем законодательстве о рекламе.

В силу части 2 статьи 69 АПК РФ обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным актом арбитражного суда по ранее рассмотренному делу, не доказываются вновь при рассмотрении арбитражным судом другого дела, в котором участвуют те же лица.

Преюдиция - это установление судом конкретных фактов, которые закрепляются в мотивировочной части судебного акта и не подлежат повторному судебному установлению при последующем разбирательстве иного спора между теми же лицами.

Преюдициальность предусматривает не только отсутствие необходимости повторно доказывать установленные в судебном акте факты, но и запрет на их опровержение.

Как правильно указал суд первой инстанции, факт нарушения обществом части 7 статьи 28 Закона о рекламе установлен решением Арбитражного суда Тюменской области от 14.04.2011 по делу № А70-368/2011.

Решение суда первой инстанции по делу А70-368/2011 вступило в законную силу, так как постановлением Восьмого арбитражного апелляционного суда от 01.08.2011 оно оставлено без изменения.

Таким образом, обстоятельства, установленные в вышеуказанных судебных актах, а именно правомерность вынесенного решения УФАС по Тюменской области от 14.12.2010 № Р10/204-04, являются преюдициальными по настоящему делу.

Указанные обстоятельства доказыванию вновь не подлежат.

Таким образом, материалами дела подтверждаются допущенные нарушения закона о рекламе, в связи с чем решение УФАС по Тюменской области является законным, а в действиях общества содержится состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Податель жалобы указал, что общество устранило нарушение рекламного законодательства в выпуске Бюллетеня «Дешевые квадраты» за декабрь 2010 года, а не

после вынесения антимонопольным органом предписания, как указал суд первой инстанции.

Указанный довод общества судом апелляционной инстанции отклоняется, поскольку ООО «Управляющая организация «Наш дом» именно во исполнение предписания № Р10/204-05 устранило нарушения законодательства о рекламе, о чем свидетельствует уведомление (л.д. 43), а не в добровольном порядке.

Общество в апелляционной жалобе указало, что УФАС по Тюменской области фактически не могло вынести постановление о назначении административного наказания, так как основанием для его вынесения является решение № Р10/204-04, которое было обжаловано обществом в установленном законном порядке.

Как следует из пункта 1 статьи 37 Закона о рекламе решение, предписание антимонопольного органа могут быть оспорены в суде или арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения, выдачи предписания.

Подача заявления о признании недействительным решения, предписания антимонопольного органа не приостанавливает исполнение решения, предписания, если судом или арбитражным судом не будет вынесено определение о приостановлении исполнения решения, предписания (пункт 2 статьи 37 Закона о рекламе).

Решение антимонопольного органа было обжаловано в установленном законном порядке, однако, определения о приостановлении исполнения этого решения, вынесено не было.

Таким образом, у антимонопольного органа имелись основания для вынесения постановления о назначении обществу административного наказания, поскольку это не противоречит пункту 2 статьи 37 Закона о рекламе.

Кроме того, как указано ранее, решение антимонопольного органа признано судом законным и обоснованным.

Нарушение порядка и срока давности привлечения общества к административной ответственности суд апелляционной инстанции не усматривает.

Доводы общества о малозначительности совершенного правонарушения, судом апелляционной инстанции отклоняются, по следующим основаниям.

Согласно статье 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.

Из данной статьи следует, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного суды должны исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения; малозначительность правонарушения имеет место в исключительных случаях при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям (пункт 18 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях», пункт 21 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»).

Как правильно указал суд первой инстанции, принимая во внимание характер указанного правонарушения и обстоятельства его совершения, оснований для применения статьи 2.9 КоАП РФ, не имеется.

Суд апелляционной инстанции, как и суд первой инстанции, не находит оснований для признания совершенного обществом правонарушения малозначительным.

То обстоятельство, что последствия нарушения законодательства были устранены обществом в добровольном порядке, а публикация имела разовый, кратковременный характер, не может служить основанием для признания совершенного правонарушения малозначительным и не влияет на квалификацию административного правонарушения. Тем более что административным органом назначен минимальный штраф – 100 000 рублей, который предусмотрен частью 1 статьи 14.13 КоАП РФ.

Общество в заявлении указало, что было лишено права на защиту своих законных прав и интересов в порядке административного производства при вынесении оспариваемого постановления.

Указанный довод судом апелляционной инстанции отклоняется на основании следующего.

Действующим законодательством предусмотрена определенная процедура привлечения лица к административной ответственности, несоблюдение которой может являться основанием для признания незаконным постановления о привлечении к административной ответственности.

В силу пункта 1 статьи 25.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами в соответствии с настоящим Кодексом.

Дело об административном правонарушении рассматривается с участием лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении. В отсутствие указанного лица дело может быть рассмотрено лишь в случаях, предусмотренных частью 3 статьи 28.6 настоящего Кодекса, либо если имеются данные о надлежащем извещении лица о месте и времени рассмотрения дела и если от лица не поступило ходатайство об отложении рассмотрения дела либо если такое ходатайство оставлено без удовлетворения (пункт 2 статьи 25.1 КоАП РФ).

16.03.2011 в адрес ООО «Управляющая организация «Наш дом» заказными письмами с уведомлением о вручении (номер почтового отправления 62504836341219; 62504836341226 на л.д. 11, 112) направлено уведомление о составлении протокола об административном правонарушении (исх. № ДШ/1695).

В уведомлении содержалась информация о времени и месте составления протокола, о факте нарушения, в связи с которым составляется протокол, разъяснены права, предусмотренные частью 1 статьи 25.1 КоАП РФ.

В обозначенное время (18.04.2011 в 15 часов 00 минут) законный представитель заявителя, извещенный о времени и месте составления протокола, не явился, защитника не направил, поэтому протокол составлен в его отсутствие и направлен, вместе с определением от 18.04.2011 № АН/05-02 о назначении даты, времени и места рассмотрения административного дела № А11/05, заказным письмом с уведомлением в адрес Общества (исх. от 19.04.2011 № ДШ/3382, номер почтового отправления 62504837552034 на л.д. 105) и получен им 22.04.2011.

Определением от 29.04.2011 № А11/05-04 рассмотрение дела А11/05, назначенного на 29.04.2011 в 17 часов 00 минут, отложено на 02.06.2011, ввиду отсутствия сведений о надлежащем извещении законного представителя о времени и месте рассмотрения дела, необходимости дополнительного выяснения обстоятельств дела.

В обозначенное время (02.06.2011 в 10 часов 00 минут), законный представитель общества, надлежащим образом извещенный о времени и месте рассмотрения дела №

А11/05 (номер почтового уведомления 62504837553093 на л.д. 100, 101) не явился, защитника не направил.

От заявителя поступило заявление об отложении рассмотрения дела об административном правонарушении (вх. № 4392 от 02.06.2011 на 94).

Данное заявление было рассмотрено в установленном законом порядке заместителем руководителя управления и отклонено по основаниям, предусмотренным статьей 24.4 КоАП РФ, о чем вынесено определение № А11/05-06 от 02.06.2011 (л.д. 92).

Приведенные факты свидетельствуют о том, что заявитель был надлежащим образом извещен о времени и месте составления протокола, времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ на всех стадиях административного производства по делу.

Суд апелляционной инстанции считает, что в данном случае обществом не представлено в материалы дела надлежащих и бесспорных доказательств в обоснование своей позиции, доводы, изложенные в апелляционной жалобе, не содержат фактов, которые не были бы проверены и не учтены судом первой инстанции при рассмотрении дела и имели бы юридическое значение для вынесения судебного акта по существу, влияли на обоснованность и законность судебного акта, либо опровергали выводы суда первой инстанции, в связи с чем, признаются судом апелляционной инстанции несостоятельными и не могут служить основанием для отмены решения суда первой инстанции.

С учетом изложенного, решение суда первой инстанции является законным и обоснованным. Судом апелляционной инстанции не установлены нарушения норм материального или процессуального права, которые в силу статьи 270 АПК РФ могли бы повлечь изменение или отмену решения суда первой инстанции.

Судебные расходы судом апелляционной инстанции не распределяются, поскольку согласно части 4 статьи 208 АПК РФ заявление об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности государственной пошлиной не облагается.

На основании изложенного и руководствуясь пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Восьмой арбитражный апелляционный суд

**ПОСТАНОВИЛ:**

Апелляционную жалобу Общества с ограниченной ответственностью «Управляющая организация «Наш дом» оставить без удовлетворения, решение Арбитражного суда Тюменской области от 18.08.2011 по делу № А70-6472/2011 – без изменения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия, может быть обжаловано путем подачи кассационной жалобы в Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме только по основаниям, предусмотренным частью 4 статьи 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председательствующий

Н.А. Шиндлер

Судьи

А.Н. Лотов

О.А. Сидоренко