



## ПЕРВЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

Березина ул., д. 4, г. Владимир, 600017  
<http://1aas.arbitr.ru>, тел/факс: (4922) телефон 44-76-65, факс 44-73-10

### П О С Т А Н О В Л Е Н И Е

г. Владимир

25 апреля 2018 года

Дело № А38-10064/2017

Резолютивная часть постановления объявлена 18.04.2018.

Постановление в полном объеме изготовлено 25.04.2018.

Первый арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Смирновой И.А.,

судей Гущиной А.М., Кириловой Е.А.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Поддяловой С.З.,

рассмотрел в открытом судебном заседании апелляционную жалобу индивидуального предпринимателя Хрипченко Владимира Анатольевича (ОГРНИП 304121524500106, ИНН 121501939938, г. Йошкар-Ола)

на решение Арбитражного суда Республики Марий Эл от 26.01.2018

по делу № А38-10064/2017,

принятое судьей Коноваловым И.М.

по заявлению индивидуального предпринимателя Хрипченко Владимира Анатольевича

о признании незаконным и отмене постановления Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл от 15.08.2017 по делу № 03-07/100-2017,

при участии:

от индивидуального предпринимателя Хрипченко Владимира Анатольевича – Хлоповой В.В. по доверенности от 01.02.2018;

от Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл – Журавлевой Н.В. по доверенности от 09.01.2018 № 01-13/8,

и установил:

индивидуальный предприниматель Хрипченко Владимир Анатольевич (далее – Предприниматель, заявитель) обратился в Арбитражный суд Республики Марий Эл с заявлением о признании незаконным и отмене постановления Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл от 15.08.2017 по делу

№ 03-07/100-2017 о привлечении Предпринимателя к административной ответственности на основании частей 1, 5 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

Решением от 26.01.2018 Арбитражный суд Республики Марий Эл отказал заявителю в удовлетворении требования.

Предприниматель не согласился с решением арбитражного суда первой инстанции и обратился в Первый арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит его отменить в связи с несоответствием выводов, изложенных в решении, обстоятельствам дела и принять по делу новый судебный акт.

Представитель Предпринимателя в судебном заседании поддержал доводы апелляционной жалобы.

Представитель Управления в судебном заседании и в отзыве на апелляционную жалобу просил оставить ее без удовлетворения, решение суда первой инстанции – без изменения.

В соответствии со статьей 153.1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации судебное заседание проведено с использованием системы видеоконференцсвязи.

Законность и обоснованность решения Арбитражного суда Республики Марий Эл от 26.01.2018 проверены Первым арбитражным апелляционным судом в порядке, предусмотренном в статье 266 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Изучив материалы дела, выслушав представителей лиц, участвующих в деле, суд апелляционной инстанции не нашел оснований для отмены обжалуемого решения.

Как следует из материалов дела и установил суд первой инстанции, в ходе мониторинга рекламы Управление на странице 17 газеты «Ваш Новый День» от 10.09.2016 № 36 (833) обнаружило содержащую признаки нарушения статей 5 и 25 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) рекламу выставки «Алтайское здоровье», а также предлагаемых к продаже на выставке препаратов.

Усмотрев в действиях Предпринимателя признаки состава административного правонарушения, предусмотренного частями 1 и 5 статьи 14.3 КоАП РФ, Управление 02.08.2017 составило в отношении него протокол об административном правонарушении № 03-07/100-2017, а постановлением от 15.08.2017 по делу № 03-07/100-2017 привлекло Предпринимателя к административной ответственности на основании данной нормы с назначением наказания в виде штрафа в размере 15 000 руб.

Предприниматель не согласился с данным постановлением антимонопольного органа и обратился в арбитражный суд с настоящим заявлением.

В соответствии с частью 6 статьи 210 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дела об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной

ответственности арбитражный суд в судебном заседании проверяет законность и обоснованность оспариваемого решения, устанавливает наличие соответствующих полномочий административного органа, принявшего оспариваемое решение, устанавливает, имелись ли законные основания для привлечения к административной ответственности, соблюден ли установленный порядок привлечения к ответственности, не истекли ли сроки давности привлечения к административной ответственности, а также иные обстоятельства, имеющие значение для дела.

Частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 настоящей статьи, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса.

Частью 5 статьи 14.3 КоАП РФ предусмотрена административная ответственность за нарушение установленных законодательством о рекламе требований к рекламе лекарственных средств, медицинских изделий и медицинских услуг, в том числе методов лечения, а также биологически активных добавок.

В силу части 1 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный контроль за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе.

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).

Следовательно, осуществляя государственный контроль в сфере рекламы, антимонопольный орган действует в пределах установленных полномочий.

Дела об административных правонарушениях, ответственность за которые предусмотрена статьей 14.3 КоАП, в силу части 1 статьи 23.48 КоАП, рассматривают должностные лица федерального антимонопольного органа и его территориальных органов. Полномочия на составление протокола об административном правонарушении специалиста-эксперта определены пунктом 4 статьи 28.3 КоАП, приказом Федеральной антимонопольной службы от 19.11.2004 № 180 «О перечне должностных лиц территориальных органов ФАС, уполномоченных составлять протокол об административном правонарушении».

В силу статьи 4 Закона о рекламе отношения, возникающие в процессе производства, размещения и распространения рекламы регулируются настоящим Федеральным законом, а также принятыми в соответствии с настоящим Федеральным законом иными федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации.

В соответствии со 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 продвижение на рынке; 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; товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Из содержания распространенной Предпринимателем информации следует, что таковая является рекламой, поскольку адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к объектам рекламирования (выставке «Алтайское здоровье» г. Барнаул, а также товарам, которые можно приобрести на выставке), формирование или поддержание интереса к ним и их продвижение на рынке.

Как определено в части 4 статьи 3 Закона о рекламе, под ненадлежащей рекламой понимается реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются (часть 1 статьи 5 Закона о рекламе).

В соответствии с пунктом 6 части 5 статьи 5 Закона о рекламе в рекламе не допускается указание на лечебные свойства, то есть положительное влияние на течение болезни, объекта рекламирования.

Реклама биологически активных добавок и пищевых добавок не должна создавать впечатление о том, что они являются лекарственными средствами и (или) обладают лечебными свойствами (пункт 1 части 1 статьи 25 Закона о рекламе).

Из анализа текста рекламы суд установил, что в ней рекламируются как БАДы, так и товары, БАДами не являющиеся.

Согласно сведениям, размещенным на сайте Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека, в качестве БАДов зарегистрированы «Барсучий жир», «Каменное масло», «Маранол», «Масло расторопши» и «Акулий хрящ».

Вместе с тем, как установил суд, в рекламе приведены наименования товаров, созвучные с зарегистрированными БАДами. Например, антиалкогольные капли «Лавиталь» (при наличии в реестре БАДа «Лавиталь-03», свидетельство от 12.05.2012 № RU.77.99.11.003.E.007790.05.12), Лапчатка белая, корни, урожай 2016 г. (при наличии в реестре БАДов «Лапчатка белая, корень», свидетельство от 17.11.2017 № RU.77.99.32.003.R004921.11.17 и «Лапчатка белая (корень)», свидетельство от 16.11.2015 № RU.77.99.32.003.R010182.11.15), крем «Эффектум +» (при наличии в реестре БАДа крем «Эффектум», свидетельство от 01.03.2011 № RU.77.01.34.001.E.001830.03.11). На такие товары распространяется действие требований законодательства, регулирующего рекламу БАДов.

Таким образом, неполное, искаженное указание наименования БАДов в совокупности с предупредительной надписью «БАД. Не является лекарственным средством» может привести к восприятию средним разумным потребителем всех перечисленных в модуле товаров как БАДов, тогда как реклама зарегистрированных БАДов и товаров, созвучных с зарегистрированными БАДами с искаженным указанием их наименования, должна соответствовать статье 25 Закона о рекламе.

Довод заявителя со ссылкой на пункт 23 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее – Постановление № 58) об отсутствии нарушения пункта 1 части 1 статьи 25 Закона о рекламе обоснованно отклонен судом.

Так, согласно указанному пункту Постановления № 58 при применении пункта 1 части 1 статьи 25 Закона о рекламе судам следует учитывать, что реклама биологически активных добавок (пищевых добавок) может быть признана создающей впечатление, что они являются лекарственными средствами, то есть обладают лечебным эффектом, тем более если в такой рекламе содержится название заболевания (или его симптоматика) и одновременное упоминание продукта как средства, оказывающего лечебно-профилактический эффект.

Следовательно, приведенные разъяснения не исключают и иных случаев, когда реклама может быть признана создающей впечатление о том, что БАД является лекарственным средством и (или) обладает лечебными свойствами.

Законодатель в соответствии со статьей 1 Федерального закона от 02.01.2000 № 29-ФЗ «О качестве и безопасности пищевых продуктов» относит БАДы и пищевые добавки к пищевым продуктам.

Согласно пункту 2.1 СанПиН 2.3.2.1290-03 «Гигиенические требования к организации производства и оборота биологически активных добавок к пище (БАД)», утвержденных Главным государственным санитарным врачом Российской Федерации 17.04.2003, биологически активная добавка используется как дополнительный источник пищевых и биологически активных веществ, для оптимизации углеводного, жирового, белкового, витаминного и других видов обмена веществ при различных функциональных состояниях, для нормализации и (или) улучшения функционального состояния органов и систем организма человека, в том числе как продукт, оказывающий общеукрепляющее, мягкое мочегонное, тонизирующее, успокаивающее и иные виды действия при различных функциональных состояниях, для снижения риска заболеваний, а также для нормализации микрофлоры желудочно-кишечного тракта, в качестве энтеросорбентов.

Следовательно, как верно указал суд, из содержания приведенных нормативных актов прямо следует, что БАДы или пищевые добавки не могут использоваться для лечения каких-либо заболеваний.

Оценив содержание рекламы с позиции среднего разумного потребителя, обладающего общими знаниями о здоровье, заболеваниях и способах лечения, арбитражный суд обоснованно признал верным вывод антимонопольного органа о том, что спорная реклама является ненадлежащей.

Так, в тексте рекламы при описании свойств и назначения товаров содержится указание на группы заболеваний и их симптоматику. В частности, использованы следующие обороты: в отношении БАД «Акулий хрящ» - «при опухолях», в отношении БАД «Каменное масло» - «при болезнях пищеварительной системы, при заболеваниях мочеполовой системы, при болезнях нервной системы, при сердечно-сосудистых заболеваниях, при заболеваниях дыхательной системы и суставов», в отношении «Лапчатка белая» - «применяется при заболеваниях щитовидной железы, в гинекологии, при опухолях различного происхождения», в отношении «Масла амаранта» - «при заболеваниях сердечно-сосудистой системы, при онкологических заболеваниях, при проблемах с легкими, при повышенном уровне сахара в крови, при гинекологических заболеваниях», в отношении крема «Эффектум +» - «при заболеваниях опорно-двигательного аппарата».

На этом основании, как правомерно посчитал суд, такая реклама создает впечатление у потребителей, не осведомленных в медицинской терминологии, о том, что использование, например, БАДа «Акулий хрящ» положительно повлияет на заболевания сердечно-сосудистой системы, а БАДа «Лапчатка белая» при опухолях различного происхождения и так далее. При этом в рекламе имеется указание на лечебные свойства и положительное влияние БАДов и иных товаров на течение болезни.

Реклама иных товаров, перечисленных в модуле, должна соответствовать пункту 6 части 5 статьи 5 Закона о рекламе и не может содержать указание на лечебные свойства, то есть положительное влияние на течение болезни, объекта рекламирования, поскольку по смыслу указанной нормы на наличие лечебных свойств допускается указывать только в рекламе лекарственных средств, медицинских услуг, в том числе методов лечения, изделий медицинского назначения и медицинской техники. Этот перечень товаров и услуг является исчерпывающим и не подлежит расширительному толкованию. В отношении товаров и услуг, не входящих в данный перечень, действует запрет указывать в рекламе на их лечебные свойства, то есть на положительное влияние на течение болезни.

Вместе с тем в рекламе приведены наименования групп заболеваний и такие обороты как «при сердечно-сосудистых заболеваниях, при заболеваниях печени, почек, поджелудочной железы» (в отношении «Живица кедра»), «при заболеваниях предстательной железы, половом бессилии, больных почках и суставах... без операции» (в отношении «Экстракт бобровой струи»), «при заболеваниях кожных покровов и ногтей» (в отношении крема «Суперпсори нано»), «при потере слуха» (в отношении капель «Отикап»), «для нормализации давления... при регуляции работы сердца... при закупорке сосудов» (в отношении «Норма-лайф»), «при грибковых заболеваниях, паразитарных заболеваниях и многих других» (в отношении «Интоксик»), «при помутнении хрусталика, возрастных изменениях зрения» (отношении капель для глаз «Око-Плюс»), «при опухолях» (в отношении «Флораксин»), «при повышенном уровне сахара в крови» (в отношении «Диалек»), «при заболеваниях дыхательной системы, при заболеваниях печени, почек, при сердечно-сосудистых заболеваниях, при заболеваниях кишечника, при кожных заболеваниях» (в отношении «Сироп бузины с чагой»), «при заболеваниях молочной железы, желудка, печени, прямой кишки, легких, щитовидной железы. При заболеваниях в женской половой сфере и т.д.» (в отношении «Инола»), «при нарушениях зрения и болезнях глаз, при синдроме сухого глаза, при нарушении механизмов адаптации зрения к темноте» (в отношении капель для глаз «Светоч»).

Кроме того, в рекламе имеется указание на прием препаратов курсом, например, используются словосочетания «начальный курс», «полный курс», а в отношении «Лапчатка белая» указано на «полный обязательный курс 12 упак.», что также усиливает впечатление потребителя о положительном влиянии таких товаров на течение болезни.

Оценив содержание рекламного модуля в совокупности и установив в содержании рекламы указание на лечебные свойства рекламируемых товаров, суд пришел к обоснованному выводу о том, что данная реклама свидетельствует о намерении привлечь внимание покупателей к рекламируемым товарам как к средствам, оказывающим профилактический и лечебный эффект.

При этих условиях спорная реклама правомерно квалифицирована антимонопольным органом и судом первой инстанции в качестве ненадлежащей, а потому вывод о нарушении заявителем пункта 6 части 5 статьи 5 и пункта 1 части 1 статьи 25 Закона о рекламе является правильным.

Как установил суд, в силу положений пункта 7 статьи 3, части 7 статьи 38 Закона о рекламе Предприниматель является рекламодателем спорной рекламы, а значит, именно он несет ответственность за нарушение законодательства о рекламе.

Факт распространения Предпринимателем ненадлежащей рекламы установлен судом первой инстанции и подтвержден материалами дела.

Согласно статье 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) юридического лица, за которое Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность. Юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Доказательства, свидетельствующие о том, что Предприниматель предпринял все зависящие от него меры по соблюдению требований законодательства о рекламе, либо невозможность принятия этих мер вызвана чрезвычайными или иными непреодолимыми обстоятельствами, в материалы дела не представлены.

Следовательно, антимонопольный орган и суд первой инстанции пришли к правомерному выводу о наличии в действиях Предпринимателя составов административных правонарушений, предусмотренных частями 1, 5 статьи 14.3 КоАП РФ.

Оценка действий правонарушителя с позиции положений статьи 2.9 КоАП РФ является самостоятельным этапом судебного исследования по делу.

Согласно статье 2.9 КоАП РФ при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в пункте 18 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.

При этом согласно пункту 18.1 данного постановления Пленума квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится с учетом положений пункта 18 применительно к обстоятельствам конкретного совершенного лицом деяния; применение судом положений о малозначительности должно быть мотивировано.

Оценив характер правонарушения и роль правонарушителя, суд апелляционной инстанции пришел к выводу о невозможности применения к совершенным Предпринимателем правонарушения статьи 2.9 КоАП РФ ввиду его малозначительности, поскольку они посягают на установленный порядок в области распространения рекламы.

Повторно проверив порядок привлечения заявителя к административной ответственности, суд апелляционной инстанции также не установил со стороны Управления процессуальных нарушений при производстве по делу об административном правонарушении, ущемляющих его права. Предприниматель надлежащим образом был уведомлен о времени и месте составления протокола об административном правонарушении и рассмотрения дела.

Судом обоснованно отклонены доводы заявителя о наличии процессуальных нарушений при рассмотрении дела об административном правонарушении.

Так, Предприниматель настаивал на том, что в протоколе приведен нечитаемый макет рекламы, что делает невозможным определение события административного правонарушения и соотнесения текста протокола и постановления с текстом, напечатанным в газете «Ваш Новый День».

Исследовав подлинники протокола и постановления по делу об административном правонарушении № 03-07/100-2017, судом сделан обоснованный вывод о том, что приведенные в тексте макеты рекламы являются читаемыми и понятными. При этом как в протоколе, так и в оспариваемом постановлении имеется ссылка на номер, дату выхода и страницу газеты, в которой опубликована спорная реклама, приведен заголовок рекламы «Алтайское здоровье. г. Барнаул. Цены прошлого года. В Йошкар-Оле выставка состоится только один день - 19 декабря (понедельник) с 9.00 до 14.00 ДК им. Ленина...». Кроме того, подлинник газеты, где размещена спорная реклама, находится в материалах административного дела.

В свою очередь, как верно отметил суд, заявитель, являясь рекламораспространителем, лицом, принимавшим участие в утверждении макета рекламы, не может не знать о ее содержании.

При этих условиях доводы Предпринимателя о процессуальных нарушениях правомерно признаны судом надуманными и бездоказательными.

Постановление от 15.08.2017 вынесено Управлением в пределах срока давности, предусмотренного статьей 4.5 КоАП РФ.

Наказание в виде административного штрафа назначено Предпринимателю по правилам статей 4.1, 4.2, 4.3, 4.4 КоАП РФ, с учетом характера правонарушений и обстоятельств их совершения, наличия отягчающих обстоятельств, в пределах санкций, предусмотренных частями 1, 5 статьи 14.3 КоАП РФ.

При этом оснований для замены административного штрафа на предупреждение в порядке части 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ антимонопольный орган не усмотрел.

В данном случае штраф в размере 15 000 руб. отвечает принципам разумности и справедливости, соответствует тяжести совершенных правонарушений и обеспечивает достижение целей административного наказания, предусмотренных частью 1 статьи 3.1 КоАП РФ.

При этих условиях суд первой инстанции правомерно отказал Предпринимателю в удовлетворении заявленного требования.

Основания для отмены обжалуемого решения Арбитражного суда Республики Марий Эл отсутствуют.

Нарушений норм процессуального права, являющихся в силу части 4 статьи 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в любом случае основаниями для отмены судебного акта, не установлено.

С учетом изложенного апелляционная жалоба Предпринимателя по приведенным в ней доводам удовлетворению не подлежит.

Руководствуясь статьями 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Первый арбитражный апелляционный суд

#### **П О С Т А Н О В И Л :**

решение Арбитражного суда Республики Марий Эл от 26.01.2018 по делу № А38-10064/2017 оставить без изменения, апелляционную жалобу индивидуального предпринимателя Хрипченко Владимира Анатольевича - без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в Арбитражный суд Волго-Вятского округа в двухмесячный срок со дня его принятия.

Председательствующий судья

И.А. Смирнова

Судьи

А.М. Гущина

Е.А. Кирилова