



ЧЕТЫРНАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

ул. Батюшкова, д.12, г. Вологда, 160001

<http://14aas.arbitr.ru>

ПО С Т А Н О В Л Е Н И Е

28 марта 2013 года

г. Вологда

Дело № А05-14580/2012

Четырнадцатый арбитражный апелляционный суд в составе председательствующего Мурахиной Н.В., судей Пестеревой О.Ю. и Смирнова В.И.

при ведении протокола секретарем судебного заседания Якуненковой Е.Г.,

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу общества с ограниченной ответственностью «Азимут здоровья» на решение Арбитражного суда Архангельской области от 16 января 2013 года по делу № А05-14580/2012 (судья Шишова Л.В.),

у с т а н о в и л :

общество с ограниченной ответственностью «Азимут здоровья» (ОГРН 1082901012754; далее – общество, ООО «Азимут здоровья») обратилось в Арбитражный суд Архангельской области к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Архангельской области (ОГРН 1022900530696; далее – управление, УФАС, административный орган) с заявлением о признании незаконным и отмене решения от 10.08.2012 по делу № 03-05/38-2012 о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе.

Определением Арбитражного суда Архангельской области от 12.11.2012 к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечено общество с ограниченной ответственностью «Скрин ТВ» (далее – ООО «Скрин ТВ»).

Решением Арбитражного суда Архангельской области от 16.01.2013 по делу № А05-14580/2012 в удовлетворении заявленных требований отказано.

ООО «Азимут здоровья» с судебным актом не согласилось и обратилось с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда отменить. В обоснование жалобы указывает, что содержание рекламного сообщения позволяет отграничить рекламу биологически активной добавки от рекламы лекарственных средств, в связи с этим у УФАС не имелось оснований для принятия решения от 10.08.2012 по делу № 03-05/38-2012.

Управление в отзыве на жалобу с изложенными в ней доводами не согласилось, просит решение оставить без изменения.

Лица, участвующие в деле, надлежащим образом извещены о времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы, представителей в суд не направили, в связи с этим дело рассмотрено в их отсутствие в соответствии со статьями 123, 156, 266 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ).

Исследовав доказательства по делу, проверив законность и обоснованность решения суда, изучив доводы жалобы, суд апелляционной инстанции не находит оснований для ее удовлетворения.

Как следует из материалов дела, рассмотрев дело № 03-05/38-2012, возбужденное на основании заявления Управления Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения и социального развития по Архангельской области и Ненецкому автономному округу от 09.04.2012 № 16.10/508, УФАС приняло решение от 14.08.2012 по делу № 03-05/38-2012 (резолютивная часть объявлена 10.08.2012), которым признало ненадлежащей рекламу «Снижение цен во всех аптеках «Вита Норд» с указанием в ней наряду с лекарственными препаратами «Синупрет», «Тонзилгон Н», «Стрепсилс», «Кальций Д3» биологически активной добавки (далее – БАД) «Супрадин Кидс жевательные таблетки № 30», размещенную в газете «Твоя Валентина» № 5(10) апрель 2012, поскольку нарушены требования пункта 2 части 3 и части 7 статьи 5, пункта 1 части 1 статьи 25 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон № 38-ФЗ, Закон о рекламе) (пункт 1 решения УФАС).

Этим же решением ООО «Азимут здоровья», как рекламодатель, также признан нарушившим пункт 2 части 3 и части 7 статьи 5, пункт 1 части 1 статьи 25 Закона № 38-ФЗ. (пункт 2 решения).

Не согласившись с указанным решением, общество оспорило его в судебном порядке.

Суд первой инстанции правомерно отказал в удовлетворении заявленных требований.

Из части 1 статьи 198 АПК РФ следует, что для признания ненормативного правового акта государственного органа недействительным необходимо наличие двух факторов: несоответствия оспариваемого акта действующему законодательству и нарушения в результате его принятия прав и законных интересов заявителя.

На основании части 1 статьи 65, части 5 статьи 200 названного Кодекса обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия государственными органами оспариваемых актов, решений, возлагается на соответствующие органы.

В пункте 1 статьи 3 Закона № 38-ФЗ определено, что 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.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 данного Закона объектом рекламирования является 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона № 38-ФЗ товар - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Таким образом, как правильно отметил суд первой инстанции, экономической целью размещения рекламы является продвижение и продажа товара (работ, услуг) оптовому покупателю и конечному потребителю.

В силу пунктов 5 - 7 статьи 3 Закона № 38-ФЗ рекламодателем является изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо, рекламопроизводителем - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму, а рекламораспространителем - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В пункте 4 статьи 3 Закона определено, что ненадлежащей рекламой признается реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно пункту 2 части 3 статьи 5 Закона о реклама недобросовестной признается реклама, которая содержит не соответствующие действительности сведения о любых характеристиках товара, в том числе о его природе, составе, способе и дате изготовления, назначении, потребительских свойствах, об условиях применения товара, о месте его происхождения, наличии сертификата соответствия или декларации о соответствии, знаков соответствия и знаков обращения на рынке, сроках службы, сроках годности товара.

Из части 7 статьи 5 Закона № 38-ФЗ следует, что 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.

В части 7 статьи 5 Закона установлено, что в самой рекламе должна содержаться существенная информация, способная вызвать у ее потребителя правильное (неискаженное) представление об объекте рекламирования. При этом Закон не требует указания всей существенной информации, но обязывает формировать у ее потребителя правильное (достоверное) представление о соответствующем товаре (работе, услуге).

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 25 Закона № 38-ФЗ реклама биологически активных добавок и пищевых добавок не должна создавать впечатление о том, что они являются лекарственными средствами и (или) обладают лечебными свойствами.

Как указано в пункте 1 статьи 4 Федерального закона от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» лекарственные средства – это вещества или их комбинации, вступающие в контакт с организмом человека или животного, проникающие в органы, ткани организма человека или животного, применяемые для профилактики, диагностики (за исключением веществ или их комбинаций, не контактирующих с организмом человека или животного), лечения заболевания, реабилитации, для сохранения, предотвращения или прерывания беременности и полученные из крови, плазмы крови, из органов, тканей организма человека или животного, растений, минералов методами синтеза или с применением биологических технологий. К лекарственным средствам относятся фармацевтические субстанции и лекарственные препараты.

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 02.01.2000 № 29-ФЗ «О качестве и безопасности пищевых продуктов» БАД представляют собой природные (идентичные природным) биологически активные вещества, предназначенные для употребления одновременно с пищей или введения в состав пищевых продуктов.

БАД 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 продуктов, оказывающих общеукрепляющее, мягкое мочегонное, тонизирующее, успокаивающее и иные виды воздействия при различных функциональных состояниях, для снижения риска заболеваний, а также для нормализации микрофлоры желудочно-кишечного тракта, в качестве энтеросорбентов (пункт 2.1 Санитарно-эпидемиологических правил и нормативов СанПиН 2.3.2.1290-03 «Гигиенические требования к организации производства и оборота биологически активных добавок к пище (БАД)»).

Пунктом 4.4 СанПиН 2.3.2.1290-03 предусмотрено, что информация о БАД на этикетке должна содержать, в том числе, указание, что БАД не является лекарством.

Следовательно, как правильно отметил суд первой инстанции, БАД не является лекарственным средством, а служит дополнительным источником пищевых и биологически активных веществ для органов и систем организма человека.

Приказом Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации от 30.10.2006 № 736 утвержден Административный регламент Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения и социального развития по исполнению государственной функции по государственной регистрации лекарственных средств, которым установлено, что документом, подтверждающим факт государственной регистрации лекарственного средства, является регистрационное удостоверение.

По данным Государственного реестра лекарственных средств (сайт www.grls.rosminzdrav.ru) Синупрет, Толзилгон, Стрепсилс, Кальций ДЗ зарегистрированы в качестве лекарственного препарата.

Супрадин Кидс в данный реестр не включен. В соответствии с инструкцией по применению «Супрадин Кидс жевательный таблетки № 30» является биологически активной добавкой.

В пункте 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 Пленума № 58) разъяснено, что пункт 1 части 1 статьи 25 Закона о рекламе устанавливает запрет в рекламе БАД и пищевых добавок создавать впечатление о том, что они являются лекарственными средствами и (или) обладают лечебными свойствами.

При применении данной нормы 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.

В рассматриваемом случае установлено и обществом не оспаривается, что в газете «Твоя Валентина» № 5 (110) апрель 2012 на странице 11 в разделе «Красота и здоровье» в рекламном сообщении «Снижение цен во всех аптеках «Вита Норд» наряду с лекарственными препаратами «Синупрет», «Тонзилгон Н», «Стрепсилс», «Кальций ДЗ» указано средство «Супрадин Кидс жевательные таблетки № 30», которое является БАДом.

Данная информация, как правильно отметил суд первой инстанции, отвечает понятию рекламы, изложенном в статье 3 Закона № 28-ФЗ, поскольку адресована неопределенному кругу лиц, направлена на формирование интереса к предлагаемому товару, поддерживает интерес к объектам рекламирования, способствует их продвижению на рынке.

В рассматриваемой рекламе БАД «Супрадин Кидс жевательные таблетки № 30» размещена вместе с лекарственными препаратами «Синупрет», «Тонзилгон Н», «Стрепсилс», «Кальций ДЗ», сопровождается наравне с ними предупреждением: «имеются противопоказания, необходимо проконсультироваться со специалистом», которое в части 7 статьи 24 Закона № 28-ФЗ должно быть указано при рекламе лекарственных препаратов.

В материалах дела усматривается также, что с целью установления параметров восприятия рассматриваемой рекламы в период 11-13 июля 2012 года антимонопольным органом проведен экспресс-опрос, в котором участвовали 78 респондентов, квалифицированных как «незаинтересованный потребитель» (не работающие в области рекламы, маркетинга, в производстве и распространении лекарственных средств и БАД), ответившие на вопросы анкеты по ознакомлению со спорной рекламной информацией «Снижение цен во всех аптеках «Вита Норд» газета «Твоя Валентина» № 5(110) апрель 2012.

По результатам опроса УФАС установлено, что у 96.0 % респондентов рекламная информация «Снижение цен во всех аптеках «Вита Норд» ассоциируется с лекарственными средствами.

Суд первой инстанции правильно отметил, что законодательно не регламентирована единая методология проведения опросов при выявлении нарушений Закона о рекламе.

Примененный управлением подход в целях определения восприятия рекламы соответствует пункту 2 постановления Пленума № 58, в котором указано, что при анализе информации на предмет наличия в ней признаков рекламы судам необходимо учитывать, что размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителя ассоциацию с определенным товаром, имеющее своей целью привлечение внимания к объекту рекламирования, должно рассматриваться как реклама этого товара, поскольку в названных случаях для привлечения внимания и поддержания интереса к товару достаточно изображения части сведений о товаре (в том числе товарного знака).

Результаты опроса обществом в апелляционной жалобе также под сомнение не ставятся.

В связи с изложенным выше, апелляционная коллегия, также как и суд первой инстанции, считает обоснованным вывод управления о том, что спорная реклама создает впечатление о том, что БАД «Супрадин Кидс жевательные таблетки № 30» является лекарственным средством и (или) обладает лечебными свойствами наравне с иными лекарственными средствами, указанными в спорной рекламе.

Реклама «Снижение цен во всех аптеках «Вита Норд» с указанием в ней наряду с лекарственными препаратами «Синупрет», «Тонзилгон Н», «Стрепсилс», «Кальций Д3» биологически активной добавки (далее – БАД) «Супрадин Кидс жевательные таблетки № 30», размещенная в газете «Твоя Валентина» № 5(10) апрель 2012 является ненадлежащей, поскольку нарушены требования пункта 2 части 3 и части 7 статьи 5, пункта 1 части 1 статьи 25 Закона № 38-ФЗ.

Поскольку в силу части 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за несоблюдение условий, установленных пунктом 2 части 3 и частью 7 статьи 5, пункта 1 части 1 статьи 25 данного Закона несет рекламодатель, то правомерно общество признано их нарушившим.

В связи с этим решение УФАС от 14.08.2012 (резолютивная часть оглашена 10.08.2012) по делу № 03-05/38-2012 является законным.

Суд не установил несоответствия оспариваемого ненормативного акта закону или иному нормативному правовому акту и нарушения им прав и законных интересов общества в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, что силу части 3 статьи 201 АПК РФ является основанием для отказа в удовлетворении заявленного требования.

Доводы, приведенные обществом в апелляционной жалобе, были предметом исследования суда первой инстанции, им в соответствии со статьей 71 АПК РФ дана надлежащая оценка.

Выводы суда, изложенные в решении от 16.01.2013, соответствуют обстоятельствам дела. Решение принято с учетом доказательств, исследованных в ходе судебного разбирательства.

Оснований для отмены решения суда не усматривается.

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

п о с т а н о в и л :

решение Арбитражного суда Архангельской области от 16 января 2013 года по делу № А05-14580/2012 оставить без изменения, апелляционную жалобу общества с ограниченной ответственностью «Азимут здоровья» - без удовлетворения.

Председательствующий

Н.В. Мурахина

Судьи

О.Ю. Пестерева

В.И. Смирнов