

**ВОСЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

644024, г. Омск, ул. 10 лет Октября, д.42, канцелярия (3812)37-26-06, факс:37-26-22, www.8aas.arbitr.ru, info@8aas.arbitr.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ**город Омск****13 января 2012 года****Дело № А70-8308/2011**

Резолютивная часть постановления объявлена 12 января 2012 года

Постановление изготовлено в полном объеме 13 января 2012 года

Восьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего Шиндлер Н.А.

судей Золотовой Л.А., Сидоренко О.А.

при ведении протокола судебного заседания: Бондарь И.В.

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу (регистрационный номер 08АП-9486/2011) общества с ограниченной ответственностью «Мир Прессы» на решение Арбитражного суда Тюменской области от 24.10.2011 по делу № А70-8308/2011 (судья Коряковцева О.В.)

по заявлению общества с ограниченной ответственностью «Мир Прессы» (ОГРН 1097232009775, ИНН 7202195725)

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (ОГРН 1027200812308, ИНН 7202081799)

об оспаривании постановления от 09.08.2011 № А11/144-03 о привлечении к административной ответственности

при участии в судебном заседании представителей:

от общества с ограниченной ответственностью «Мир Прессы» – Тулинский И.М. (удостоверение, по доверенности от 11.01.2012 сроком действия 3 года);

от Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области – не явился, о времени и месте судебного заседания извещено надлежащим образом;

установил:

Общество с ограниченной ответственностью «Мир Прессы» (далее – ООО «Мир Прессы», заявитель, Общество) обратилось в Арбитражный суд Тюменской области с заявлением об отмене постановления Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - ответчик, УФАС по Тюменской области) от 09.08.2011 № А11/144-03 о привлечении к административной ответственности.

Решением Арбитражного суда Тюменской области от 24.10.2011 по делу № А70-8308/2011 в удовлетворении заявленных требований отказано.

Судебный акт мотивирован наличием в действиях Общества состава административного правонарушения, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

Не согласившись с принятым судебным актом, Общество обратилось с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда отменить, принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований.

В обоснование апелляционной жалобы указано, что размещенная в печатном издании информация не является рекламой медицинских услуг, а носит характер магического воздействия.

Протокол об административном правонарушении от 13.07.2011 № А11/144-01 составлен неуполномоченным лицом.

В порядке статьи 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) судебное заседание проведено в отсутствие Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области, надлежащим образом извещенного о времени и месте слушания по делу.

От Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области поступил письменный отзыв на апелляционную жалобу, который приобщен к материалам дела.

Представитель ООО «Мир Прессы» поддержал требования, изложенные в апелляционной жалобе, просил решение Арбитражного суда Тюменской области от 24.10.2011 по делу № А70-8308/2011 отменить и принять по делу новый судебный акт.

Рассмотрев материалы дела, апелляционную жалобу, отзыв на неё, заслушав представителя ООО «Мир Прессы», суд апелляционной инстанции установил следующие обстоятельства.

Заявитель ООО «Мир Прессы» зарегистрирован в качестве юридического лица (ОГРН 1097232009775), местонахождение которого, г. Тюмень, ул. Харьковская, д. 59, корпус 2/3, законный представитель - генеральный директор Сон О.Т.

УФАС по Тюменской области установлен факт размещения на странице 23 газеты «Ямская слобода» в выпусках № 5(591) за 2-ое февраля 2011 года и № 6(592) за 9-ое февраля 2011 года информации следующего содержания: «Сниму любые магические воздействия: сглаз, приворот, порча, проклятие, изгнание бесов, сущностей. Массаж гуаша. Помощь в бизнесе. Налажу семейные отношения. Если у вас больные почки, киста? Песок или камни? Пиелонефрит? Гломерулонефрит? Или что-то еще? Если дело не дошло до диализа, я помогу вам избавиться от этих недугов. Содержимое кисты, песок, камни, - все это увидите, собирая мочу. Очищу ваши почки и восстановлю их работоспособность. С верой и молитвой, ваш Анатолий Береснев. ДИПЛОМ ЦЕЛИТЕЛЯ № 004 от 14.04.2003 года. Запись по тел.: 8-952-678-06-56. Сайт: www.beresnev.3dn.ru» (л.д. 44).

Рекламораспространителем названной информации является издатель ООО «Мир Прессы».

УФАС по Тюменской области принято решение от 18.04.2011 № Р11/30-02 о признании рекламы ненадлежащей. Решение в установленном порядке не оспорено и вступило в законную силу (л.д. 49-52).

Главным специалистом-экспертом отдела контроля за соблюдением законодательства УФАС по Тюменской области Баусовой Е.В. составлен в отношении Общества протокол об административном правонарушении от 13.07.2011 № А11/144-01 по признакам части 1 статьи 14.3 КоАП РФ (л.д. 25-26, 56-57).

По результатам рассмотрения протокола и приложенных к нему материалов, заместителем руководителя УФАС по Тюменской области Москвичёвой О.Н. вынесено оспариваемое постановление от 09.08.2011 № А11/144-03 о привлечении Общества к административной ответственности на основании части 1 статьи 14.3 КоАП РФ в виде штрафа в размере 101 000 рублей (л.д. 8-13, 66-67).

Оспаривая вышеуказанное постановление, Общество обратилось с заявлением в Арбитражный суд Тюменской области.

24.10.2011 Арбитражным судом Тюменской области принято решение, которое обжаловано ООО «Мир Прессы» в апелляционном порядке.

Проверив законность и обоснованность решения суда первой инстанции в порядке статей 266, 268 АПК РФ, суд апелляционной инстанции не находит оснований для его отмены или изменения, исходя из следующего.

В соответствии с частью 1 статьи 207 АПК РФ дела об оспаривании решений государственных органов, иных органов, должностных лиц, уполномоченных в соответствии с Федеральным законом рассматривать дела об административных правонарушениях, о привлечении к административной ответственности лиц, осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность, рассматриваются арбитражным судом по общим правилам искового производства, предусмотренным настоящим Кодексом, с особенностями, установленными в настоящей главе и федеральном законе об административных правонарушениях.

В силу части 4 статьи 210 АПК РФ по делам об оспаривании решений административных органов о привлечении к административной ответственности обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для привлечения к административной ответственности, возлагается на административный орган, принявший оспариваемое решение.

При рассмотрении дела об оспаривании решения административного органа арбитражный суд не связан доводами, содержащимися в заявлении, и проверяет оспариваемое решение в полном объеме (часть 7 статьи 210 АПК РФ).

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 4 настоящей статьи, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

В силу пункта 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) под рекламой понимается 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.

Из пункта 2 статьи 3 Закона о рекламе следует, что 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.

Информация, размещенная на странице 23 газеты «Ямская слобода» от 02.02.2011 № 5 (591) и от 09.02.2011 № 6 (592), рассматривается как реклама, поскольку удовлетворяет всем юридическим признакам: является информацией, адресована неопределенному кругу лиц, распространяется в периодическом печатном издании, и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Как следует из части 7 статьи 24 Закона о рекламе, реклама лекарственных средств, медицинских услуг, в том числе методов лечения, медицинской техники должна сопровождаться предупреждением о наличии противопоказаний к их применению и использованию, необходимости ознакомления с инструкцией по применению или получения консультации специалистов.

Таким образом, специальными требованиями по размещению рекламы являются требования к рекламе: 1) лекарственных средств, 2) медицинских услуг, в том числе методов лечения, медицинской техники.

Из пункта 4 Положения о лицензировании медицинской деятельности, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 22.01.2007 № 30 следует, что 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.

Приложением к данному Положению услуги в сфере массажа, метода лечения нефрологии включены в Перечень работ (услуг) при осуществлении медицинской деятельности.

При размещении рассматриваемой рекламы ссылка на противопоказания и ссылка на необходимость получения консультации специалиста отсутствует.

Таким образом, реклама целителя Береснева А.А., размещенная в газете «Ямская слобода» от 02.02.2011 № 5 (591) и от 09.02.2011 № 6 (592) (издатель - ООО «Мир прессы»), является ненадлежащей, поскольку при ее размещении нарушены требования части 7 статьи 24 Закона о рекламе.

По мнению подателя апелляционной жалобы, услуги, оказываемые Бересневым А.А., не являются медицинскими услугами, в силу чего соблюдение требований части 7 статьи 24 Закона о рекламе не требовалось при размещении данной рекламы.

Однако, как верно указал суд первой инстанции, в соответствии с пунктом 16 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.12.1998 № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе», информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителей с определенным товаром, должна рассматриваться как реклама этого товара.

Данная информация формирует и поддерживает у потенциального получателя услуг интерес к описываемому виду услуг, а также формирует у потребителей рекламы представление о том, что в случае возникновения у них необходимости получить данные услуги, они могут получить их, обратившись именно к целителю Бересневу А.А., таким образом, это способствует продвижению на рынке вышеобозначенных услуг, а также формирует интерес к целителю.

Из содержания рекламы следует, что Береснев А.А. предлагает излечение от таких заболеваний, как пиелонефрит, гломерулонефрит и других. Следовательно, предложение избавиться от заболеваний воспринимается потребителем рекламы, вне зависимости от предлагаемых методов (магия и другое) как способ лечения, в силу чего является рекламой метода лечения как вида рекламы медицинских услуг.

Кроме того, в рекламе имеется ссылка на наличие у Береснева А.А. диплома целителя № 004 от 14.04.2003.

В Общероссийском классификаторе занятий ОК 010-93, утвержденном постановлением Госстандарта Российской Федерации от 30.12.1993 № 298, в систематизированный перечень видов трудовой деятельности в составную группу 324 «Целители и практики нетрадиционной медицины» включены целители и практики нетрадиционной медицины.

Согласно ОК 010-93 выполняемые целителями и практиками нетрадиционной медицины обязанности включают консультирование по вопросам правильного питания и образа жизни, способствующего поддержанию или восстановлению физического и психического здоровья, лечение пациентов с помощью методов народной медицины, в том числе траволечение, внушение, коррекция биоэнергетических полей и т.п.

Лечение пациентов с помощью методов народной медицины включено в описание деятельности практиков нетрадиционной медицины, а к методам лечения

целителями в базовой группе 3242 ОК 010-93 отнесено лечение внушением и молитвами.

Как правильно указал податель жалобы, что сам факт наличия у Береснева А.А. диплома целителя не означает, что рекламируются медицинские услуги.

Однако приведенный в спорной рекламе перечень услуг, среди которых названы массаж гуаша, а также избавление от перечисленных в рекламе «недугов», таких как больные почки, киста, песок или камни, пиелонефрит, гломерулонефрит, а также ссылка на наличие у рекламодателя диплома целителя, в своей совокупности свидетельствуют о том, что в данном объявлении рекламируются, в том числе и услуги, являющиеся медицинскими.

Как следует из пункта 4 Положения о лицензировании медицинской деятельности, утвержденного постановлением Правительства РФ от 22.01.2007 № 30 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.

В указанном приложении в Перечень работ (услуг), оказываемых при осуществлении медицинской деятельности включают работы (услуги) по медицинскому массажу и нефрологии.

Согласно Общероссийскому классификатору «Простые медицинские услуги» ОК ПМУ 91500.09.0001-2001, утвержденного Приказом Министерства здравоохранения Российской Федерации от 10 апреля 2001 года № 113 и введенного в действие с 1 мая 2001 года, медицинская услуга - мероприятие или комплекс мероприятий, направленных на профилактику заболеваний, их диагностику и лечение, имеющих самостоятельное знание и определенную стоимость, простая медицинская услуга - неделимая услуга, выполняемая по формуле: «пациент» + «специалист» = «один элемент профилактики, диагностики или лечения».

Из вышеуказанного Общероссийского классификатора к типовой разновидности медицинских услуг относится лечение с помощью простых физических воздействий, таких как массаж, иглорефлексотерапия, мануальная терапия (код типа 21).

В типовом разделе простые медицинские услуги делятся на классы. Деление основано на анатомо-функциональном принципе. В классификаторе

предусмотрен 31 классовый раздел, в частности, раздел 28 «Почки и мочевыделительный тракт».

К разновидности простых медицинских услуг относятся, в частности, методы функционального обследования без использования приспособлений, приборов (физикальные исследования, включая сбор жалоб, анамнеза и т.д.). К указанным услугам относятся сбор анамнеза и жалоб, визуальное исследование при патологии почек и мочевыделительного канала (код 01.28.001, 01.28.002). К медицинским услугам относятся также такие методы лечения как назначение лекарственной, диетической терапии и лечебно-оздоровительного режима при заболеваниях почек и мочевыделительного тракта (25.28.001, 25.28.002, 25.28.003).

При таких обстоятельствах, суд первой инстанции сделал обоснованный вывод о том, что Обществом в вышеуказанной газете размещена реклама медицинских услуг в отсутствие предупреждения о наличии противопоказаний к их применению и использованию, необходимости ознакомления с инструкцией по применению или получения консультации специалистов, что образует состав административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Согласно части 1 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

В силу части 2 данной статьи юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Учитывая вышеизложенное, суд апелляционной инстанции считает, что наличие события административного правонарушения, вменяемого Обществу, подтверждается материалами дела, в связи с чем решение УФАС по Тюменской области является законным, а в действиях Общества содержится состав

административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Нарушение порядка и срока давности привлечения Общества к административной ответственности суд апелляционной инстанции не усматривает.

Довод подателя жалобы о том, что протокол об административном правонарушении от 13.07.2011 № АИ/144-01 составлен неуполномоченным лицом, судом апелляционной инстанции отклоняется по следующим основаниям.

В соответствии с частью 1 статьи 28.2 КоАП РФ, протоколы об административных правонарушениях составляются должностными лицами органов, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях в соответствии с главой 23 данного Кодекса, в пределах компетенции соответствующего органа.

Как следует из статьи 23.48 КоАП РФ Федеральный антимонопольный орган, его территориальные органы рассматривают дела об административных правонарушениях, предусмотренных статьей 14.3 КоАП РФ.

Рассматривать дела об административных правонарушениях от имени органов, указанных в части 1 статьи 23.48 КоАП РФ, вправе:

- 1) руководитель федерального антимонопольного органа, его заместители;
- 2) руководители территориальных органов федерального антимонопольного органа, их заместители.

В соответствии с Должностным регламентом государственного гражданского служащего главного специалиста-эксперта отдела контроля за соблюдением законодательства Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области, утвержденным Руководителем Тюменского УФ АС России 18.12.2008, к основным функциям и должностным обязанностям главного специалиста-эксперта отдела контроля за соблюдением законодательства относится также подготовка к рассмотрению должностными лицами материалов дел об административных правонарушениях, включая проведение административного расследования и подготовку процессуальных документов, составление которых предусмотрено законодательством об административных правонарушениях.

Как следует из раздела 6 данного должностного регламента, в соответствии со своей компетенцией главный специалист-эксперт отдела контроля за соблюдением законодательства Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской

области, в том числе составляет протокол об административном правонарушении - документ, составляемый в соответствии со статьей 28.2 КоАП РФ фиксирующий совершение административного правонарушения.

В силу части 1 статьи 28.3 КоАП РФ протоколы составляются должностными лицами органов, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях в соответствии с главой 23 настоящего Кодекса.

При этом, как правильно указал суд первой инстанции, ссылка на главу 23 относится к органам, а не к должностным лицам, в связи с чем для определения должностных лиц следует руководствоваться не статьей 23.48 КоАП РФ, а частью 4 статьи 28.3 КоАП РФ, Приказом ФАС РФ от 19.11.2004 № 180 и Должностным регламентом государственного гражданского служащего главного специалиста-эксперта отдела контроля за соблюдением законодательства, утвержденным руководителем УФАС по Тюменской области 18.12.2008 (л.д. 72-75).

При таких обстоятельствах, протокол об административном правонарушении от 13.07.2011 № А11/144-01 составлен уполномоченным лицом.

Суд апелляционной инстанции считает, что в данном случае Обществом не представлено в материалы дела надлежащих и бесспорных доказательств в обоснование своей позиции, доводы, изложенные в апелляционной жалобе, не содержат фактов, которые не были бы проверены и не учтены судом первой инстанции при рассмотрении дела и имели бы юридическое значение для вынесения судебного акта по существу, влияли на обоснованность и законность судебного акта, либо опровергали выводы суда первой инстанции, в связи с чем признаются судом апелляционной инстанции несостоятельными и не могут служить основанием для отмены решения суда первой инстанции.

С учетом изложенного, решение суда первой инстанции является законным и обоснованным. Судом апелляционной инстанции не установлены нарушения норм материального или процессуального права, которые в силу статьи 270 АПК РФ могли бы повлечь изменение или отмену решения суда первой инстанции.

Судебные расходы судом апелляционной инстанции не распределяются, поскольку согласно части 4 статьи 208 АПК РФ заявление об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности государственной пошлиной не облагается.

На основании изложенного и руководствуясь пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Восьмой арбитражный апелляционный суд

ПОСТАНОВИЛ:

Апелляционную жалобу общества с ограниченной ответственностью «Мир Прессы» оставить без удовлетворения, решение Арбитражного суда Тюменской области от 24.10.2011 по делу № А70-8308/2011 – без изменения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия, может быть обжаловано путем подачи кассационной жалобы в Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме.

Председательствующий

Н.А. Шиндлер

Судьи

Л.А. Золотова

О.А. Сидоренко