

**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****14 июля 2011 года****Дело № А70-749/2011**

Резолютивная часть постановления объявлена 07 июля 2011 года

Постановление изготовлено в полном объеме 14 июля 2011 года

Восьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Шиндлер Н.А.,

судей Золотовой Л.А., Лотова А.Н.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем Бондарь И.В.,

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу (регистрационный номер 08АП-3833/2011) общества с ограниченной ответственностью «Элемент-Трейд-Тюмень» на решение Арбитражного суда Тюменской области от 06.04.2011 по делу № А70-749/2011 (судья Коряковцева О.В.), принятое по заявлению общества с ограниченной ответственностью «Элемент-Трейд-Тюмень» к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области о признании незаконным решения от 11.10.2010 № Р10/132-05 о нарушении законодательства о рекламе,

при участии в судебном заседании представителей:

от общества с ограниченной ответственностью «Элемент-Трейд-Тюмень» – не явился, о времени и месте судебного заседания извещен надлежащим образом;

от Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области – не явился, о времени и месте судебного заседания извещен надлежащим образом;

**установил:**

ООО «Элемент-Трейд-Тюмень» (далее – заявитель, Общество) обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании незаконным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее – заинтересованное лицо, антимонопольный орган, управление) от 11.10.2010 № Р10/132-05.

Решением от 06.04.2011 по делу № А70-749/2011 в удовлетворении требований заявителя было отказано, поскольку материалами дела подтвержден факт распространения Обществом ненадлежащей рекламы алкогольной продукции, о чем правомерно указал антимонопольный орган в оспариваемом решении.

В апелляционной жалобе заявитель, ссылаясь на нарушение судом норм материального права, неполное выяснение фактических обстоятельств дела, просит решение отменить и принять новый судебный акт об удовлетворении требований Общества.

В обоснование своей позиции податель жалобы отмечает, что исходя из смысла статьи 3, части 3 статьи 21 Федерального закона №38-ФЗ рекламное пространство включает в себя только информацию о товаре, являющегося объектом рекламирования и само предупреждение о вреде чрезмерного употребления алкогольной продукции.

Податель жалобы считает, что антимонопольный орган при определении площади рекламного поля на листовке необоснованно учел в составе площади поля область фона листовки. По убеждению заявителя, поскольку рекламное поле на листовке четко очерчено, фон листовки не относится к рекламируемому товару, то таковой не подлежит учитывать в составе рекламного площади.

Также податель жалобы отмечает, что из рекламной площади также следует исключить часть листовки с надписью «РАЙТ», поскольку таковая (часть листовки) выделена другим цветом и не относится к рекламируемому товару. Заявитель считает, что наименование магазина является «адресным блоком» и к рекламе товара (водки) не имеет ни какого отношения.

Податель жалобы также не согласен с выводом суда о недопустимости размещения на рекламной листовке надписи о вреде алкоголя, исполненной полупрозрачными буквами на грани видимости. По убеждению действующее законодательство о рекламе не содержит требований к стилю оформления предупреждающих надписей.

В представленном в апелляционный суд отзыве на жалобу Общества антимонопольный орган выразил свое несогласие с доводами подателя жалобы, считает решение суда первой инстанции законным, обоснованным и не подлежащим отмене или изменению.

Суд апелляционной инстанции в силу части 3 статьи 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации рассмотрел апелляционную жалобу в отсутствие представителей участвующих в деле лиц, извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного разбирательства и не заявивших ходатайства об его отложении.

Суд апелляционной инстанции, исследовав материалы дела, изучив апелляционную жалобу, отзыв на нее, установил следующие обстоятельства.

В Тюменское УФАС России поступило заявление от гражданина Маркевича А.Е., в том числе из управления Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека по Тюменской области (вх. № 5772 от 23.07.2010) о распространение рекламных листовок ООО «Элемент-Трейд-Тюмень», содержащих признаки нарушения Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Заявитель считает, что слова «чрезмерное употребление алкоголя (пива) вредит вашему здоровью» нанесены с нарушением требований ст. 21, ст. 22 Закона о рекламе, а именно, слова о предупреждении занимают менее чем 10% рекламной площади и надписей почти не видно.

На основании названных обращений было возбуждено дела №Р10/132 по признакам нарушения законодательства о рекламе.

В ходе контрольных мероприятий антимонопольным органом было установлено, что Обществом, в жилом доме по адресу: г. Тюмень, ул. Радищева, 29, в июле 2010 г. распространялись рекламные листовки с изображением различного вида товаров, в том числе алкогольной продукции.

В договоре на оказание полиграфических услуг № 069з от 11.01.2010, ООО «Элемент-Трейд-Тюмень» в качестве Заказчика поручает Исполнителю (ООО «Полиграфсервис») оказывать услуги по печати и размножению издательской продукции, а именно рекламных листовок, согласно Заявке-заказу № 001 (приложение № 1 к договору). Также Общество заказало рассылку рекламных листовок согласно

договора возмездного оказания услуг по рассылке печатной продукции № 1/1 от 18.01.2010.

Также антимонопольный орган установил, что на последней странице рекламной листовки изображены бутылки и тетрапакеты, предлагаемые гипермаркетом «РАЙТ», с соответствующими надписями:

«Водка Пять озёр 0,5 л., Вино Феликс Солис Пеньясол крас\бел сух 1 л., Напиток винный Сангрия п/слад 1 л., Ликер сливочный История Любви 0,5 л.»

Поскольку слова «чрезмерное употребление алкоголя (пива) вредит вашему здоровью» нанесены с нарушением требований ст. 21, ст. 22 Закона о рекламе, а именно, слова о предупреждении занимают менее чем 10% рекламной площади и надписей почти не видно, по результатам рассмотрения комиссией антимонопольного органа материалов дела №Р10/132, возбужденного по признакам нарушения законодательства о рекламе, было вынесено оспариваемое решение от 11 октября 2010 г. № Р10/132-05.

Названным решением антимонопольного органа вышеуказанная реклама алкогольной продукции признана ненадлежащей.

Не согласившись с означенным решением Управления, Общество обратилось в Арбитражный суд с заявлением о признании его недействительным.

Решением от 06.04.2011 по делу № А70-749/2011 в удовлетворении требований заявителя было отказано.

Означенное решение суда первой инстанции обжалуется в Восьмой арбитражный апелляционный суд.

Суд апелляционной инстанции, проверив в порядке статьи 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации законность и обоснованность решения арбитражного суда первой инстанции, не находит оснований для его отмены.

Согласно подпункту 5.3.1.1 пункта 5.3.1 статьи 5 Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 № 331, Федеральная антимонопольная служба осуществляет контроль в том числе за соблюдением коммерческими и некоммерческими организациями, федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления антимонопольного законодательства, законодательства о естественных

монополиях, законодательства о рекламе (в части установленных законодательством полномочий антимонопольного органа).

Осуществляя государственный контроль в сфере рекламы, антимонопольный орган действует в пределах полномочий, установленных в статье 33 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон № 38-ФЗ, Закон о рекламе).

Согласно части 1 статьи 36 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 соответствии со ст. 3 Закона 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.

Подпунктом 4 ст. 3 Закона установлено, что ненадлежащей рекламой является реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В силу п. 3 ч. 2 ст. 5 Закона недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого, в частности, запрещена данным способом, в данное время или в данном месте, а также под видом рекламы изготовителя или продавца такого товара.

Частью 3 ст. 21 Закона установлено, что реклама алкогольной продукции в каждом случае должна сопровождаться предупреждением о вреде ее чрезмерного потребления, причем такому предупреждению должно быть отведено не менее чем десять процентов рекламной площади (пространства).

Как следует из оспариваемого решения, на последней странице рекламной листовки изображены бутылки и тетрапакеты алкогольной продукции, по периметру идет надпись, при чем надпись сверху не читаемая, так как предупреждающая надпись на светло-голубом фоне, где изображены белые облака, нанесена белыми буквами.

Антимонопольный орган в ходе контрольных мероприятий установил тот факт, что данная реклама является рекламой алкогольной продукции, в которой

предупреждению о вреде чрезмерного потребления алкогольной продукции отведено менее чем десять процентов рекламной площади (пространства), что является нарушением части статьи 21 Закона о рекламе.

Таким образом, вышеназванная реклама, не соответствующая требованиям статьи 21 Закона о рекламе, является ненадлежащей.

Суд первой инстанции, формируя вывод о нарушении Обществом части 3 статьи 21 Закона о рекламе, путем размещения на рекламной листовке надписи о вреде чрезмерного употребления алкоголя на площади, составляющей меньше 10% от рекламной, и признавая решение антимонопольного органа правомерным исходил из того, что рекламной площадью в спорной ситуации подлежит признать всю площадь листовки, поскольку одинаковый по всей листовке фон, на котором изображены, как сама алкогольная продукция, так и наименование ее продавца «Райт», воспринимаются как единое целое.

Апелляционная коллегия находит названный вывод суда первой инстанции правомерным

То обстоятельство, что изображение товара и сведения о нем заключены в таблицу, не свидетельствует о том, что рекламным пространством подлежит признавать именно такую таблицу, поскольку вся страница листовки с одинаковым фоном воспринимается как единое целое. Более того, апелляционный суд находит позицию подателя жалобы несостоятельной и в силу того, что надпись о вреде чрезмерного употреблении алкоголя находится за пределами табличной части листовки, что свидетельствует о том, что листовка за рамками таблицы представляет собой продолжение общего рекламного изображения.

Апелляционная коллегия также отклоняет довод подателя жалобы о том, что из рекламной площади следует исключить часть листовки с надписью «РАЙТ».

Согласно статье 3 Федерального закона №38-ФЗ под **объектом рекламирования** понимается 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 (п. 2 ст. 3 Закона о рекламе).

В силу ч. 4 ст. 2 Закона о рекламе специальные требования и ограничения, установленные настоящим Федеральным законом в отношении рекламы отдельных видов товаров, распространяются также на рекламу средств индивидуализации таких товаров, их изготовителей или продавцов, за исключением случая, если реклама средств индивидуализации отдельного товара, его изготовителя или продавца явно не относится к товару, в отношении рекламы которого настоящим Федеральным законом установлены специальные требования и ограничения.

Таким образом, листовка, с изображением определённого товара, сопровождаемым наименованиями, обозначением стоимости, и надписью «РАИТ» является рекламой, которая привлекает внимание как к алкогольной продукции реализуемой гипермаркетом «РАИТ», так и к самому продавцу товара - гипермаркету «РАИТ», поскольку для продавца (а не производителя) реклама товара без указания места его реализации является бессмысленной.

Таким образом, рекламная площадь (пространство) включает в себя не только информацию о товаре и предупреждение, о вреде чрезмерного употребления алкогольной продукции, наименование продавца товара, но и все пространство, выделенное для рекламы.

Следовательно, вывод Арбитражного суда о том, что одинаковый по всей листовке фон, на котором изображены, как сама алкогольная продукция, так и наименование ее продавца «Райт», воспринимаются как единое целое, а рекламной площадью является вся страница полностью, соответствует нормам права.

Апелляционный суд отклоняет возражения подателя жалобы относительно вывода суда первой инстанции о нарушении Обществом законодательства о рекламе путем размещения на рекламной листовке предупредительной надписи в полупрозрачном стиле.

Согласно ч. 3 ст. 21 Закона о рекламе, реклама алкогольной продукции в каждом случае должна сопровождаться предупреждением о вреде её чрезмерного потребления.

Цель размещение надписи о вреде чрезмерного потребления алкогольной продукции - предупреждение граждан о последствиях злоупотребления товаром, следовательно, такая надпись должна быть четкой, понятной, различимой для потенциальных потребителей рекламы. Это требование нет необходимости прямо указывать в законе, поскольку оно вытекает из смысла заложенной законом цели.

Поскольку изображение надписи на спорной листовке не отвечает цели, установленной законом, апелляционный суд находит правомерным признание антимонопольным органом спорной рекламы ненадлежащей.

Таким образом, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о правомерности оспариваемого решения налогового органа.

Суд апелляционной инстанции считает, что судом первой инстанции при рассмотрении спора правильно установлены обстоятельства, имеющие значение для дела, полно, всесторонне и объективно исследованы представленные доказательства в их совокупности и взаимосвязи с учетом доводов и возражений, приводимых лицами, участвующими в деле, и сделаны правильные выводы по делу.

При таких обстоятельствах решение суда первой инстанции принято без каких-либо нарушений норм материального или процессуального права, основания для отмены отсутствуют.

В связи с отказом в удовлетворении апелляционной жалобы, на основании статьи 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, статьи 333.21 Налогового кодекса Российской Федерации, расходы по оплате государственной пошлины за рассмотрение апелляционной жалобы относятся на Общество.

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 «Элемент-Трейд-Тюмень» оставить без удовлетворения, решение Арбитражного суда Тюменской области от 06.04.2011 по делу № А70-749/2011 – 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.



Председательствующий

Н.А. Шиндлер

Судьи

Л.А. Золотова

А.Н. Лотов