

**ВТОРОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД****610007, г. Киров, ул. Хлыновская, 3, <http://2aas.arbitr.ru>****ПОСТАНОВЛЕНИЕ
арбитражного суда апелляционной инстанции**

г. Киров

19 декабря 2012 года

Дело № А28-6510/2012

Резолютивная часть постановления объявлена 18 декабря 2012 года.
Полный текст постановления изготовлен 19 декабря 2012 года.

Второй арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего Ившиной Г.Г.,
судей Буториной Г.Г., Караваевой А.В.,
при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания
Бородиной Н.А.,

при участии в судебном заседании:
заявителя по делу индивидуального предпринимателя Каменской Татьяны
Алексеевны (личность установлена по паспорту), представителя заявителя
Каменских Н.П., действующего на основании доверенности от 04.04.2012;
представителя ответчика Новиковой А.Н., действующей на основании
доверенности от 16.01.2012 № 16,

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу индивидуального
предпринимателя Каменской Татьяны Алексеевны
на решение Арбитражного суда Кировской области от 28.09.2012 по делу №
А28-6510/2012, принятое судом в составе судьи Едоминой С.А.,

по заявлению индивидуального предпринимателя Каменской Татьяны
Алексеевны (ИНН: 431203686860, ОГРН: 308431224500047)
к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Кировской области
(ИНН: 4347021530, ОГРН: 1034316517652),
третье лицо: департамент здравоохранения Кировской области,
о признании недействительными решения от 18.06.2012 № 58 и предписания от
18.06.2012 № 39,

установил:

индивидуальный предприниматель Каменская Татьяна Алексеевна (далее –
заявитель, ИП Каменская Т.А., Предприниматель) обратилась в Арбитражный
суд Кировской области с заявлением о признании недействительными решения

Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области (далее – ответчик, УФАС, Управление, антимонопольный орган) от 18.06.2012 № 58, в соответствии с которым признана ненадлежащей реклама услуг перманентного макияжа, размещенная в рекламном ежемесячном издании «Каталог семейных покупок «7я» № 3 (29/62) за март 2012 года в рубрике «Красота – Здоровье» на странице 120, как противоречащая требованиям пункта 7 статьи 7 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе, Закон № 38-ФЗ), а также выданного на основании данного решения предписания от 18.06.2012 № 39.

Определением суда от 15.08.2012 к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечен департамент здравоохранения Кировской области (далее – третье лицо, Департамент).

Решением Арбитражного суда Кировской области от 28.09.2012 в удовлетворении заявленных требований отказано.

Не согласившись с принятым судебным актом, полагая, что судом поверхностно исследованы материалы дела и сделаны ошибочные выводы, Предприниматель обратился во Второй арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда первой инстанции отменить и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований.

Заявитель отмечает, что в основу данного решения положено письмо Департамента от 20.04.2012, текст которого искажает закон и содержит ссылку на приказ Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации от 27.12.2011 № 1664н «Об утверждении номенклатуры медицинских услуг», в котором вообще не упоминается словосочетание «перманентный макияж». В этой связи при вынесении решения судом нарушены нормы материального права, поскольку в настоящее время деятельность по перманентному макияжу, по мнению ИП Каменской Т.А., не относится к оказанию медицинских услуг и не подлежит лицензированию.

ИП Каменская Т.А. считает, что ссылка третьего лица на письмо Министерства здравоохранения Российской Федерации от 09.04.2002 № 2510/3336-02-25 «О видах деятельности» является несостоятельной, так как данный документ не был официально опубликован, не прошел регистрацию в Министерстве юстиции Российской Федерации и является недействующим. Вывод о тождественности понятий «перманентный макияж» и «татуаж» представляется Предпринимателю неправильным.

Антимонопольный орган и Департамент представили письменные отзывы на апелляционную жалобу, в которых опровергают доводы заявителя, считают решение суда законным и обоснованным, а жалобу – не подлежащей удовлетворению.

Департамент явку своего представителя в судебное заседание не обеспечил, о времени и месте судебного заседания извещен надлежащим образом. В соответствии со статьей 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) дело рассматривается в отсутствие представителей третьего лица.

Законность решения Арбитражного суда Кировской области проверена Вторым арбитражным апелляционным судом в порядке, установленном

статьями 258, 266, 268 АПК РФ.

Как следует из материалов дела и установлено судом первой инстанции, Управлением при осуществлении государственного надзора за соблюдением обязательных требований действующего законодательства о рекламе был установлен факт размещения в рекламном ежемесячном издании «Каталог семейных покупок «7я» № 3 (29/62) за март 2012 года в рубрике «Красота-Здоровье» статьи «Результат – налицо!» следующего содержания: «Весной женщина хочет выглядеть свежо и привлекательно. Перманентный макияж сделает лицо более выразительным без ежедневного макияжа, скальпеля и уколов. В любое время суток вы будете выглядеть ухоженной, что особенно ценно в современном ритме жизни. Причины сделать перманентный макияж: подчеркивает природные черты лица; скорректирует недостатки внешности; экономит время и деньги на косметику, оперативные вмешательства и ежедневный макияж; решает проблему аллергии на косметические средства. Перманентный макияж WOMAN TATOO, тел. 780-157, fraifay@mail.ru, fraifa.ru». В рекламе предоставлена фотография автора статьи – Татьяны Каменской, мастера ПМ women tattoo, а также изображение частей лица: бровей, век, губ (том 1 л.д. 30).

В связи с выявлением данного факта антимонопольным органом сделан запрос в Департамент здравоохранения Кировской области от 17.04.2012 № 1518/04 о предоставлении информации о том, относится ли перманентный макияж к медицинским услугам и имеет ли ИП Каменская Т.А. лицензию на данные услуги (том 1 л.д. 28).

23.04.2012 Управлением получен ответ Департамента от 20.04.2012 № 2619-41-01-03, согласно которому третье лицо со ссылкой на приказ Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации от 27.12.2011 № 1664н «Об утверждении номенклатуры медицинских услуг» указало, что перманентный татуаж (перманентный макияж, дермапигментация) является медицинской услугой и может оказываться при наличии лицензии на осуществление медицинской деятельности. При этом было отмечено, что по данным реестра лицензий, предоставленных Департаментом здравоохранения Кировской области, лицензия на осуществление медицинской деятельности ИП Каменской Т.А. не предоставлялась (том 1 л.д. 29).

28.04.2012 УФАС возбуждено дело по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, о чем вынесено соответствующее определение (том 1 л.д. 35). При этом в спорной рекламе усмотрены признаки нарушения требования пункта 7 статьи 7 Закона о рекламе.

18.06.2012 по результатам рассмотрения данного дела комиссия Управления приняла решение № 58, согласно которому реклама, размещенная ИП Каменской Т.А. в рекламном ежемесячном издании «Каталог семейных покупок «7я» № 3 (29/62) за март 2012 года в рубрике «Красота-Здоровье» на странице 120, признана ненадлежащей и противоречащей пункту 7 статьи 7 Закона № 38-ФЗ, а Предприниматель признан нарушившим указанное положение Закона (том 1 л.д. 8-15).

На основании пункта 3 резолютивной части решения заявителю выдано обязательное для исполнения предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе от 18.06.2012 № 39, в соответствии с которым ИП Каменской Т.А. предписано в пятидневный срок с момента его получения

прекратить размещение рекламы с нарушением пункта 7 статьи 7 Закона о рекламе любым способом, в любой форме и с помощью любых средств, а именно: не размещать рекламу об оказании услуги перманентного макияжа в отсутствие соответствующей лицензии (том 1 л.д. 16).

Не согласившись с решением и предписанием антимонопольного органа, Предприниматель обратился в Арбитражный суд Кировской области с заявлением о признании их недействительными.

Суд первой инстанции пришел к выводу о том, что услуги по перманентному макияжу относятся к медицинской деятельности, осуществление которой допускается только при наличии соответствующей лицензии, в связи с чем, учитывая отсутствие у заявителя такой лицензии, согласился с выводами Управления и отказал в удовлетворении заявленных требований.

Исследовав материалы дела, изучив доводы апелляционной жалобы и отзывов на нее, заслушав представителей сторон, суд апелляционной инстанции не нашел оснований для отмены или изменения решения суда исходя из следующего.

Согласно части 1 статьи 198 АПК РФ граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Согласно части 1 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный надзор за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе предупреждает, выявляет и пресекает нарушения физическими или юридическими лицами законодательства Российской Федерации о рекламе; возбуждает и рассматривает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно части 1 статьи 2 Закона № 38-ФЗ данный Закон применяется к отношениям в сфере рекламы независимо от места ее производства, если распространение рекламы осуществляется на территории Российской Федерации.

Статьей 3 Закона о рекламе 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.

Объект рекламирования – это товар, средство его индивидуализации, 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.

Поскольку информация, размещенная в рекламном ежемесячном издании

«Каталог семейных покупок «7я» № 3 (29/62) за март 2012 года в рубрике «Красота – Здоровье» на странице 120, распространена в периодическом печатном издании, специализирующемся на материалах рекламного характера, адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование и поддержание интереса к оказываемой ИП Каменской Т.А. услуге перманентного макияжа, продвижение ее на рынке, она обоснованно признана рекламой.

В соответствии с частью 1 статьи 5 Закона № 38-ФЗ реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе ненадлежащая реклама – это реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Частью 11 статьи 5 Закона предусмотрено, что при производстве, размещении и распространении рекламы должны соблюдаться требования законодательства Российской Федерации.

В силу пункта 7 статьи 7 Закона № 38-ФЗ реклама товаров, на производство и (или) реализацию которых требуется получение лицензий или иных специальных разрешений, в случае отсутствия таких разрешений не допускается.

Антимонопольный орган и суд первой инстанции пришли к выводу о том, что оказываемые Предпринимателем услуги по перманентному макияжу относятся к медицинской деятельности.

Оценивая правильность данных выводов, апелляционный суд исходит из следующего.

Порядок лицензирования медицинской деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями, в период распространения спорной рекламы определялся Положением о лицензировании медицинской деятельности, утвержденным Постановлением Правительства Российской Федерации от 22.01.2007 № 30.

Согласно пункту 4 названного Положения медицинская деятельность предусматривает выполнение работ (услуг) по оказанию доврачебной, амбулаторно-поликлинической, стационарной, высокотехнологичной, скорой и санаторно-курортной медицинской помощи в соответствии с перечнем согласно приложению.

При этом Перечнем работ (услуг) при осуществлении медицинской деятельности, являющимся приложением к Положению о лицензировании, определено, что работы (услуги) по косметологии (терапевтической) и косметологии (хирургической) включены работы (услуги), выполняемые при осуществлении доврачебной, амбулаторно-поликлинической (в том числе первичной медико-санитарной помощи, медицинской помощи женщинам в период беременности, во время и после родов, специализированной медицинской помощи), стационарной (в том числе первичной медико-санитарной помощи, медицинской помощи женщинам в период беременности, во время и после родов, специализированной медицинской помощи), скорой и скорой специализированной (санитарно-авиационной), высокотехнологичной, санаторно-курортной медицинской помощи, порядок организации которых определяется Министерством здравоохранения и социального развития Российской Федерации.

Аналогичные положения содержатся в Положении о лицензировании медицинской деятельности (за исключением указанной деятельности, осуществляемой медицинскими организациями и другими организациями, входящими в частную систему здравоохранения, на территории инновационного центра «Сколково»), утвержденном Постановлением Правительства Российской Федерации от 16.04.2012 № 291, и приложении к нему (без деления косметологии на терапевтическую и хирургическую).

Постановлением Комитета Российской Федерации по стандартизации, метрологии и сертификации от 28.06.1993 № 163 утвержден Общероссийский классификатор услуг населению ОК 002-93. Согласно наименованию услуги к бытовым услугам относятся услуги парикмахерских (код 019300), которые могут осуществлять комплексный уход за кожей лица (чистка, массаж, маска, макияж) (код 019327).

Общероссийский классификатор услуг населению содержит также и медицинские услуги (код 081000), в состав которых входят услуги, оказываемые косметологическими подразделениями (код 081500) и услуги косметические (код 081501).

Анализ указанных выше норм позволяет прийти к выводу о том, что перманентный макияж не входит в состав бытовых услуг Общероссийского классификатора услуг населению, а значит, как верно отметил суд первой инстанции, является медицинской услугой.

Данный факт подтверждается приказом Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации от 27.12.2011 № 1664н, которым утверждена Номенклатура медицинских услуг, не содержащая указания на такую услугу, как перманентный макияж. Вместе с тем данная Номенклатура содержит указание на такую услугу, как дермапигментация (перманентный татуаж, код услуги А17.31.002), которая отнесена к медицинским услугам.

Аргумент апелляционной жалобы со ссылкой на назначение процедуры перманентного макияжа (для украшения) не может являться основанием для отнесения данной услуги к бытовой.

Отношения, возникающие между федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями в связи с осуществлением лицензирования отдельных видов деятельности, регулируются Федеральным законом от 04.05.2011 № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» (далее – Закон № 99-ФЗ).

Согласно статье 2 названного Закона лицензирование отдельных видов деятельности осуществляется, в том числе, в целях предотвращения ущерба правам, законным интересам, жизни или здоровью граждан, возможность нанесения которого связана с осуществлением юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями отдельных видов деятельности.

При этом к лицензируемым видам деятельности относятся виды деятельности, осуществление которых может повлечь за собой нанесение указанного ущерба и регулирование которых не может осуществляться иными методами, кроме как лицензированием.

Согласно пункту 46 части 1 статьи 12 Закона № 99-ФЗ медицинская деятельность (за исключением указанной деятельности, осуществляемой медицинскими организациями и другими организациями, входящими в частную

систему здравоохранения, на территории инновационного центра «Сколково») относится к лицензируемому виду деятельности и может осуществляться на территории Российской Федерации только при наличии лицензии.

Отсутствие у заявителя соответствующей лицензии лицами, участвующими в деле, не оспаривается.

При таких обстоятельствах выводы суда первой инстанции и Управления о нарушении ИП Каменской Т.А. требований Закона о рекламе в связи с рекламированием осуществляемых ею услуг, требующих получение специального разрешения, в случае отсутствия такого разрешения являются правильными.

По вопросу фактического тождества терминов «перманентный макияж» и «татуаж» Министерством здравоохранения Российской Федерации были даны соответствующие разъяснения в письме от 09.04.2002 № 2510/3336-02-25 «О видах деятельности», согласно которым перманентный макияж является синонимом или разновидностью татуажа.

Доводы Предпринимателя о недействительности данных разъяснений в связи с отменой приказа Министерства здравоохранения Российской Федерации от 10.04.2001 № 113 безосновательны, поскольку ссылка на указанный приказ в письме от 09.04.2002 приводится только в отношении услуг по массажу лица, чистки кожи лица, маскам и удалению мозоли. При этом данный приказ не содержал наименований таких услуг, как перманентный макияж или татуаж.

Разъяснения, касающиеся перманентного макияжа, содержатся в абзаце 3 письма и определяют татуаж (перманентный макияж) как инвазивную процедуру, относящуюся к медицинской деятельности.

При решении вопроса об отнесении услуг перманентного макияжа к медицинским услугам судом принята во внимание позиция Департамента здравоохранения Кировской области, изложенная в письме от 20.04.2012 № 2619-41-01-03, о том, что данная услуга не может оказываться без наличия лицензии на осуществление медицинской деятельности.

Департамент в соответствии с Распоряжением Губернатора Кировской области от 10.04.2012 № 14 «Об организации деятельности по осуществлению полномочий Российской Федерации в сфере охраны здоровья, переданных органам государственной власти субъектов Российской Федерации» является органом, уполномоченным на лицензирование медицинской деятельности на территории Кировской области.

При отнесении оказываемой Предпринимателем услуги по перманентному макияжу к медицинским услугам также учтено, что согласно размещенной на официальном сайте ИП Каменской Т.А. информации данная процедура достаточно интенсивна и предполагает травматизацию, имеет ряд относительных и абсолютных медицинских противопоказаний, кроме того, существует возможность побочных эффектов и осложнений. Также принято во внимание описание процедуры, оказываемой заявителем (приведенной в шаблоне информированного согласия клиента на выполнение перманентного макияжа), в ходе которой красящее вещество в составе пигмента вводится в верхний слой кожи с помощью специального аппарата на кончике иглы и воспринимается иммунной системой как инородное тело.

В силу части 6 статьи 38 Закона № 38-ФЗ ответственность за нарушение требований статьи 7 данного Закона несет рекламодатель, которым в смысле

пункта 5 статьи 3 Закона о рекламе является ИП Каменская Т.А., что подтверждается представленными в материалы дела заявкой на производство и размещение рекламных материалов от 04.04.2012 и договором от 23.03.2011 № 27 (том 1 л.д. 31-34).

При таких обстоятельствах спорная реклама правомерно признана Управлением ненадлежащей, поскольку распространялась с нарушением требования пункта 7 статьи 7 Закона о рекламе, а Предприниматель – нарушившим требования данного положения Закона о рекламе. Решение и выданное на его основании предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе в данном случае следует признать законными.

Согласно части 3 статьи 201 АПК РФ в случае, если арбитражный суд установит, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решения и действия (бездействие) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и не нарушают права и законные интересы заявителя, суд принимает решение об отказе в удовлетворении заявленного требования.

На основании изложенного суд апелляционной инстанции находит обжалуемое решение суда законным и не усматривает правовых оснований для его отмены.

Нарушений норм процессуального права, предусмотренных в части 4 статьи 270 АПК РФ и являющихся безусловными основаниями для отмены судебного акта, судом апелляционной инстанции не установлено.

Согласно пункту 15 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 25.05.2005 № 91 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами главы 25.3 Налогового кодекса Российской Федерации» при обжаловании судебных актов по делам о признании ненормативного правового акта недействительным и о признании решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц незаконными государственная пошлина уплачивается физическими лицами в размере 100 рублей.

При принятии апелляционной жалобы к производству ИП Каменской Т.А. была предоставлена отсрочка по уплате государственной пошлины, которая на момент рассмотрения дела не уплачена. В этой связи, учитывая, что данное постановление принято не в пользу заявителя, согласно статьям 110 и 112 АПК РФ государственная пошлина в указанном размере подлежит взысканию с Предпринимателя в доход федерального бюджета.

Руководствуясь статьями 258, 268, пунктом 1 статьи 269, статьей 271, Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Второй арбитражный апелляционный суд

П О С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда Кировской области от 28.09.2012 по делу №А28-6510/2012 оставить без изменения, а апелляционную жалобу индивидуального предпринимателя Каменской Татьяны Алексеевны – без удовлетворения.

Взыскать с индивидуального предпринимателя Каменской Татьяны Алексеевны (ИНН: 431203686860, ОГРН: 308431224500047) в доход

федерального бюджета 100 рублей государственной пошлины по апелляционной жалобе.

Арбитражному суду Кировской области выдать исполнительный лист.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа в случаях и в порядке, установленных Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации.

Председательствующий

Г.Г. Ившина

Судьи

Г.Г. Буторина

А.В. Караваяева