



**ФЕДЕРАЛЬНЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД
ВОЛГО-ВЯТСКОГО ОКРУГА**
Кремль, корпус 4, Нижний Новгород, 603082
<http://fasvvo.arbitr.ru/> E-mail: info@fasvvo.arbitr.ru

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ
арбитражного суда кассационной инстанции**

Нижний Новгород
21 октября 2013 года

Дело № А82-11188/2012

(дата изготовления постановления в полном объеме)
Резолютивная часть постановления объявлена 16.10.2013.

Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа в составе:
председательствующего Забурдаевой И.Л.,
судей Башевой Н.Ю., Чигракова А.И.

в отсутствие представителей лиц, участвующих в деле,

рассмотрел в судебном заседании кассационную жалобу заявителя –
общества с ограниченной ответственностью
«Центр Передовых Технологий «Вита Ли – Ярославль»

на решение Арбитражного суда Ярославской области от 28.12.2012,
принятое судьей Глызиной А.В., и
на постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 28.05.2013,
принятое судьями Ившиной Г.Г., Буториной Г.Г., Кононовым П.И.,
по делу № А82-11188/2012

по заявлению общества с ограниченной ответственностью
«Центр Передовых Технологий «Вита Ли – Ярославль»
(ИНН: 7604062901, ОГРН: 1037600410902)
к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области
(ИНН: 7604009440, ОГРН: 1027600695154)
о признании незаконным и об отмене постановления
по делу об административном правонарушении

и у с т а н о в и л :

общество с ограниченной ответственностью «Центр Передовых Технологий «Вита Ли – Ярославль» (далее – ООО «ЦПТ «Вита Ли – Ярославль», Общество) обратилось в Арбитражный суд Ярославской области с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области (далее – Управление, антимонопольный орган) о признании незаконным и об отмене постановления о наложении штрафа по делу об адми-

нистративном правонарушении № 04-04/35А-12 от 06.08.2012, в соответствии с которым Общество было привлечено к административной ответственности на основании части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) в виде штрафа в размере 250 000 рублей.

Решением суда от 28.12.2012 в удовлетворении заявленного требования отказано.

Постановлением Второго арбитражного апелляционного суда от 28.05.2013 решение оставлено без изменения.

ООО «ЦПТ «Вита Ли – Ярославль» не согласилось с принятыми судебными актами и обратилось в Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа с кассационной жалобой, в которой просит их отменить.

По мнению заявителя, суды неправильно применил нормы материального права, дали неверную оценку представленным в материалы дела доказательствам и обстоятельствам дела. Суды пришли к неправильному выводу о том, что в рекламных роликах содержится указание на лечебные свойства геля «Витальгар»; в материалы дела представлено заключение специалиста, который утверждает, что в рекламных роликах не содержится указания на лечебные свойства продукции. Суд апелляционной инстанции неправомерно отказал в удовлетворении ходатайства об отложении рассмотрения апелляционной жалобы. Суды не учли обстоятельства, смягчающие административную ответственность.

Подробно позиция заявителя изложена в кассационной жалобе. Управление в отзыве отклонило доводы жалобы; заявило ходатайство о рассмотрении жалобы без участия представителя.

Общество, надлежащим образом извещенное о времени и месте судебного заседания, представителя не направило.

Законность решения Арбитражного суда Ярославской области и постановления Второго арбитражного апелляционного суда проверена Федеральным арбитражным судом Волго-Вятского округа в порядке, установленном в статьях 274, 284 и 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Как следует из материалов дела, ООО «ЦПТ «Вита Ли – Ярославль» зарегистрировано в качестве юридического лица, о чем в Единый государственный реестр юридических лиц внесена соответствующая запись за основным государственным регистрационным номером 1037600410902.

В соответствии с уставом Общества, утвержденным решением общего собрания его учредителей 11.11.2009, а также согласно представленной в материалы дела выписке из ЕГРЮЛ от 19.06.2012 № 0902 основным видом осуществляемой заявителем экономической деятельности является оптовая и розничная торговля продуктами питания, в том числе напитками и табачными изделиями.

В августе 2011 года в эфире «Радио России» 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 гель охлажденный «Витальгар» зарегистрирован в качестве пищевого продукта для диетического (лечебного и профилактического) питания. В соответствии с Общероссийским классификатором продукции ОК 005-93, утвержденным постановлением Госстандарта России от 30.12.1993 № 301, гелю «Витальгар» присвоен код 92 8490 «Продукция из водорослей прочая». Таким образом, рекламируемый гель «Витальгар» является пищевым продуктом и не является лекарственным средством.

В то же время антимонопольным органом установлено, что в радиопередачах неоднократно перечислялись конкретные заболевания, назывались их причины и одновременно упоминался гель «Витальгар» как средство, оказывающее лечебно-профилактический эффект. Рассказывалось о положительном эффекте, который оказывают отдельные составляющие геля на конкретные системы организма и органы при нарушении их деятельности.

В названных радиопередачах содержатся следующие утверждения о свойствах геля «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 вен. Отмечено положительное действие геля «Витальгар» 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 геля «Витальгар» в комплексной терапии атеросклероза, сердечно-сосудистых заболеваний, заболеваний 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 отеки 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, нормализуют 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, 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 восстановлению подвижности суставов, нормализуют 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 «ЦПТ «Вита Ли – Ярославль» 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 посте-

ли 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).

Ответчик установил, что при прослушивании радиопередач у потребителей складывается впечатление о том, что звонки в студию осуществляются в прямом эфире, поскольку 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 год, затем запись телефонных звонков была смонтирована, вышедшие в эфир звонки составлены из нарезанных фрагментов.

В результате анализа аудиороликов, транслируемых в эфире «Радио России», антимонопольный орган пришел к выводу о недостоверности сведений, размещенных в рекламе продукта «Витальгар» под видом телефонных звонков физических лиц. Кроме того, учитывая, что гель «Витальгар» является не лекарственным средством, а пищевым продуктом, сведения о лечебных свойствах, то есть об улучшении состояния здоровья, сообщаемые посредством телефонных звонков, также не могут быть достоверными.

Определением Управления от 05.06.2012 в отношении Общества было возбуждено дело № 04-04/35А-12 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Начальник отдела естественных монополий и рекламы Управления, выявив в результате проведенного административного расследования в действиях ООО «ЦПТ «Вита Ли – Ярославль» нарушение пункта 10 части 3, пункта 6 части 5 статьи 5 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), составил протокол 21.06.2012 об административном правонарушении, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, в отсутствие законного представителя Общества, надлежащим образом извещенного о времени и месте его составления.

Заместитель руководителя Управления 06.08.2012, рассмотрел материалы дела и указанный протокол и принял постановление, в соответствии с которым за совершение вмененного административного правонарушения на Общество был наложен штраф в размере 250 000 рублей.

ООО «ЦПТ «Вита Ли – Ярославль» не согласилось с указанным постановлением и обратилось в арбитражный суд с соответствующим заявлением.

Руководствуясь статьей 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, статьей 14.3 КоАП РФ, статьей 3, пунктом 10 части 3, пунктом 6 части 5 статьи 5 Закона о рекламе, Международным кодексом рекламной практики, принятым на 47-й сессии Исполнительного совета Международной торговой палаты (с изменениями и дополнениями от 02.12.1986), суд первой инстанции пришел к выводу о наличии в действиях Общества состава вменяемого административного правонарушения, не усмотрел оснований для квалификации правонарушения в качестве малозначительного, не установил процессуальных нарушений при производстве по делу об административном правонарушении и отказал в удовлетворении заявленного требования.

Второй арбитражный апелляционный суд оставил решение суда без изменения.

Рассмотрев кассационные жалобы, Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа не нашел оснований для отмены принятых судебных актов.

В соответствии с частью 1 статьи 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд кассационной инстанции проверяет законность решений, постановлений, принятых арбитражным судом первой и апелляционной инстанций, исходя из доводов, содержащихся в кассационной жалобе и возражениях относительно жалобы.

В части 1 статьи 14.3 КоАП РФ предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе.

Рекламой является информация, распространенная любым способом, в любой форме 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 (пункт 1 статьи 3 Закона о рекламе).

Объект рекламирования – 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 (пункт 2 статьи 3 Закона о рекламе).

Суды установили, что содержащаяся в радиопередачах информация о геле «Витальгар» отвечает всем признакам, указанным в пункте 1 статьи 3 Закона о рекламе, соответственно, является рекламой. Объектом рекламирования спорной рекламы является пищевой продукт из гомогенизированных бурых морских водорослей для диетического и лечебно-профилактического питания и его лечебные свойства.

В соответствии с частью 1 статьи 5 названного Закона о рекламе реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Согласно пункту 10 части 3 статьи 5 Закона о рекламе недостоверной признается реклама, которая содержит не соответствующие действительности сведения о рекомендациях физических или юридических лиц относительно объекта рекламирования либо о его одобрении физическими или юридическими лицами.

В пункте 6 части 5 статьи 5 Закона о рекламе предусмотрено, что в рекламе не допускается указание на лечебные свойства, то есть положительное влияние на течение болезни, объекта рекламирования, за исключением такого указания в рекламе лекарственных средств, медицинских услуг, в том числе методов лечения, изделий медицинского назначения и медицинской техники.

Исследовав и оценив представленные в материалы дела доказательства по правилам статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суды пришли к обоснованному выводу о том, что спорная реклама создает впечатление, что объект рекламы обладает лечебными свойствами, положительно влияет на течение болезни, в рекламе приведены выдержки из телефонных звонков физических лиц, утверждающих о целебных свойствах геля, то есть содержатся ссылки на конкретные случаи излечения.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частями 2 – 8 статьи 5 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

Согласно пункту 5 статьи 3 Закона о рекламе под рекламодателем понимается изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

При рассмотрении дела антимонопольный орган установил, что аудиоролики о геле «Витальгар» размещались в эфире «Радио России» на основании договора на рекламно-информационное обслуживание от 11.01.2011, заключенного между филиалом ФГУП «ВГТРК» ГТРК «Ярославия» и ООО «ЦПТ «Вита Ли – Ярославль» в соответствии с согласованным сторонами медиа-планом.

Согласно пункту 2.2.1 договора Общество 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 года приняты и оплачены ООО «ЦПТ «Вита Ли – Ярославль», что подтверждается актами от 31.08.2011 № 00000781, 00000782 и платежным поручением от 08.08.2011 № 501.

Таким образом, Общество допустило нарушение пункта 10 части 3, пункта 6 части 5 статьи 5 Закона о рекламе.

При таких обстоятельствах суды пришли к правильному выводу о наличии в действиях Общества состава административного правонарушения, предусмотренного части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, и обоснованно отказали ему в удовлетворении заявленных требований.

Суды обоснованно отклонили довод заявителя о том, что сотрудники Управления не обладают специальными познаниями для оценки содержания спорных рекламных роликов, сославшись на положения Международного кодекса рекламной практики, принятого на 47-й сессии Исполнительного совета Международной торговой палаты (с изменениями и дополнениями от 02.12.1986), в соответствии со статьей 4 которого 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, а согласно разделу «Интерпретация» реклама должна оцениваться по тому действию, которое она может оказать на потребителя, с учетом конкретного рекламоносителя.

Из Закона о рекламе следует, что реклама предназначена для неопределенного круга лиц, в данном случае не требуется наличие специальных познаний для оценки восприятия рекламы рядовыми потребителями.

Довод Общества о неправомерном отказе судом апелляционной инстанции в удовлетворении его ходатайства об отложении рассмотрения дела отклоняется судом округа, поскольку в силу статьи 158 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, отложение судебного разбирательства является правом, а не обязанностью суда.

Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в пунктах 18 и 18.1 постановления от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» разъяснил, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

Квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится с учетом положений пункта 18 данного постановления применительно к обстоятельствам конкретного совершенного лицом деяния. При этом применение судом положений о малозначительности должно быть мотивировано.

Оценка вывода арбитражного суда первой и апелляционной инстанций о наличии или отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям исходя из совершенного лицом правонарушения и, как следствие, о возможности или невозможности квалификации такого правонарушения как малозначительного не входит в компетенцию

арбитражного суда кассационной инстанции (статьи 286, 287 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

Оценив характер и конкретные обстоятельства совершенного правонарушения, суды пришли к выводу о том, что совершенное Обществом правонарушение создало существенную угрозу охраняемым общественным отношениям, в связи с чем оснований для признания его малозначительным не имеется.

Вывод судов о невозможности применения в данном случае статьи 2.9 КоАП РФ сделан с учетом названного постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации и в силу статьи 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и абзаца 4 пункта 18.1 указанного постановления переоценке судом кассационной инстанции не подлежит.

Как следует из материалов дела Общество привлечено к административной ответственности в виде штрафа в размере 250 000 рублей. Суды в удовлетворении требования Общества о признании незаконным и об отмене постановления о привлечении к административной ответственности отказали, иного из судебных актов не следует, поэтому довод ООО «ЦПТ «Вита Ли – Ярославль» о том, что суд апелляционной инстанции ухудшил положение Общества, увеличив размер административного штрафа, несостоятелен.

Оснований для отмены обжалуемых судебных актов по приведенным в кассационной жалобе доводам у суда кассационной инстанции не имеется.

Арбитражный суд Ярославской области и Второго арбитражный апелляционный суд правильно применили нормы материального права и не допустили нарушений норм процессуального права, являющихся в любом случае основаниями для отмены принятых судебных актов в силу части 4 статьи 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Кассационная жалоба Общества удовлетворению не подлежит.

Руководствуясь пунктом 1 части 1 статьи 287 и статьей 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа

П О С Т А Н О В И Л :

решение Арбитражного суда Ярославской области от 28.12.2012 и постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 28.05.2013 по делу № А82-11188/2012 оставить без изменения, кассационную жалобу общества с ограниченной ответственностью «Центр Передовых Технологий «Вита Ли – Ярославль» – без удовлетворения.

Возвратить обществу с ограниченной ответственностью «Центр Передовых Технологий «Вита Ли – Ярославль» из федерального бюджета государственную пошлину по кассационной жалобе в сумме 2000 рублей, уплаченную по платежному поручению от 22.07.2013 № 203.

Выдать справку на возврат государственной пошлины.

Постановление арбитражного суда кассационной инстанции вступает в законную силу со дня его принятия.

Председательствующий

И.Л. Забурдаева

Судьи

Н.Ю. Башева

А.И. Чиграков