



**ШЕСТНАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**  
**ИМЕНЕМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**  
**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

г. Ессентуки

Дело № А22-1549/2011

27 января 2012 года

Резолютивная часть постановления объявлена 23 января 2012 года.

Полный текст постановления изготовлен 27 января 2012 года.

Шестнадцатый арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего: Афанасьевой Л.В.,

судей: Белова Д.А., Цигельникова И.А.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Замуруевой Е.А.,

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу открытого акционерного общества «Мегафон» на решение Арбитражного суда Республики Калмыкия от 17 октября 2011 г. по делу № А22-1549/2011,

по заявлению открытого акционерного общества «Мегафон»

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Республике Калмыкия

и третьим лицам - мэрии г. Элисты Республики Калмыкия и обществам с

ограниченной ответственностью «С-Регион» и «Эйджис Медиа Си Эс»

о признании недействительными решения и предписания (судья Конторова Д.Г.)

при участии в судебном заседании:

от открытого акционерного общества «Мегафон»: Поддубнов В.И. по доверенности от 06.08.10.;

от Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Калмыкия, мэрии г. Элисты Республики Калмыкия, общества с ограниченной ответственностью «С-Регион» и «Эйджис Медиа Си Эс»: не явились, извещены.

УСТАНОВИЛ:

открытое акционерное общество «Мегафон» (далее - общество) обратилось в арбитражный суд с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Республике Калмыкия (далее – управление, УФАС, антимонопольный орган) о признании недействительными решения от 24.06.2011г. о нарушении пункта 4 части 3, части 7 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» от 13.03.2006 №38-ФЗ и предписания от 24.06.2011г. по делу №08-77-38/2011.

Решением суда от 17 октября 2011 года в удовлетворении заявления открытого акционерного общества «Мегафон» к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Республике Калмыкия о признании недействительными решения от 24.06.2011г. о признании нарушившим пункт 4 части 3, часть 7 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» от 13.03.2006 №38-ФЗ и предписания от 24.06.2011г. по делу №08-77-38/2011 отказано.

Решение мотивировано тем, что управлением дана правильная оценка спорной рекламе как недостоверной, содержащей не соответствующие действительности сведения о стоимости товара, с отсутствием части существенной информации о рекламируемом товаре, об условиях его приобретения, влекущие искажение смысла информации и вводящие в заблуждение потребителей рекламы; действия общества правильно квалифицированы по пункту 4 части 3 и части 7 статьи 5 Закона о рекламе.

Не согласившись с принятым решением, открытое акционерное общество «Мегафон» обратилось с апелляционной жалобой, в которой просит его отменить и принять по делу новый судебный акт, ссылаясь на незаконность и необоснованность оспариваемого решения. Заявитель указывает, что имеющее значение для дела обстоятельство о затруднительном прочтении текста рекламы с использованием разного размера шрифта, является недоказанным; указание на отсутствие существенной информации о стоимости подключения не мотивировано; не указание в тексте рекламного сообщения полного перечня параметров приобретения 3G-модема, предусмотренных договором, и в то же время указание в тексте рекламного сообщения на необходимость узнать иную существенную информацию (подробности) о рекламируемом предложении ссылка на СМИ нельзя расценивать как отсутствие существенной информации; Антимонопольным органом не доказан факт того, что информация, указанная обществом в спорной рекламе мелким шрифтом, не воспринимается потребителем. Суд первой инстанции необоснованно не принял довод о том, что текст спорной рекламы не является офертой. Квалификация нечитаемости текста основана на предположениях; Кроме того, имеется заключение экспертизы «О разрешающей способности человека при чтении рекламного текста ОАО «Мегафон», антимонопольный орган ошибочно определил отсутствию связи между

экспертным заключением и обстоятельствами рассматриваемого дела, которому не дана оценка. Несвоевременное направление в адрес общества мотивированного решения УФАС по РК нарушил права общества на обжалование.

В судебном заседании представитель открытого акционерного общества «Мегафон» Поддубнов В.И. поддержал доводы, изложенные в апелляционной жалобе, дополнительно суду представил нотариально заверенную копию заключения экспертизы от 01.10.2009 №2115/001-563, ходатайствовал о приобщении документа. Апелляционный суд удовлетворил ходатайство в целях обеспечения полноты доказательств.

Иные участвующие в деле лица, надлежащим образом извещенные о времени и месте проведения судебного разбирательства, своих представителей для участия в судебном заседании не направили, что в силу статьи 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации не является препятствием для рассмотрения дела в их отсутствие.

Изучив материалы дела, оценив доводы жалобы, заслушав представителя стороны, 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 Калмыкия от 17 октября 2011 г. по делу № А22-1549/2011 следует оставить без изменения, апелляционную жалобу без удовлетворения.

Из материалов дела усматривается.

В результате проведения мониторинга наружной рекламы, распространяемой в Республике Калмыкия, специалистами Калмыцкого УФАС России была выявлена реклама, содержащая признаки нарушения Федерального закона от 13.03.2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее Закон о рекламе), что отражено в докладной записке (том 2 л.д. 2).

Калмыцкое УФАС, наделенное полномочиями на возбуждение и рассмотрение дела в отношении ОАО «Мегафон» письмом ФАС России от 19.04.2011 №АК/14437, определением от 18.05.2011 г. возбудило дело по признакам нарушения пункта 4 части 3 статьи 5 и части 7 статьи 5 Закона о рекламе в отношении ОАО «Мегафон».

Антимонопольным органом установлено, что в г. Элиста на рекламном щите на пересечении улиц Ленина и Пушкина, напротив торгового центра «Галерея», распространялась реклама услуг связи открытого акционерного общества «Мегафон» (далее Общество) следующего содержания:

«3 G модемы до 7,2 Мбит/с - 1 руб. успевай до 31 марта, Мегафон. Будущее зависит от тебя». В центре рекламного щита изображен модем с надписью «Мегафон». В части рекламного щита мелким шрифтом белого цвета на светло-зеленом фоне раз: надпись «Акция действует в период с 01.01.2011 г. по 31.03.2011 г., указана стоимость модемов

E1750 и E173, при условии подключения к ТПО «Мегафон-Логин Безлимитный Акционный». Количество модемов ограничено. Подробнее на сайте [www.megafon.ru](http://www.megafon.ru).

Текст рекламы подтвержден описаниями, содержащимися в материалах дела, фотографиями, представленными антимонопольным органом и ОАО «Мегафон».

Размещение рекламной продукции на территории Республики Калмыкия осуществляло ООО «Эйджис Медиа Си Эс» на основании заключенного с ОАО «Мегафон» договора №А-04/2009 от 01.08.2009 г., изготовление рекламных материалов, осуществляло ООО «С-Регион» на основании договора №28 (том 2 л.д. 6-16, 32-34, 77-113, 127-135).

Рекламодателем является ОАО «Мегафон», что подтверждается договорами, письмом ОАО «Мегафон» (том 2 л.д.5).

Решением от 24.06.2011г., принятым с участием представителя Поддубнова В.И., общество признано нарушившим пункт 4 части 3 и часть 7 статьи 5 Закона о рекламе, так как в рекламе отсутствовала часть существенной информации об обязательном минимальном платеже для подключения к ТПО в сумме 998 рублей; в рекламе содержалось также не соответствующее действительности сведение о стоимости товара, так как информация о возможности приобретения определенного модема за 1 руб. вводила потребителей в заблуждение об отсутствии дополнительных затрат при его приобретении. При обозрении рассматриваемой рекламы из проезжающего мимо транспорта содержание текста, выполненного мелким шрифтом, не воспринимается, невозможно его прочтение и уяснение указанных в нем условий не представляется возможным (том 1 л.д.12-18).

Предписанием управления от 24.06.2011г. по делу №08-77-38/2011 обществу предложено прекратить нарушения законодательства о рекламе (том 1 л.д.19-20).

Не соглашаясь с названными ненормативными правовыми актами управления, общество обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании их недействительными.

В соответствии с пунктом 1 статьи 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконных 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.

В соответствии с пунктом 4 статьи 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц арбитражный суд в судебном заседании осуществляет проверку оспариваемого акта или его отдельных положений, оспариваемых решений и действий (бездействия) и устанавливает их соответствие закону 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.

Следовательно, для признания ненормативного правового акта налогового органа недействительным, необходимо соблюдение двух условий: несоответствие оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту и нарушение прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагающее на него какие-либо обязанности, создание иных препятствий для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Таким образом, в предмет доказывания по делу входит несоответствие оспариваемых решений действующему законодательству, а также факт нарушения прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Статьей 3 Закона о рекламе 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 продвижению на рынке, отнесена к рекламе.

Согласно статье 5 Закона о рекламе она должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Ненадлежащей признается реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, субъектом ее ответственности является рекламодатель (часть 6 статьи 38, часть 3 статьи 28, пункт 3 части 4 статьи 5, часть 7 статьи 5 Закона о рекламе).

Недостоверной признается реклама, которая содержит не соответствующие действительности сведения о стоимости или цене товара, порядке его оплаты, размере

скидок, тарифов и других условиях приобретения товара (пункт 4 части 3 статьи 5 Закона о рекламе).

Не допускается реклама, в которой отсутствует часть существенной информации о рекламируемом товаре, об условиях его приобретения или использования, если при этом искажается смысл информации, и вводятся в заблуждение потребители рекламы (часть 7 статьи 5 Закона о рекламе).

Рекламная информация общества размещена с использованием двух различных визуальных приемов: первый текст «3 G модемы до 7,2 Мбит/с - 1 руб. Успей до 31 марта. Мегафон. Будущее зависит от тебя» изготовлен крупным шрифтом и читается на большом расстоянии, второй текст «Акция действует с 01.01. 2011г. по 31.03.2011г., указана стоимость модемов Е 1750 и Е 173 при условии подключения к ТПО «Мегафон - Логин Безлимитный Акционный», количество модемов ограничено, подробнее на сайте: [www.megaфон.ru](http://www.megaфон.ru)» выполнен мелким шрифтом, расположен отдельно от основного текста рекламы и затруднен в прочтении с расстояния, с которого читается ее основной текст.

Информация об условиях приобретения товара выполнена мелким по сравнению с основным рекламным текстом шрифтом и расположена на рекламном щите таким образом, что делает невозможным ее восприятие и вводит потребителя в заблуждение относительно стоимости рекламируемого модема.

В рекламе отсутствует существенная информация о стоимости услуги подключения к обусловленной сети в сумме 998 рублей. Письмом от 16.02.11 общество подтвердило, что авансовый платеж при подключении составляет 998 рублей (том 2 д.д.5). Приобретением однорублевого модема без оплаты 998 рублей не могла быть достигнута цель потребителя рекламы как потенциального покупателя в принятии участия в рекламируемой акции.

Довод апелляционной жалобы о том, что неуказание в тексте рекламного сообщения полного перечня параметров приобретения 3G-модема, предусмотренных договором, и в то же время указание в тексте рекламного сообщения на необходимость узнать иную существенную информацию (подробности) о рекламируемом предложении ссылка на СМИ нельзя расценивать как отсутствие существенной информации, а потому решение антимонопольного органа является неправомерным, а решение суда - незаконным, отклоняется. Ни в тексте решения антимонопольного органа, ни в решении суда, не содержится указания на необходимость размещения всех условий договора. Текст рекламы формировал восприятие стоимости модема 1 рубль, в то время как действительные расходы составляли на 998 рублей больше, что повлекло недобросовестность и недостоверность рекламы.

Довод апелляционной жалобы о том, что текст спорной рекламы не является офертой, а лишь приглашением делать оферты, не освобождает рекламодателя от обязанности достоверно сообщать в рекламе условия приобретения товара.

Довод апелляционной жалобы о том, что антимонопольным органом не доказано что информация, указанная в рекламе мелким шрифтом, не воспринимается потребителем, данная позиция антимонопольного органа основана на субъективном мнении – отклоняется по следующим основаниям.

Служебной запиской №28 от 29.01.2011 специалистом первого разряда Оваевым С.В., руководителю УФАС по РК сообщено о выявленных признаках нарушения законодательства о рекламе. Из текста записки следует, что основанием для признания рекламы недобросовестной послужила нечитаемость текста на рекламе. Кроме того, при принятии решения антимонопольного органа читаемость текста оценивалась членами комиссии. Поскольку реклама рассчитана на визуальное восприятие неопределенного круга лиц, то использование метода наблюдения сотрудниками антимонопольного органа и оценка текста на основе визуального восприятия, не требующего специальных познаний, является правомерной.

Довод апелляционной жалобы о наличии заключения экспертизы «О разрешающей способности человека при чтении рекламного текста ОАО «Мегафон», и том, что антимонопольный орган ошибочно определил отсутствие связи между экспертным заключением и обстоятельствами рассматриваемого дела – судом исследованы и установлены следующие обстоятельства:

из экспертного научного заключения о разрешающей способности человека при чтении рекламного текста ОАО «Мегафон», проведенной лабораторией физиологии зрения Института физиологии им. И.П. Павлова, следует, что была создана группа наблюдателей в количестве 13 человек с остротой зрения не ниже 1.0. Проведенные теоретические расчеты, а также исследования, проведенные на испытуемых добровольцах, показали, что дистанция распознавания текста в предложенном для исследования образце рекламного плаката в условиях средней дневной освещенности при бинокулярном предъявлении составляет величину 18,04+ - 1,05 м.

В данном заключении не содержится сведений о том, какой рекламный текст предъявлен на экспертизу, поэтому нет оснований считать этот документ относящимся к делу.

В заключении указано, что рекламный текст изготовлен на листке бумаги с угловым размером 1м 20 см (ширина) 40 см (высота), размер знаков для строчных букв составляет 15мм-22мм (ширина) 20 мм (высота). Толщина элементов (ножки) буквы составляет 4 мм,

ширина разрыва между ножками букв 6-8мм, использованы белые буквы на темно-зеленом фоне, контраст надпороговый. Из описания следует, что текст выполнен шрифтом одного размера.

Между тем, рассматриваемый в данном деле текст рекламы выполнен неодинаковым шрифтом, расположен на рекламном щите размером 3х6 метров, на высоте свыше трех с половиной метров от земли, что подтверждено решением антимонопольного органа, фотографиями, и не отрицается обществом.

Использование обществом такого визуального приема в рекламе как неодинаковый размер шрифта размещенной информации, когда размер букв и крупного шрифта во много раз превышает размер буквы и цифр мелкого шрифта водит в заблуждение потребителей относительно рекламируемого товара. В рассматриваемом случае вся информация, касающаяся рекламной акции, подается не одинаково, поэтому искажается действительный смысл информации, размещенной крупным шрифтом, так как в ней отсутствуют уточнения, указанные мелким шрифтом, а также уточнения не указанные вовсе. То обстоятельство, что в ФЗ о рекламе не прописан размер шрифта, не освобождает рекламодателя от соблюдения требований достоверности и добросовестности рекламы.

Как следует из заключения экспертизы, проводилось исследование восприятия рекламного сообщения группой лиц, которые относятся к категории пешеходов; однако обществом не учтено того обстоятельства, что рекламный щит установлен рядом с проезжей частью, а восприятие пассажиров проезжающего транспорта экспертным учреждением не следованно.

Кроме того, размер шрифта рекламного текста, представленного на экспертизу, не соответствует размеру шрифта, выполненного на рекламном щите (мелким шрифтом), что подтверждено решением антимонопольного органа, основанном на собранных материалах дела; в рекламе используется прием, связанный с неодинаковой подачей информации, а текст рекламного сообщения, представленного на экспертизу, был выполнен шрифтом одного размера, что облегчает уровень восприятия информации при проведении экспертизы; количество строчек в рекламных текстах не одинаковы; в экспертном заключении отсутствуют данные о том, в каких условиях проводились испытания по поводу восприятия спорного текста, реклама же была размещена на высоте около трех метров, что также затрудняет читаемость содержания текста.

В связи с перечисленными обстоятельствами суд апелляционной инстанции приходит к выводу о том, что представленное экспертное заключение, не опровергает факт недоступности восприятия текста рекламного сообщения, выполненного мелким шрифтом.



Суд первой инстанции не исследовал заключение экспертного учреждения, однако данное обстоятельство не послужило основанием к принятию незаконного и необоснованного решения.

Довод апелляционной о том, что несвоевременное направление в адрес общества мотивированного решения УФАС по РК нарушило права общества на обжалование – отклоняется, так как судом первой инстанции заявление об оспаривании решения антимонопольного органа принято и рассмотрено и тем самым восстановлено право на обжалование.

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 Калмыкия от 17 октября 2011 г. по делу № А22-1549/2011.

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 Калмыкия от 17 октября 2011 г. по делу № А22-1549/2011 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

И.А. Цигельников