



СЕДЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

634050, г. Томск, ул. Набережная реки Ушайки, 24

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Томск

Дело № А27-11460/2012

20 ноября 2012 года

Резолютивная часть постановления объявлена 13 ноября 2012 года

Полный текст постановления изготовлен 20 ноября 2012 года

Седьмой Арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего Ждановой Л. И.

судей: Бородулиной И.И., Скачковой О. А.

при ведении протокола судебного заседания помощником судьи Никитиной А. Г.

с использованием средств аудиозаписи

при участии:

от заявителя: Павленко И. А. по доверенности от 18.05.2012 года (сроком на 1 год)

от заинтересованного лица: без участия (извещено)

от третьих лиц:

от индивидуального предпринимателя Волкова А. П.: Сбродов О. А. по доверенности от 26.07.2012 года (сроком на 3 года);

от ЗАО «Кузбасский пищекомбинат»: без участия (извещено)

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области, г. Кемерово

на решение Арбитражного суда Кемеровской области

от 31 июля 2012 года по делу № А27-11460/2012 (судья Власов В. В.)

по заявлению Общества с ограниченной ответственностью "Алые паруса", г. Киселевск (ИНН 4211018692, КПП 421101001)

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области, г. Кемерово

третьи лица: Закрытое акционерное общество "Кузбасский пищекомбинат", г. Новокузнецк

Индивидуальный предприниматель Волков Анатолий Павлович, г. Кемерово

о признании недействительным решения от 26.03.2012 года по делу № 108/Т-13-2011 и предписания по данному делу от 26.03.2012 года,

У С Т А Н О В И Л:

Общество с ограниченной ответственностью «Алые паруса», город Киселевск (далее по тексту – ООО «Алые паруса», Общество, заявитель) обратилось в арбитражный суд Кемеровской области с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области, город Кемерово (далее по тексту – УФАС, Управление, антимонопольный орган, заинтересованное лицо) о признании не действительным решения от 26.03.2012 и выданного на основании данного решения предписания № 1 от 26.03.2012 по делу №108/Т-13-2011.

К участию в деле в порядке статьи 51 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации привлечены третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований относительно предмета спора – Закрытое акционерное общество «Кузбасский

пищекомбинат», город Новокузнецк, Индивидуальный предприниматель Волков А.П., г. Кемерово (далее – ИП Волков А.П.).

Решением Арбитражного суда Кемеровской области от 31 июля 2012 года заявленные требования удовлетворены.

Не согласившись с вынесенным судебным актом, Управление обратилось с апелляционной жалобой, в которой просит решение отменить, принять по делу новый судебный акт об отказе в удовлетворении требований заявителя.

По мнению Управления, принятый судебный акт вынесен с нарушением норм материального права; судом неполно выяснены обстоятельства, имеющие значение для дела.

Подробно доводы Управления изложены в апелляционной жалобе.

ООО «Алые паруса» и ИП Волков А.П. представили в материалы дела отзывы на апелляционную жалобу, в которых, ссылаясь на правомерность и обоснованность выводов арбитражного суда, просят обжалуемое решение оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

ЗАО «Кузбасский пищекомбинат» отзыв в порядке статьи 262 АПК РФ на апелляционную жалобу не представило.

В судебном заседании представители заявителя и третьего лица возражали против жалобы Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области, считая решение суда первой инстанции законным и обоснованным, поддержав доводы своих отзывов, а также отзывы друг друга..

Управление Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области и ЗАО «Кузбасский пищекомбинат», надлежащим образом извещенные о времени и месте судебного разбирательства (суд апелляционной инстанции располагает сведениями о получении адресатами направленной копии судебного акта (часть 1 статьи 123 АПК РФ)), в том числе публично, путем размещения информации о дате и времени слушания дела на интерне-сайте суда, в судебное заседание апелляционной инстанции не явились.

В порядке части 1 статьи 266, части 3 статьи 156 АПК РФ суд считает возможным рассмотреть апелляционную жалобу в отсутствие неявившихся лиц.

Проверив материалы дела в порядке статьи 268 Арбитражного процессуального кодекса РФ, изучив доводы апелляционной жалобы и отзывов на нее, заслушав представителей заявителя, третьего лица, суд апелляционной инстанции приходит к следующим выводам.

Как следует из материалов дела, 26.03.2012 Комиссией Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по результатам рассмотрения дела №108/Т-13-2011, возбужденного по признакам нарушения ООО «Алые паруса» требований пункта 1 части 1 статьи 13 Федерального закона от 28.12.2009 №38-1-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации», принято решение о признании Общества нарушившим указанные требования, которые выразились в установлении разной ответственности для поставщиков молока и молочной продукции, мяса, мясопродуктов и колбасных изделий, растительного масла в торговую сеть ООО «Алые паруса» за нарушение сроков поставки продукции (пункт 5.3 договора о поставке молочной продукции с отсрочкой платежа от 01.11.2006 №КС/07/22 с ЗАО «Кузбасский пищекомбинат, пункт 5.4 договора поставки продуктов питания от 27.01.2009 б/н с ООО «Русском», во включении в договор поставки мяскоколбасной продукции от 12.08.2009 №2281 и договор поставки продукции из мяса птицы от 09.11.2009 №2755 заключенных между ООО «Алые паруса» и ИП Волков А.П., пункта 5.2 с требованием о предоставлении под размещение товара ИП Волкова А.П. определенного процента торговой площади (полочного пространства), пункта 5.6 о предоставлении продукции ИП Волкова А.П. во всей торговой сети ООО «Алые паруса».

По результатам принятого решения в целях устранения выявленных нарушений Обществу выдано предписание, согласно которому Обществу предписывалось устранить

нарушения путем исключения из текста договоров с ИП Волковым А.П. соответствующих пунктов.

Не согласившись с вышеуказанным решением и предписанием антимонопольного органа, Общество обратилось в суд с соответствующим заявлением.

Удовлетворяя заявленные требования, суд первой инстанции исходил из доказанности Обществом нарушения антимонопольным органом прав и законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Согласно ч. 1 ст. 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) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, 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.

В соответствии с ч. 4 ст. 200 АПК РФ при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц арбитражный суд в судебном заседании осуществляет проверку оспариваемого акта или его отдельных положений, оспариваемых решений и действий (бездействия) и устанавливает их соответствие закону или иному нормативному правовому акту, устанавливает наличие полномочий у органа или лица, которые приняли оспариваемый акт, решение или совершили оспариваемые действия (бездействие), а также устанавливает, нарушают ли оспариваемый акт, решение и действия (бездействие) права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

В силу ч. 5 ст. 200 АПК РФ обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту, законности принятия оспариваемого решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), наличия у органа или лица надлежащих полномочий на принятие оспариваемого акта, решения, совершение оспариваемых действий (бездействия), а также обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого акта, решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), возлагается на орган или лицо, которые приняли акт, решение или совершили действия (бездействие).

Таким образом, для признания решения государственного органа незаконным суд должен установить наличие совокупности двух условий:

- несоответствие решения государственного органа закону или иному нормативному правовому акту;
- нарушение решением государственного органа прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Положение о Федеральной антимонопольной службе утверждено постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 N 331.

Согласно пунктам 1 и 2 названного Положения Федеральная антимонопольная служба является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по принятию нормативных правовых актов и контролю за соблюдением антимонопольного законодательства, законодательства в сфере деятельности субъектов естественных монополий (в части установленных законодательством полномочий антимонопольного органа), рекламы, контролю за осуществлением иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, а также по контролю в сфере размещения заказов на

поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд (за исключением полномочий по контролю в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг по государственному оборонному заказу, а также в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд, не относящихся к государственному оборонному заказу, сведения о которых составляют государственную тайну).

В соответствии с пунктом 4 Положения Федеральная антимонопольная служба осуществляет свою деятельность непосредственно и через свои территориальные органы во взаимодействии с другими федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, общественными объединениями и иными организациями.

Федеральный закон от 28.12.2009 N 381-ФЗ "Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации" (далее - Федеральный закон N 381-ФЗ, Закон о торговле) вступил в законную силу с 01.02.2010.

Частями 2 и 3 статьи 16 Федерального закона N 381-ФЗ предусмотрено, что государственный контроль (надзор) за соблюдением антимонопольных правил и требований, предусмотренных статьями 13-15 настоящего Закона, осуществляется Федеральной антимонопольной службой.

В статье 3 Закона о торговле определены права и обязанности лица, осуществляющего торговую деятельность и лица, осуществляющего поставку продовольственных товаров.

Так, в соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 13 Федерального закона N 381-ФЗ хозяйствующим субъектам, осуществляющим торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, и хозяйствующим субъектам, осуществляющим поставки продовольственных товаров в торговые сети, запрещается создавать дискриминационные условия, в том числе: создавать препятствия для доступа на товарный рынок или выхода из товарного рынка других хозяйствующих субъектов; нарушать установленный нормативными правовыми актами порядок ценообразования.

Данный перечень дискриминационных условий не является исчерпывающим, следовательно, любые действия, условия договора могут быть признаны дискриминационными, если будет установлено, что они являются таковыми.

Согласно пункту 8 статьи 4 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции" под дискриминационными условиями понимаются условия доступа на товарный рынок, условия производства, обмена, потребления, приобретения, продажи, иной передачи товара, при которых хозяйствующий субъект или несколько хозяйствующих субъектов поставлены в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами.

Федеральной антимонопольной службой в письме от 15.07.2010 г. №22313 даны следующие разъяснения. Навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него, заключается в таком поведении хозяйствующего субъекта, при котором ущемляются права контрагента либо он вынужден вступать в правоотношения на невыгодных для себя условиях.

Как следует из материалов дела, антимонопольный орган признал дискриминационными условиями, положения договоров заявителя, которыми предусмотрена разная ответственность для поставщиков одной группы товаров за нарушение сроков поставки (различный размер неустойки или ее отсутствие, применение штрафа).

Согласно положениям части 1 статьи 329 Гражданского кодекса Российской Федерации неустойка признается способом обеспечения исполнения обязательств.

В соответствии с пунктом 1 статьи 330 ГК РФ неустойкой (штрафов, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан

уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения.

По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков.

Принимая во внимание, что стороны, предусмотревшие в своих договорах соглашение о применении способа обеспечения обязательств (при одновременном отсутствии таких условий с другими поставщиками однородной группы товаров), при наличии свободы договора (в том числе в части определения способов обеспечения исполнения обязательств), установленной статьей 421 Гражданского кодекса Российской Федерации, суд апелляционной инстанции соглашается с выводами суда первой инстанции о том, что данные условия договоров не создали для этих лиц каких-либо дискриминационных условий.

Кроме того арбитражным судом установлено и апеллянтом не опровергнуто, что антимонопольный орган в ходе проведения проверки и рассмотрения материалов о нарушении действующего законодательства не проверил, какие способы обеспечения исполнения обязательств включены в другие договоры (в которых отсутствует условие о применении неустойки и штрафа), то есть не установил, являются ли в действительности данные условия дискриминационными, тогда как согласно статье 329 ГК РФ предусмотрено, что способами обеспечения исполнения обязательства являются: неустойка, залог, удержание имущества, поручительство, банковская гарантия, задаток, и другие способы, предусмотренные законом или договором.

Ссылка Управления в апелляционной жалобе на изучение в ходе проведения плановой проверки соответствующих разделов договоров поставки других поставщиков и отсутствие в них иных способов обеспечения исполнения обязательства, апелляционным судом не принимается, так как данный факт не отражен в оспариваемом решении антимонопольного органа.

Таким образом, антимонопольный орган неполно установил обстоятельства по делу и по неполно установленным обстоятельствам принял решение и сделал вывод о наличии дискриминационных условий.

Вместе с тем, само по себе включение в условия договора способа обеспечения исполнения обязательства в виде неустойки (пени, штрафа) не свидетельствует, что в отношении других лиц (поставщиков) не применены иные способы обеспечения исполнения обязательств.

Действующая редакция Федерального закона №381-ФЗ не предусматривает, что все условия договоров по отдельным группам товаров должны иметь одинаковые условия по способу обеспечения.

Более того, как правомерно отмечено судом первой инстанции, данные последствия (неустойка, штраф) могут наступить для поставщика только в случае нарушения сроков поставки, следовательно, наступление данных последствий зависит исключительно от добросовестности исполнения поставщиком своих обязательств.

При таких обстоятельствах, апелляционный суд приходит к выводу о недоказанности антимонопольным органом, что изложенные выше условия договоров создали дискриминационные условия для иных поставщиков применительно к положениям пункта 8 статьи 4 Федерального закона 26.07.2006 N 135-ФЗ «О защите конкуренции», то есть создали неравные условия именно для доступа на товарный рынок либо производства, обмена, потребления, приобретения, продажи, иной передачи товара. Так как спорные условия регулируют отношения хозяйствующих субъектов при исполнении заключенных договоров и являются мерой обеспечения состоявшейся сделки.

Кроме того, Кемеровским УФАС России при сравнительном анализе договоров поставки мяса, мясопродуктов и колбасных изделий разными поставщиками в торговую сеть ООО «Алые паруса» на предмет соответствия их пункту 1 части 1 статьи 13 Закона о торговле установлено, что договоры поставки мяскоколбасной продукции, заключенные

между ООО "Алые паруса" и ИП Волков А.П., от 12.08.2009 №2281 и от 09.11.2009 №2755, содержат пункт 5.2, предусматривающий, что покупатель предоставляет под размещение товара ИП Волкова А.А. не менее 20% торговой площади, отведенной под мяскоколбасные изделия и изделия из мяса птицы, в каждой торговой точке; а также пункт 5.6, в соответствии с которым установлено требование о представлении продукции ИП Волкова А.П. во всей торговой сети ООО «Алые паруса».

Исследовав и оценив в порядке статьи 71 АПК РФ представленные сторонами доказательства, апелляционный суд считает, что наличие такого условия в договорах поставки с ИП Волков А.П. свидетельствует о том, что один из поставщиков поставлен в более выгодные условия, по сравнению с другими, тем самым созданы дискриминационные условия для иных поставщиков.

В нарушение статьи 65 АПК РФ Общество не представило доказательств в обоснование своего довода, что закрепление определенного процента полочного пространства направлено на совершенствование процесса реализации товара, а также обусловлено соблюдением требований санитарно-ветеринарного законодательства по хранению мяскоколбасной продукции, а выводы арбитражного суда в указанной части в нарушение ст. 170 АПК РФ основаны на предположениях.

Вместе с тем, закрепление определенного процента полочного пространства является количественным показателем и объективно ведет к увеличению объема реализации продукции определенного производителя, так как выкладка товара обеспечивает дополнительные продажи, в связи с чем, не может быть признано допустимым в соответствии с частью 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции.

Исходя из пункта 8 статьи 4 Закона о защите конкуренции, для установления факта наличия дискриминационных условий достаточно выявить факт того, что хозяйствующий субъект или несколько хозяйствующих субъектов поставлены в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами, что и было сделано антимонопольным органом.

В силу части 2 статьи 22 Закона о торговле условия договоров поставки продовольственных товаров, заключенных до дня вступления в силу названного Закона (01.02.2010), должны быть приведены в соответствие с требованиями данного Закона в течение ста восьмидесяти дней со дня его вступления в силу.

Учитывая, что на момент проведения проверки, заявителем договоры от 12.08.2009 №2281 и от 09.11.2009 №2755 не были приведены в соответствии со вступившим в законную силу Законом о торговле, следовательно, их условий в спорной части не соответствуют требованиям пункта 1 части 1 статьи 13 данного Закона.

При таких обстоятельствах решение антимонопольного органа от 31.07.2012 года является законным, соответствующим положениям действующего законодательства и не нарушающим права и законные интересы Общества в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Аналогичный вывод содержится в постановлении Федерального арбитражного суд Западно-Сибирского округа от 18.10.2011 г. по делу №А27-2209/2011.

Несоответствие выводов, изложенных в решении, обстоятельствам дела, является основанием для отмены решения Арбитражного суда Кемеровской области от 31.07.2012 года в соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 270 АПК РФ в части признания недействительным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по делу №108/Т-13-2011 от 26.03.2012 года в части абзацев 1 и 3 пункта 1, пунктов 2,3,4 его резолютивной части, а также предписания №1 по делу №108/Т-13-2011 от 26.03.2012 года и принятия нового судебного акта в соответствии с частью 2 статьи 269 АПК РФ об отказе в удовлетворении заявленных требований Обществу в данной части; в остальной части оснований для отмены решения суда первой инстанции, в том числе

и безусловных, установленных частью 4 статьи 270 Арбитражного процессуального кодекса РФ, а равно принятия доводов апелляционной жалобы, у апелляционного суда не имеется.

Руководствуясь пунктом 2 статьи 269, статьями 270 и 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, апелляционный суд

ПО С Т А Н О В И Л:

Решение Арбитражного суда Кемеровской области от 31 июля 2012 года по делу № А27-11460/2012 отменить в части признания недействительным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по делу №108/Т-13-2011 от 26.03.2012 года в части абзацев 1 и 3 пункта 1, пунктов 2,3,4 его резолютивной части, а также предписания №1 по делу №108/Т-13-2011 от 26.03.2012 года.

Принять в указанной части новый судебный акт.

В удовлетворении заявленных требований Обществу с ограниченной ответственностью «Алые паруса» в данной части отказать.

В остальной части решение оставить без изменения, апелляционную жалобу - без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа.

Председательствующий:

Жданова Л. И.

Судьи:

Бородулина И.И.

Скачкова О. А.