

**Арбитражный суд Ярославской области****ИМЕНЕМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ****Р Е Ш Е Н И Е****г. Ярославль****Дело №А82-11188/2012****28 декабря 2012 года**

Резолютивная часть решения оглашена – 07 декабря 2012 года

Полный текст решения изготовлен – 28 декабря 2012 года

Арбитражный суд Ярославской области**в составе судьи Глызиной А.В.**

при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Клименко Т.Н., помощником судьи Носковой Т.В., рассмотрев в судебном заседании дело по заявлению

Общества с ограниченной ответственностью "Центр Передовых Технологий "Вита Ли-Ярославль" (ИНН - 7604062901, ОГРН – 1037600410902, адрес местонахождения - 150 001, г. Ярославль, ул. Б. Федоровская, д.73/2)

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области (ИНН - 7604009440, ОГРН - 1027600695154, юридический адрес – 150 000, г. Ярославль, ул. Свободы, д. 46)

о признании незаконным и отмене постановления о наложении штрафа по делу об административном правонарушении №04-04/35А-12 от 06.08.2012г.

при участии:**от заявителя – Козлов А.А. – предст. по дов.****от ответчика – Студенова А.В., Бай-Бородина Л.Ю. - предст. по дов.****установил:**

Общество с ограниченной ответственностью "Центр Передовых Технологий "Вита Ли-Ярославль" (ИНН - 7604062901, ОГРН – 1037600410902, адрес местонахождения - 150 001, г. Ярославль, ул. Б. Федоровская, д.73/2) (далее

по тексту – Общество) обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании незаконным постановления о наложении штрафа по делу об административном правонарушении №04-04/35А-12 от 06.08.12.

Оспариваемым постановлением Общество было привлечено к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ в виде 100 000 рублей штрафа за нарушения Федерального закона «О рекламе».

Заявитель настаивает на правомерности заявленных требований; считает, что размещенная им реклама не содержала нарушений действующего законодательства.

Ответчик требования заявителя не признает, настаивает на законности и обоснованности оспариваемых актов, по основаниям, изложенным в отзыве на заявление, дополнениях к отзыву.

Фактические обстоятельства дела состоят в следующем.

Предметом рассмотрения антимонопольного органа явилась следующая реклама. В эфире «Радио России» в августе 2011 г. размещались радиопередачи о геле «Витальгар». В соответствии со свидетельством о государственной регистрации, № RU.77.99.19.007.Е.044617.10.11 от 28.10.2011 г. гель охлажденный «Витальгар» - зарегистрирован в качестве пищевого продукта для диетического (лечебного и профилактического) питания.

В соответствии с «ОК 005-93 Общероссийский классификатор продукции», утвержденным Постановлением Госстандарта России от 30.12.1993 г. № 301, гелю «Витальгар» присвоен код 92 8490 «Продукция из водорослей прочая».

Таким образом, рекламируемый гель «Витальгар» является пищевым продуктом и не является лекарственным средством.

Вместе с тем, в рассматриваемой рекламе содержатся следующие утверждения о свойствах геля «Витальгар»:

- «Витальгар» применяется в качестве профилактического продукта при многих заболеваниях: сердечно-сосудистых заболеваниях, пред- и постинсультных заболеваниях, гипертонической болезни 1 и 2 степени, сопровождающейся стенокардией, нарушением сердечного ритма, сердечной недостаточностью; ишемической болезни сердца; тромбозе и болезнях вен. Отмечено положительное действие «Витальгара» при болезнях желудочно-кишечного тракта: гастритах, колитах, дисбактериозе кишечника, сопровождающемся запорами. Применение «Витальгара» при различных заболеваниях тщательно проанализировано авторами пособия для врачей под редакцией академиков Разумова и Михайлова (ролик № 3);'

- при использовании «Витальгара» в комплексной терапии атеросклероза, сердечно-сосудистых заболеваниях, заболеваниях желудочно-кишечного тракта значительно ускоряется процесс выздоровления, снижаются побочные эффекты от приема большого количества лекарств. Список болезней, при которых рекомендуется применение пищевого продукта «Витальгар» очень внушителен, (ролик №4).

Также в рекламных роликах говорится о том, что отдельные компоненты, входящие в состав геля «Витальгар»:

- способствуют рубцеванию трофических язв, очищению сосудов и капилляров от атеросклеротических отложений, способствуют улучшению кровоснабжения глаз, улучшению остроты зрения, укрепляют стенки сосудов, снимают напряжение, способствуют нормализации уровня сахара в крови, способствуют улучшению микроциркуляции крови, способны восстановить проходимость глубоких вен и снизить отечность при трофических нарушениях (ролик № 1);

- способствуют нормализации артериального давления, освобождают организм и суставы от неорганических солей, шлаков и токсинов (ролики № 2, 5);

- препятствуют тромбообразованию и устраняют уже возникшие тромбы, нормализует обменные процессы в организме (ролик № 6);

- способствуют регулированию работы сердечно-сосудистой системы, эндокринных желез, способствуют нормализации кровяного давления, укреплению стенок сосудов, разжижению крови при варикозном расширении вен при проблемах с сосудами, способствуют восстановлению поврежденных стенок сосудов, уменьшают отеки, освобождают от токсинов, шлаков, от солей тяжелых металлов и это помогает нашей печени, способны снять спазмы, прочистить бронхолегочную систему, способствуют уменьшению воспалительных процессов в бронхах, действуют как природный антибиотик (ролик № 7);

- снимают воспаление в пораженном суставе, играют роль в формировании костной ткани для образования хрящей и связок, способствуют в восстановлении подвижности суставов, нормализует уровень сахара в крови (ролик № 8).

Транслируемые в эфире радиопередачи содержат звонки радиослушателей, в которых граждане перечисляют имеющиеся у них заболевания, упоминают о применении ими продукта, и сообщают о наступивших после этого улучшениях.

Например:

-«Мы вместе с мужем пьем. Он читал с очками, потом прекратил чтение с очками, читал без очков. Но сейчас опять (года 3 прошло) одевает очки.. Еще..трофические язвы...Можно его принимать?»

Ответ ведущего специалиста ООО «Центр передовых технологий «Вита Ли» Федосеевой В.В.: «Внутри принимать хорошо, способствует рубцеванию, внутри он пусть принимает, тем более у него так отозвался организм» (ролик № 1, мин. 4:25);

- «У меня был приступ, сильная головная боль, тошнота, я лежала, не вставала с постели. И решила попробовать. И я почувствовала себя лучше. Я ночью не спала, голова кружилась, шум в ушах был. А сейчас все прошло. Сейчас я чувствую себя бодрее. Меня и сердце беспокоило, и спина сильно болела. А сейчас прошло, уже год после этого не болела спина, нормально все. Довольна очень, голова не болит, головокружений нет, поясница не болит...» (ролик № 2, мин. 3:45);

- «Не поднималась правая рука, тазобедренный сустав, колено правое - была опухоль и боли, подагра у меня, боли были адские, не могла с постели

встать. И вы знаете, стала работать рука, стала подниматься рука, боли исчезли, спать стала хорошо, энергии прибавилось... » (ролик № 2, мин. 8:50);

- «У меня была стенокардия. Я в течение 20 лет делала уколы. Последний раз сделала 30 уколов и решила **«Витальгар»** заказать. Меня сердце не беспокоит, у меня перестала печень болеть, изжоги не стало, меньше диету соблюдаю, вены стали лучше, болеть перестали, поясница перестала болеть, третий год не простужаюсь. Это великое дело! Память улучшилась» (ролик № 7, мин. 4:48);

- «Астма, сердечная недостаточность, остеохондроз, печень, суставы, сахарный диабет.. Все у меня улучшается, никаких симптомов. Я когда обострение всегда быстро-быстро заказываю. Появляются силы, хочется жить» (ролик № 7, мин. 09:03) и др.

При прослушивании радиопередач, по мнению ответчика, у потребителей складывается впечатление о том, что звонки в студию осуществляются в прямом эфире, в начале передач сообщается телефон прямого эфира, поступающие звонки сопровождаются словами ведущего: «А у нас уже есть первый телефонный звонок», «У нас есть еще один телефонный звонок».

Материалами дела установлено, что данные звонки осуществлялись специалистами Общества по имеющейся базе данных клиентов (покупателей пищевого продукта «Витальгар») в период с 2008 по 2010 г., затем запись телефонных звонков была смонтирована, вышедшие в эфир звонки составлены из нарезанных фрагментов.

Аудиоролики о геле «Витальгар» размещались в эфире «Радио России» на основании договора на рекламно-информационное обслуживание от 11.01.2011 г., заключенного между ФГУП «ФГТРК» и ООО «Центр передовых технологий «Вита Ли - Ярославль» в соответствии с согласованным сторонами медиа-планом. Согласно пункту 2.2.1. договора ООО «Центр передовых технологий «Вита Ли - Ярославль» предоставляет ФГУП «ВГТРК» текст рекламы, рекламного объявления или информацию, необходимую для подготовки материала, готовый материал не позднее чем за два дня до выхода в эфир.

Услуги по размещению роликов в эфире «Радио России» в августе 2011 г. приняты и оплачены ООО «Центр передовых технологий «Вита Ли - Ярославль», что подтверждается актами № 00000781, № 00000782 от 31.08.2011г. и платежным поручением № 501 от 08.08.2011 г.

Таким образом, рекламодателем является ООО «Центр передовых технологий «Вита Ли - Ярославль».

По мнению ответчика, Общество является рекламодателем, допустившим, в рассматриваемой рекламе нарушения требований пункта 6 части 5 статьи 5, пункта 10 части 3 статьи 5 ФЗ «О рекламе».

Изложенные правонарушения Общества были ответчиком отражены в протоколе об административном правонарушении от 21.06.12.

По итогам рассмотрения дела об административном правонарушении ответчиком было вынесено оспариваемое постановление о привлечении Общества к административной ответственности.

Законный представитель Общества надлежащим образом был извещен ответчиком о месте и времени составления протокола об административном правонарушении и о рассмотрении указанного административного дела.

Изложенные фактические обстоятельства подтверждены материалами дела; не оспариваются ни одной из сторон; судом считаются установленными.

Правовая позиция ответчика состоит в следующем.

В рассматриваемой рекламе рекламируется товар - гель «Витальгар», который является пищевым продуктом, не является зарегистрированным лекарственным средством.

Вместе с тем, в радиопередачах, по мнению ответчика, неоднократно перечисляются конкретные заболевания, называются их причины и одновременно упоминается гель "Витальгар" как средство, оказывающее лечебно-профилактический эффект; рассказывается, какой положительный эффект оказывают отдельные составляющие геля на конкретные системы организма и органы при нарушении их деятельности.

Объектом рекламирования в рассматриваемой рекламе является продукт «Витальгар», именно он является товаром, на привлечение внимания к которому, формирование или поддержание интереса к нему и продвижение его на рынке направлена данная рекламная информация.

Перечисленные в рекламе вещества и микроэлементы являются составляющими продукта «Витальгар», и сами по себе не являются товаром, предназначенным для продажи. Согласно контекста передач, сведения о свойствах компонентов, входящих в состав геля «Витальгар» и перечисляемых в транслируемых передачах, воспринимаются как информация о лечебных свойствах продукта.

Телефонные звонки размещены в передачах, посвященных продукту «Витальгар», в некоторых из них указывается на гель «Витальгар». Следовательно, перечисляемые радиослушателями улучшения здоровья наступило именно вследствие приема ими геля «Витальгар», поэтому воспринимаются данные телефонные звонки как одобрение физическими лицами рекламируемого геля «Витальгар». Вопреки заключению специалиста., в ролике № 1, мин. 2:45 в ответе на вопрос радиослушателя содержится рекомендация ведущего специалиста ООО «Центр передовых технологий «Вита Ли» Федосеевой В.В. относительно применения объекта рекламирования при трофической язве и т.д..

Таким образом, рекламные ролики содержат прямое указание на положительное влияние геля «Витальгар» на течение болезней, то есть на лечебные свойства геля "Витальгар", что является нарушением пункта 6 части 5 статьи 5 ФЗ «О рекламе».

По мнению ответчика, телефонные звонки в рассматриваемой рекламе не являются достоверными, собраны из отдельных фрагментов. Документы, подтверждающие поступление указанных звонков, их время, дату, номер

абонентов ООО «Центр передовых технологий «Вита Ли - Ярославль» ответчику на рассмотрение дела - не представлены.

Кроме того, при прослушивании ряда телефонных звонков (например, первый звонок в ролике № 1) невозможно определить, о каком именно препарате говорят дозвонившиеся лица. Первоначальные записи телефонных звонков ООО «Центр передовых технологий «Вита Ли - Ярославль» также не представлены.

В соответствии с пунктом 10 части 3 статьи 5 ФЗ «О рекламе» запрещено указание в рекламе не соответствующих действительности сведений о рекомендациях физических или юридических лиц относительно объекта рекламирования либо о его одобрении физическими или юридическими лицами.

Письменное изложение правовой позиции ответчика подробно изложено в материалах дела.

Правовая позиция заявителя состоит в следующем.

По мнению заявителя, ответчиком допущено нарушение как материальных, так и процессуальных норм при привлечении Общества к административной ответственности.

По мнению заявителя, выводы антимонопольного органа основаны на личной оценке сотрудниками УФАС аудиороликов с информацией о продукте «Вмтальгар». Ответчиком не представлены в материалы дела заключения экспертов либо специалистов, подтверждающие их доводы.

В свою очередь, заявителем было получено Заключение специалиста Аниськиной Н.В. от 01.03.12 – представлено в материалы дела. Указанный специалист обладает, по мнению заявителя, необходимой квалификацией, опытом работы и познаниями – данные сведения подтверждены документально в материалах дела; в Заключении сделал вывод о том, что рассматриваемые в аудиороликах тексты рекламной информации – «не содержат указания на лечебные свойства продукта «Витальгар».

Поскольку указанный специалист не был привлечен к участию в деле судом, в порядке статьи 55.1 АПК РФ, оказывал услуги Обществу на договорной основе, то заявителем было заявлено ходатайство о привлечении Аниськиной Н.В. к участию в деле в качестве свидетеля. Данное ходатайство было судом удовлетворено; свидетель Аниськина Н.В. заслушана в судебном заседании (аудиозапись судебного заседания от 04.12.12); подтвердила результаты своего исследования, приведенные в Заключении от 01.03.12.

Также заявителем были приведены доводы о пропуске ответчиком срока давности для привлечения его к административной ответственности оспариваемым постановлением, с учетом конкретных дат выхода в эфир.

Также заявитель просит суд в случае установления в его действиях состава правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, применить к нему нормы статьи 2.9 КоАП РФ.

Рассмотрев доводы сторон, представленные доказательства по делу, суд считает заявленные Обществом требования необоснованными в полном объеме, с учетом следующего.

Требования к правоотношениям субъектов в сфере рекламы, распространяемой на территории Российской Федерации, установлены Федеральным Законом «О рекламе» от 13.03.06 № 38-ФЗ (с изменениями и дополнениями).

Понятие «реклама» сформулировано в пункте 1 статьи 3 вышеуказанного Закона, как « информация, распространения любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижения на рынке». Также в указанной статье закреплены понятия «объект рекламирования», «товар», «рекламодатель», «ненадлежащая реклама».

В соответствии с положениями статьи 3 Федерального закона «О рекламе», реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является не надлежащей.

Ссылки антимонопольного органа на нарушение Обществом пункта 10 части 3 статьи 5, пункта 6 части 5 статьи 5 ФЗ «О рекламе» суду представляются обоснованными с учетом следующего.

Содержание рассматриваемой рекламы (рекламных роликов), по мнению суда, свидетельствует о том, что до неопределенного круга потребителей доводилась информация именно о лечебных свойствах данного товара.

Доводы заявителя отклоняются судом в полном объеме, поскольку из содержания рассматриваемой рекламной информации с определенностью можно сделать вывод, что спорным объектом рекламирования товара являлись именно - его особые «лечебные» свойства.

В нарушение статьи 65 АПК РФ, заявителем не представлено суду необходимых и достаточных доказательств того, что спорная реклама являлась надлежащей.

Нормативные ссылки, приведенные ответчиком, суду представляются надлежащими, соответствующими выявленным в тексте спорной рекламы нарушениям.

Судом рассмотрен и отклоняется довод заявителя о том, что сотрудники антимонопольного органа не обладают достаточными познаниями для оценки содержания спорных рекламных роликов, с учетом следующего.

Нормы Закона о рекламе развивают положения Международного кодекса рекламной практики, принятого Международной торговой палатой (в частности, в редакции от 02.12.1986).

Введением в указанный Кодекс установлено, что «Кодекс свидетельствует, что промышленность и торговля, включая все стороны, имеющие отношение к рекламной деятельности, признают свою ответственность перед потребителем и обществом...

В настоящей редакции кодекса сочетается предыдущий опыт с сегодняшним пониманием сущности рекламы как средства обмена информации между продавцами и потребителями».

Основные принципы рекламы сформулированы в Кодексе следующим образом: «Вся реклама должна быть законной, пристойной, честной и достоверной».

Согласно статьи 4 Кодекса: «Реклама не должна содержать заявлений и образов, которые непосредственно или косвенно, умышленно или по оплошности, за счет замалчивания, двусмысленности или преувеличений могут ввести в заблуждение потребителя...».

Раздел Кодекса «Интерпретация» содержит следующую норму - «Реклама должна оцениваться по тому действию, которое она может оказать на потребителя...».

При этом, поскольку реклама подлежит распространению среди неопределенного круга лиц (потенциальных потребителей), то обоснованным следует признать вывод ответчика в оценке спорной рекламы – как субъекта, напротив, не обладающего специальными познаниями в области медицины либо коммуникации и рекламы.

С учетом вышеизложенного подхода, соответствующего как нормам международного права, так и нормам Федерального закона «О рекламе» № 38-ФЗ, суд не принимает в качестве надлежащего доказательства по делу Заключение специалиста от 01.03.12, равно как и объяснения, данные свидетелем Аниськиной Н.В. в судебном заседании; пришел к выводу о наличии в содержании рассматриваемой рекламы признаков вменяемого Обществу правонарушения.

Статьей 14.3 КоАП РФ предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе.

Факт выявленных антимонопольным органом нарушений Общества - как рекламодателя подтвержден материалами дела, судом считается установленным.

Антимонопольным органом административная ответственность была применена в порядке, размере и сроки, предусмотренные КоАП РФ.

Судом рассмотрен и отклоняется довод заявителя о пропуске ответчиком срока давности для привлечения его к административной ответственности, с учетом следующего.

Оспариваемое постановление было вынесено ответчиком - 06.08.12, его полный текст изготовлен – 08.08.12.

В материалах дела имеются - медиа-план размещения рекламно-информационных материалов в эфире в августе 2011 года (приложение к договору от 11.01.11) и эфирные справки, которые составляются рекламораспространителем – «Радио России», и содержат информацию о фактическом размещении рассматриваемой рекламы в эфире с указанием дат, количестве выходов в эфир, продолжительности звучания рекламного ролика. Оплата услуг производилась Обществом на основании указанных эфирных справок.

Из указанных справок следует, что реклама была размещена в эфире в том числе - на даты 02.08.11, 03.01.12, 06.08.11. Указанные даты размещения рекламы и, соответственно, совершения Обществом вмененного ему правонарушения, безусловно, находятся в пределах срок давности - 1 год, предусмотренного статьей 4.5 КоАП РФ, для привлечения Общества к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе.

Обстоятельств, исключающих применение административной ответственности либо обстоятельств, свидетельствующих о малозначительности, совершенного Обществом правонарушения, судом из материалов дела не установлено.

Ответчиком в материалы дела представлено письменное изложение правовой позиции И.о. Руководителя Ярославского УФАС России Завьялова М.Ф. – с обоснованием размера примененной ответственности и о невозможности применения к рассматриваемому правонарушению статьи 2.9 КоАП РФ.

Суду представляется обоснованным доводы ответчика о причинении Обществом существенного ущерба охраняемым общественным правоотношениям, поскольку объектом рекламирования в данном случае являлись товар и свойства товара, которые могут создавать угрозу негативных последствий для здоровья неопределенного круга лиц; имеют значительную общественную опасность. Существенным также, по мнению суда, следует признать неоднократный характер выявленных нарушений.

С учетом изложенного, отсутствуют основания для удовлетворения заявленных Обществом требований в полном объеме.

Руководствуясь статьями 207 - 211 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

Р Е Ш И Л :

Отказать в удовлетворении заявленных требований.

Решение может быть обжаловано в десятидневный срок во Второй арбитражный апелляционный суд(г. Киров) в установленном законом порядке.

Судья

А.В. Глызина