



**ШЕСТНАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**  
**ИМЕНЕМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**  
**П О С Т А Н О В Л Е Н И Е**

г. Ессентуки  
23 мая 2012 г.

Дело № А61-2581/11

Резолютивная часть постановления объявлена 21 мая 2012 года.,  
Полный текст постановления изготовлен 23 мая 2012 года.

Шестнадцатый арбитражный апелляционный суд в составе:  
Председательствующего Афанасьевой Л.В.,  
Судей: Белова Д.А., Семенова М.У.,  
при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания  
Замуруевой Е.А.  
рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу  
индивидуального предпринимателя Тогузова Э.К. на решение Арбитражного суда  
Республики Северная Осетия - Алания от 19.02.2012 по делу № А61-2581/11,  
по заявлению Индивидуального предпринимателя Тогузова Э.К.,  
к УФАС по РСО-Алания,  
о признании частично недействительным решения от 12.10.2011 №2385 (судья  
Акимцева С.А.),  
при участии в судебном заседании:  
от УФАС по РСО-Алания: Гиголаев С.Ю. по доверенности от 15.03.12.;  
Тогузов Э.К.-лично.

**УСТАНОВИЛ:**

Индивидуальный предприниматель Тогузов Эдуард Казбекович (далее - предприниматель, заявитель) обратился в арбитражный суд с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по РСО-Алания (далее - антимонопольный орган)

о признании недействительным решения по делу № 17-09-11 от 12.10.2011 в части пунктов 1, 2 и 4.

Решением суда от 16 февраля 2012 года индивидуальному предпринимателю Тогузову Э.К. отказано в удовлетворении заявленных требований.

Решение мотивированно наличием вменяемых предпринимателю нарушений, отсутствием процессуальных нарушений влекущих отмену оспариваемого решения.

Не согласившись с принятым решением, индивидуальный предприниматель Тогузова Э.К. обратился с апелляционной жалобой, в которой просит его отменить и принять по делу новый судебный акт, ссылаясь на незаконность и необоснованность обжалуемого решения. Заявитель указывает, что рекламный баннер был размещен во дворе организации, а не на улице, таким образом, распространялась только на клиентов учреждения. Содержание рекламы не пропагандирует курение, не вызывает ассоциаций с курением. Кроме того электронная сигарета в руках человека не является предметом, вызывающим ассоциативный ряд с курением.

В судебном заседании Тогузов Э.К. поддержал доводы, изложенные в апелляционной жалобе.

УФАС по РСО-Алания представил отзыв на апелляционную жалобу, в котором он просит решение суда первой инстанции оставить без изменения, как законное и обоснованное.

В судебном заседании представитель УФАС по РСО-Алания, Гиголаев С.Ю. поддержал доводы, изложенные в отзыве на апелляционную жалобу.

Изучив материалы дела, оценив доводы жалобы, отзыва на апелляционную жалобу, выслушав представителей сторон, и проверив законность обжалуемого судебного акта в порядке, установленном главой 34 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, арбитражный апелляционный суд пришел к выводу, что решение Арбитражного суда Республики Северная Осетия - Алания от 19.02.2012 по делу № А61-2581/11 следует оставить без изменения.

Из материалов дела усматривается, что предприниматель Тогузов Э.К. осуществляет деятельность по реализации табачных изделий, курительных принадлежностей и иных подобных им товаров, а также электронных сигарет в торговом доме «Никотин» в г.Владикавказе по ул.Ленина, 54.

Антимонопольный орган, проводя мероприятия в рамках осуществления контроля соблюдения Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), установил, что реклама, размещенная в г. Владикавказе по ул.Колоева, 400 (на внешней стене здания), не соответствует требованиям Закона о рекламе.

В соответствии с частью 1 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган в пределах своих полномочий возбуждает и рассматривает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, принимает по результатам рассмотрения таких дел решения и выдает предписания, предусмотренные настоящим Федеральным законом.

В части 2 статьи 36 Закона о рекламе указано, антимонопольный орган по собственной инициативе, представлению прокурора, обращениям органов государственной власти или органов местного самоуправления, а также по заявлениям физических или юридических лиц возбуждает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Определением от 20.09.2011 в отношении рекламодателя - ИП Тогузова Э.К. и рекламораспространителя ИП Метревели Г.В. было возбуждено дело №17-09-11 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

По результатам рассмотрения антимонопольного дела в отношении предпринимателя Тогузова Э.К. было вынесено решение от 12.10.2011 (пункты 1, 2, 4), согласно которому предприниматель нарушил требования Закона о рекламе; наружная реклама предпринимателя, которая распространялась предпринимателем Метревели Г.В. на рекламной конструкции, размещенной на внешней стене здания в г.Владикавказе по ул.Калоева, 400, нарушает требования пункта 3 части 5 статьи 5 и пункта 4 части 2 статьи 23 Закона о рекламе.

Пунктом 4 решения было решено выдать предпринимателю предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Предписание было выдано антимонопольным органом 17.10.2011, в соответствии с которым предприниматель обязан был в течение 10 дней со дня его получения прекратить нарушение Закона о рекламе и в срок до 30.11.2011 представить письменные доказательства его исполнения.

Предприниматель с указанным решением не согласился в части, касающейся его деятельности, что и явилось основанием для обращения в Арбитражный суд.

В соответствии с частью 1 статьи 198 Арбитражного кодекса Российской Федерации граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной

экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Объектом рекламирования, согласно части 2 статьи 3 Закона о рекламе, является 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.

Ненадлежащей признается реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации (п. 4 ст. 3 Закона о рекламе). Общие требования к рекламе определены статьей 5 Закона о рекламе.

Статья 5 Федерального закона «О рекламе» называется «Общие требования к рекламе», а следовательно, данные требования распространяются на рекламу всех товаров и услуг, без исключения, в том числе, и на рекламу электронных сигарет.

В соответствии с пунктом 4 части 2 статьи 23 Закона о рекламе реклама табака, табачных изделий и курительных принадлежностей, в том числе трубок, кальянов, сигаретной бумаги, зажигалок и других подобных товаров, не должна размещаться с использованием технических средств стабильного территориального размещения (рекламных конструкций), монтируемых и располагаемых на крышах, внешних стенах и иных конструктивных элементах зданий, строений, сооружений или вне их.

Рекламный баннер предпринимателя был размещен на внешней стене здания.

Согласно пункту 3 части 5 статьи 5 Закона о рекламе в рекламе не допускается демонстрация процессов курения и потребления алкогольной продукции, а также пива и напитков, изготавливаемых на его основе.

Ссылка предпринимателя на то, что на его рекламном баннере не показан процесс курения, который, по его мнению, подразумевает демонстрацию зажженной сигареты и дыма, суд считает несостоятельной, так как молодой человек, изображенный на рекламе, держит сигарету в руке, положение которой однозначно указывает на процесс курения и на назначение держащего в пальцах предмета - сигареты.

При этом изображение молодого человека является центральной, самой крупной частью рекламного баннера, на которую в первую очередь обращено внимание. На рекламный баннер нанесено наименование места, где приобретаются электронные сигареты - Табачный дом НИКОТИН, что в совокупности с изображением молодого человека не оставляет сомнений в том, что электронная сигарета предназначена для ее использования именно для курения, а не в каких-либо иных целях.

В судебном заседании предприниматель и его представитель не оспаривали факта того, что электронная сигарета, в зависимости от выбора лица, пользующегося ею, может использовать картридж как с никотином, так и без него, из чего следует вывод о том, что принцип назначения электронных сигарет является одним и тем же, вне зависимости от того, сопровождается процесс курения дымом или нет.

Закон о рекламе относит к категории табачных изделий и подобных им пепельницы, зажигалки и т.д., использование и изображение которых прямо не показывают процесс курения в том виде, как его подразумевает заявитель - наличие дыма и зажженной сигареты.

Норма пункта 3 части 5 статьи 5 Закона о рекламе не устанавливает, что в рекламе должна проходить демонстрация курения именно табака, что в совокупности с указанной статьей 5 Закона о рекламе - «Общие требования к рекламе», свидетельствуют о том, что закон, изложенные в нем требования, распространяет на рекламу всех товаров, услуг, в том числе и на рекламу беспламенных электронных сигарет.

Закон о рекламе устанавливает, что его целями являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

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

Согласно части 4 статьи 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц арбитражный суд в судебном заседании осуществляет проверку оспариваемого акта или его отдельных положений, оспариваемых решений и действий (бездействия) и устанавливает их соответствие закон у или иному нормативному правовому акту, устанавливает наличие полномочий у органа или лица, которые приняли оспариваемый акт, решение или совершили оспариваемые действия (бездействие), а также устанавливает, нарушают ли оспариваемый акт, решение и действия (бездействие) права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Довод апелляционной жалобы о том, что рекламный баннер был размещен во дворе организации, а не на улице, таким образом, распространялась только на клиентов учреждения – отклоняется, так как потенциальные клиенты организации представляют из себя неограниченный круг лиц, следовательно, реклама распространялась на неограниченный круг лиц.

Довод апелляционной жалобы о том, что содержание рекламы не пропагандирует курение, не вызывает ассоциаций с курением – отклоняется, так как первичное восприятие содержания баннера вызывает ассоциацию с курением.

Довод апелляционной жалобы о том, что электронная сигарета не может быть отнесена к курительным принадлежностям, отклоняется, так как перечень курительных принадлежностей не является ограниченным.

Довод апелляционной жалобы о том, что если исходить из действий антимонопольного органа, то такие процессы, как пользование ингалятором (когда через трубку, зажатую в пальцах, в ротовую полость попадает ароматическая смесь), или сосание конфет (сосание табака) возможно приравнять к процессу курения, отклоняется. Эти предметы у потребителей такого товара в лечебных целях не вызывают ассоциаций с процессом курения сигарет.

Довод апелляционной жалобы о том, что электронная сигарета является альтернативой курению сигарет, по устройству схожа с ингалятором, а потому реклама является надлежащей, отклоняется. Рекламная продукция в данном случае воспринимается как изображение курящего сигарету молодого человека, но ассоциаций с ингалятором не вызывает. Также в рекламной продукции нет информации о том, что электронные устройства являются альтернативой табакокурению.

Доводы апелляционной жалобы не нашли подтверждения.

На основании изложенного, исходя из фактических обстоятельств дела, с учетом оценки представленных доказательств, арбитражный апелляционный суд приходит к выводу, что судом первой инстанции установлены все фактические обстоятельства по делу, правильно применены нормы материального и процессуального права, вынесено законное и обоснованное решение, и поэтому у арбитражного апелляционного суда отсутствуют основания для отмены или изменения решения Арбитражного суда Республики Северная Осетия - Алания от 19.02.2012 по делу № А61-2581/11.

Нормы процессуального права при разрешении спора применены судом правильно, нарушений процессуальных норм, влекущих безусловную отмену судебных актов (часть 4 статьи 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации), из материалов дела не усматривается.

Руководствуясь статьями 266, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации,

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда Республики Северная Осетия - Алания от 19.02.2012 по делу № А61-2581/11 оставить без изменения, апелляционную жалобу без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу с момента его принятия и может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа в двухмесячный срок через суд первой инстанции.

Председательствующий

Л.В. Афанасьева

Судьи

Д.А. Белов

М.У. Семенов