



## СЕДЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

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

### ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Томск

Дело № 07АП-9785/11

«28» декабря 2011 года

Резолютивная часть объявлена 21 декабря 2011 г.  
Полный текст постановления изготовлен 28 декабря 2011 г.

Седьмой арбитражный апелляционный суд  
в составе:

председательствующий: Колупаева Л. А.

судьи: Журавлёва В.А., Кривошеина С.В.

при ведении протокола судебного заседания помощником судьи Дедковой И.А.  
с использованием средств аудиозаписи

при участии:

от заявителя: Петренко Н.Н. по доверенности от 17.11.2011;

от заинтересованного лица: без участия (извещено),

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу

Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области  
на решение Арбитражного суда Новосибирской области от 03.10.2011 года

по делу № А45-12199/2011 (судья Хорошилов А.В.)

по заявлению общества с ограниченной ответственностью «Розница Н-1»

(ОГРН 1055401112480, ИНН 5401251699), г. Барнаул

к Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области,  
г.Новосибирск

о признании незаконным решения №02-01-17-13т-11 от 20.06.2011 и предписания №02-01-17-13т-11 от 20.06.2011,

### УСТАНОВИЛ:

Общество с ограниченной ответственностью «Розница Н-1» (далее - заявитель, общество) обратилось в арбитражный суд Новосибирской области с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее – Управление, заинтересованное лицо, антимонопольный орган, апеллюнт) о признании незаконным решения заинтересованного лица от 20.06.2011 по делу № 02-01-17-13т-11 (далее - оспариваемое решение), предписания заинтересованного лица от 20.06.2011 № 02-01-17-13т-11 «О прекращении нарушения законодательства о торговле» (далее - оспариваемое предписание).

Решением Арбитражного суда Новосибирской области от 03.10.2011 заявленные обществом требования удовлетворены.

Признаны незаконными оспариваемые решение от 20.06.2011 по делу № 02-01-17-13т-11, предписание от 20.06.2011 № 02-01-17-13т-11 «О прекращении нарушения законодательства о торговле», вынесенные в отношении общества с ограниченной ответственностью «Розница Н-1», как несоответствующие нормам Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Федерального закона от 28.12.2009 № 381 -ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации».

Также с антимонопольного органа в пользу общества взысканы судебные расходы в размере 2000 рублей.

Не согласившись с указанным решением, антимонопольный орган обратился в Седьмой арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в обоснование которой ссылается на доказанность антимонопольным органом нарушения обществом положений Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» в частности его пункта 1 части 1 статьи 13 и создание обществом дискриминационных условий для иных хозяйствующих субъектов, а также законность выданного антимонопольным органом предписания в силу положений подп. «е» пункта 2 статьи 23 Федерального закона «О защите конкуренции». Подробно доводы изложены в апелляционной жалобе.

Общество в отзыве на апелляционную жалобу просит решение суда первой инстанции оставить без изменения, а апелляционную жалобу – без удовлетворения, полагая, что ООО «Розница Н-1» при заключении договоров поставки не устанавливало дискриминационных условий на соответствующем товарном рынке, доказательств иного заинтересованным лицом не представлено. Подробно доводы изложены в отзыве.

Письменный отзыв приобщен судебной коллегией к материалам дела в порядке статьи 262 АПК РФ.

В судебное заседание апелляционной инстанции представители заинтересованного лица не явились, будучи надлежащим образом извещенными о времени и месте рассмотрения дела (суд апелляционной инстанции располагает сведениями о надлежащем извещении).

В порядке части 3 статьи 156, части 1 статьи 266 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации суд считает возможным рассмотреть апелляционную жалобу в отсутствие не явившихся лиц.

В судебном заседании представитель ООО «Розница Н -1» поддержала доводы отзыва на апелляционную жалобу, просила решение суда первой инстанции оставить без изменения, заявила ходатайство о процессуальном правопреемстве лица на стороне заявителя в порядке статьи 48 АПК РФ.

На основании **части 1 статьи 48** Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в случаях выбытия одной из сторон в спорном или установленном судебным актом арбитражного суда правоотношении (реорганизация юридического лица, уступка требования, перевод долга, смерть гражданина и другие случаи перемены лиц в обязательствах) арбитражный суд производит замену этой стороны ее правопреемником и указывает на это в судебном акте. Правопреемство возможно на любой стадии арбитражного процесса.

Как следует из заявленного ходатайства и приложенных к нему документов ООО «Розница Н-1» (ОГРН 1055401112480, ИНН 5401251699) реорганизовано путем присоединения к Обществу с ограниченной ответственностью «Розница К-1» (ОГРН 1052242262478, ИНН 2225074005), что подтверждается представленными решением единственного учредителя ООО «Розница Н-1» от 03.08.2011, свидетельством сер. 22 №003561997 о внесении в ЕГРЮЛ от 07.10.2011 сведений о прекращении деятельности ООО «Розница Н-1», свидетельством о внесении в ЕГРЮЛ от 07.10.2011 сер. 22 №003562003 сведений о реорганизации ООО «Розница К-1», выпиской из ЕГРЮЛ от 09.11.2011, содержащей сведения об ООО «Розница К-1».

Установив факт реорганизации лица на стороне заявителя, суд апелляционной инстанции в порядке [статьи 48 АПК РФ](#) удовлетворяет заявленное ходатайство, заменив общество с ограниченной ответственностью «Розница Н-1» на общество с ограниченной ответственностью «Розница К-1».

Заслушав представителя заявителя, исследовав материалы дела, изучив доводы апелляционной жалобы, проверив законность и обоснованность оспариваемого судебного акта в соответствии со [статьями 266, 268 АПК РФ](#), суд апелляционной инстанции считает его не подлежащим отмене по следующим основаниям.

Из материалов дела следует, что ООО «Розница Н-1» осуществляет розничную торговлю продовольственными товарами.

22.03.2011 антимонопольным органом издан приказ № 73 о проведении внеплановой выездной проверки открытого акционерного общества «Розница Н-1» (630089, г.Новосибирск, ул.Бориса Богаткова, 251, 630132, г.Новосибирск, ул.Челюскинцев, 36/1)», предмет проверки: соблюдение установленных [Законом №381-ФЗ](#) правил, требований и ограничений при заключении договоров с поставщиками, период проведения проверки: с 24.03.2011 по 24.04.2011.

При проведении проверки проверяющими установлено, что в пунктах 1.12 и 1.18 дополнительных соглашений к договорам поставки заключенным между ООО «Розница Н-1» и поставщиками, предусмотрено, что по итогам каждого месяца поставщик выплачивает покупателю (заявителю) вознаграждение (премию) и предоставляет скидку, при этом размер вознаграждения (премии) и размер скидки не являются одинаковыми для всех контрагентов (поставщиков) заявителя (размер премии устанавливается от 0 % до 10 % в зависимости от объемов закупки прошлого месяца).

Установив, что в договорах предусмотрены разные проценты выплат вознаграждения поставщиками покупателю, антимонопольный орган пришел к выводу о том, что в данных договорах поставки прослеживаются разные условия доступа на товарный рынок, приобретения товара, при которых несколько хозяйствующих субъектов поставлены в неравные положения по сравнению с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами.

20.06.2011 по итогам рассмотрения дела № 02-01-17-13т-11 о нарушении антимонопольного законодательства комиссией антимонопольного органа вынесено оспариваемое решение (резолютивная часть объявлена 06.06.2011), в соответствии с которым действия ООО «Розница Н-1», выразившиеся в установлении дискриминационных условий в пункте 1.12 дополнительных соглашений к договорам поставки, при которых хозяйствующие субъекты поставлены в неравное положение по сравнению с другими поставщиками, признаны нарушающими пункт 1 части 1 [статьи 13 Закона № 381 -ФЗ](#).

Выданным на основании указанного решения предписанием от 20.06.2011 № 02-01-17-13т-11 о прекращении нарушения антимонопольного законодательства обществу предписано в срок до 01.08.2011 прекратить нарушение пункта 1 части 1 [статьи 13 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»](#), выразившееся в установлении дискриминационных условий в пункте 1.12 дополнительных соглашений к договорам поставки, привести условия, закрепленные в пункте 1.12 дополнительных соглашений к договорам поставки, в соответствие с требованиями антимонопольных правил, при этом такие условия не должны ухудшать положение поставщиков, с которыми заключены договоры на более выгодных условиях.

Не согласившись с указанным решением и предписанием антимонопольного органа, общество обратилось в арбитражный суд с соответствующим заявлением.

Принимая решение, суд первой инстанции пришел к выводу что оспариваемое решение и предписание антимонопольного органа ограничивают права общества при осуществлении им предпринимательской деятельности и является вмешательством в регулируемые гражданским законодательством отношения, кроме того, что проверка

проведена заинтересованным лицом с нарушением установленных законодательством требований к организации и проведению проверок.

Апелляционная инстанция, оставляя решение суда первой инстанции без изменения, исходит из следующего.

С 01.02.2010 вступил в силу Федеральный закон от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее – Закон № 381-ФЗ), целью которого является обеспечение соблюдения прав и законных интересов хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность, и хозяйствующих субъектов, осуществляющих поставки производимых или закупаемых товаров, а также баланса их экономических интересов.

В статье 13 Закона № 381-ФЗ установлены антимонопольные правила для хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность, и хозяйствующих субъектов, осуществляющих поставки продовольственных товаров.

Антимонопольный орган, полагает, что обществом нарушен пункт 1 части 1 статьи 13 указанного Закона, запрещающий создавать дискриминационные условия на товарном рынке, при этом ссылается на понятие дискриминационных условий, которые даны в пункте 8 статьи 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон № 135-ФЗ, Закон 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.

Между тем, в установленных в пункте 1 части 1 статьи 13 Закона № 381-ФЗ антимонопольных правилах в области торговой деятельности, хозяйствующим субъектам, осуществляющим торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, и хозяйствующим субъектам, осуществляющим поставки продовольственных товаров в торговые сети, запрещено создавать дискриминационные условия, в том числе:

а) создавать препятствия для доступа на товарный рынок или выхода из товарного рынка других хозяйствующих субъектов;

б) нарушать установленный нормативными правовыми актами порядок ценообразования.

В оспариваемом решении антимонопольного органа не указано, к какому конкретно из двух обозначенных в пункте 1 части 1 статьи 13 Закона № 381-ФЗ относится выявленное им нарушение обществом антимонопольных правил в области торговой деятельности. Отдельно в пункте 1 части 1 статьи 13 Закона № 381-ФЗ о том, что запрещается ставить хозяйствующих субъектов в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами, не указано.

Как следует из материалов дела, представленные обществом в ходе проверки договоры заключены после вступления в законную силу Закона № 381-ФЗ. При этом при заключении договоров обществом учтено, что в соответствии с пунктом 4 статьи 9 названного закона соглашением сторон договора поставки продовольственных товаров может предусматриваться включение в его цену вознаграждения, выплачиваемого хозяйствующему субъекту, осуществляющему торговую деятельность, в связи с приобретением им у хозяйствующего субъекта, осуществляющего поставки продовольственных товаров, определенного количества продовольственных товаров. Размер указанного вознаграждения подлежит согласованию сторонами этого договора, включению в его цену и не учитывается при определении цены продовольственных товаров. Размер вознаграждения не может превышать десять процентов от цены приобретенных продовольственных товаров.

Из дополнительных соглашений к договорам поставки следует, что при заключении данных договоров обществом с контрагентами условия пункта 4 статьи 9 Закона № 381-ФЗ соблюдены, размер вознаграждения поставщиков не превысил десяти процентов.

При этом, как правомерно установлено судом первой инстанции статья 9 названного закона не содержит требований о том, что покупатель обязан устанавливать одинаковый размер вознаграждения для всех поставщиков, либо для поставщиков одной группы товаров, либо для поставщиков одного и того же товара.

В данном случае следует также учесть, что поскольку Гражданским кодексом Российской Федерации установлен принцип свободы договора, стороны договора, не согласные с его условиями (в данном случае поставщики), вправе были отказаться от его заключения с обществом, либо представить разногласия по размеру вознаграждения, рассмотрев которые общество бы решало, соглашаться с данными разногласиями либо отказаться от заключения договора с этим поставщиком.

Договор поставки не является публичным договором, соответственно, его условия не должны быть одинаковыми для всех поставщиков.

Как следует из материалов дела с каждым поставщиком условия о размере вознаграждения оговаривались при подписании договора и договор заключался на условиях, которые были приемлемы для конкретного поставщика, поскольку сложно заключить договор на неприемлемых для второй стороны условиях (общество не является субъектом, занимающим доминирующее положение на товарном рынке), так как контрагент в этом случае будет сотрудничать с иным хозяйствующим субъектом, при этом ни в одном договоре размер вознаграждения не превышает десяти процентов от цены приобретенных продовольственных товаров.

Антимонопольный орган не представил доказательств возражений поставщиков против заключения договоров на предлагаемых обществом условиях. Кроме того, дело в отношении общества возбуждено не в связи с обращениями поставщиков товаров (обратного не следует из материалов дела).

Суд апелляционной инстанции отмечает, что применение статьи 13 Закона № 381-ФЗ таким образом, каким ее применяет антимонопольный орган, делает невозможным взаимоотношения хозяйствующих субъектов, целью заключения договоров будет не взаимовыгодное сотрудничество, а поиск контрагентов, работающих на одинаковых условиях с уже имеющимися поставщиками и покупателями. Это противоречит целям, во исполнение которых и принят Закон № 381-ФЗ, таких, как обеспечение единства экономического пространства в Российской Федерации, развитие торговой деятельности в целях удовлетворения потребностей отраслей экономики в произведенной продукции, обеспечения доступности товаров для населения, формирования конкурентной среды.

При таких обстоятельствах апелляционный суд приходит к выводу о том, что оспариваемое по настоящему делу решение антимонопольного органа ограничивают права общества при осуществлении им предпринимательской деятельности (в том числе, в части установления размера вознаграждения поставщикам) и является вмешательством в регулируемые гражданским законодательством отношения.

Кроме того, апелляционный суд поддерживает выводы суда первой инстанции о проведении Управлением проверки с нарушением установленных законодательством требований к организации и проведению проверок.

Полномочия Управления по осуществлению государственного контроля за соблюдением антимонопольного законодательства и выдаче предписаний на устранение выявленных нарушений основаны на статьях 22 - 23 Закона «О защите конкуренции».

В соответствии со статьей 25.1 Закона «О защите конкуренции» в целях осуществления контроля за соблюдением антимонопольного законодательства антимонопольный орган вправе проводить плановые и внеплановые проверки федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, иных осуществляющих функции указанных органов или организаций, а также государственных внебюджетных фондов, коммерческих и некоммерческих организаций, физических лиц, в том числе индивидуальных предпринимателей. Плановые и внеплановые проверки проводятся в форме выездных проверок.

В соответствии с частью 9 статьи 25.1 Закона «О защите конкуренции» срок проведения проверки начинается с даты, указанной в приказе о ее проведении.

В соответствии с частью 13 статьи 25.1 Закона «О защите конкуренции» проверяемое лицо уведомляется о проведении внеплановой проверки не менее чем за двадцать четыре часа до начала ее проведения любым доступным способом.

Как установлено судом 22.03.2011 антимонопольным органом издан приказ №73 о проведении внеплановой выездной проверки открытого акционерного общества «Розница Н-1», предмет проверки: соблюдение установленных Законом №381-ФЗ правил, требований и ограничений при заключении договоров с поставщиками, период проведения проверки: с 24.03.2011 по 24.04.2011.

По результатам проверки Управлением составлен акт проверки № 02-09-06-11 от 22.04.2011 (л.д. 34-52, т.1). В акте проверки указано, что продолжительность проверки составляет 168 часов. Как следует из акта проверки представитель общества Половников А.В., действующий по доверенности от 31.03.2011 ознакомился с приказом о проведении проверки.

При указанных обстоятельствах, судом правомерно отмечено, что надлежащих доказательств соблюдения заинтересованным лицом норм части 12 статьи 25.1 Закона №135-ФЗ (в редакции действовавшей на 22.03.2011) в материалы дела не представлено. Отчет об отправке факса от 23.03.2011, время отправки 15 час. 23 мин., также не является таковым, поскольку не содержит определенных данных о лице в адрес которого отправлено сообщение, о номере телефона по которому отправлено сообщение, о принадлежности заявителю телефонного номера по которому было отправлено сообщение, о лице получившим указанное сообщение, кроме того не представлено данных о том, что проверка была начата позднее чем в 15 час. 23 мин. 23.03.2011.

В соответствии со статьей 50 Закона «О защите конкуренции» по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства на основании решения по делу комиссия антимонопольного органа, рассматривающая дело о нарушении антимонопольного законодательства, выдает предписание ответчику по делу.

Комиссией Управления 20.04.2011 выдано предписание, в котором антимонопольный орган предписывает: ООО «Розница Н-1» в срок до 01 августа 2011 прекратить нарушение пункта 1 части 1 статьи 13 Федерального закона от 28.12.2009 №381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности», выразившееся в установлении дискриминационных условий в пункте 1.12 дополнительных соглашений к договорам поставки, при которых хозяйствующие субъекты поставлены в неравное положение по сравнению с другими поставщиками; привести условия, закрепленные в пункте 1.12. дополнительных соглашений к договорам поставки, в соответствие с требованиями антимонопольных правил, при этом, такие условия не должны ухудшать положение поставщиков, с которыми заключены договоры на более выгодных условиях.

Между тем, какие конкретно действия должно совершить общество в целях устранения нарушений, каким образом должны быть изменены условия договоров, учитывая, что Законом № 381-ФЗ предусмотрено право хозяйствующих субъектов по соглашению сторон устанавливать в договоре условие о выплате вознаграждения поставщиком покупателю в пределах десяти процентов от цены приобретенных продовольственных товаров, и данное ограничение в договорах поставки соблюдено, из данного предписания установить невозможно.

Кроме того, в соответствии с подпунктом «и» пункта 2 части 1 статьи 23 Закона «О защите конкуренции» антимонопольный орган выдает в случаях, указанных в настоящем Федеральном законе, хозяйствующим субъектам обязательные для исполнения предписания о заключении договоров, об изменении условий договоров или о расторжении договоров в случае, если при рассмотрении антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства лицами, права которых нарушены или могут быть нарушены, было заявлено соответствующее ходатайство, либо в случае осуществления антимонопольным органом государственного контроля за экономической концентрацией.

Из изложенного следует, что Управление не вправе выдать предписание об изменении условий договоров, если лицами, чьи права, по мнению антимонопольного органа, были нарушены, не заявлено об этом ходатайства, а также в случае, если предметом проверки не являлся контроль за экономической концентрацией.

Из материалов проверки, а также из вынесенных по результатам проверки оспариваемых решения и предписания не усматривается, что кто-либо из поставщиков ООО «Розница Н-1» заявил ходатайство о внесении изменений в условия заключенных с обществом договоров, так же, как и не усматривается, что основанием проверки явилось обращение в антимонопольный орган кто-либо из поставщиков ООО «Розница Н-1» с заявлением, указывающим на наличие признаков нарушения обществом антимонопольного законодательства. Не указано в материалах проверки также и о том, что вынесенное предписание было результатом осуществления антимонопольным органом государственного контроля за экономической концентрацией.

Оценив в соответствии с требованиями [статьи 71](#) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, обжалуемый ненормативный акт - предписание, суд апелляционной инстанции считает, что Управление не указало в Предписании, каким способом заявителю следует прекратить нарушение [Закона](#) № 135-ФЗ. Спорное Предписание не обладает достаточной степенью конкретизации, чтобы считаться исполнимым, в связи с чем, оно не соответствует [пункту 3.44](#) Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации, утвержденного приказом Федеральной антимонопольной службы от 25.12.2007 N 447, вынесено с нарушением действующего антимонопольного законодательства.

При осуществлении своих полномочий антимонопольный орган обязан руководствоваться требованиями закона и иных нормативных правовых актов и вправе совершать действия, прямо предусмотренные законом и иными нормативными правовыми актами, и которые не должны выходить за рамки его компетенции.

В соответствии со [статьями 198 - 201](#) АПК РФ основанием для удовлетворения требования о признании недействительным ненормативного правового акта является наличие следующих условий: несоответствие такого акта закону и нарушение им прав и законных интересов заявителя по делу.

Учитывая вышеизложенное, апелляционный суд соглашается с выводами суда первой инстанции о наличии оснований для признания незаконными оспариваемых решения и предписания Управления, поскольку они приняты с нарушением норм действующего законодательства, нарушают права и законные интересы заявителя при осуществлении им предпринимательской деятельности.

Указанная позиция подтверждается также постановлением Федерального Арбитражного суда Западно-Сибирского от 07.12.2011 по делу № А03-3143/2011.

Доводы апелляционной жалобы на аналогичную судебную практику (дело № 07АП-5570/11) отклоняются судебной коллегией, как необоснованные, поскольку в настоящем рассматриваемом деле судом установлены иные обстоятельства, отличные, от указанных по названному делу.

Доводы апелляционной жалобы исследованы в полном объеме, однако они не опровергают правильности выводов суда первой инстанции и отклоняются как необоснованные.

При таких обстоятельствах решение Арбитражного суда Новосибирской 03 октября 2011 года следует оставить без изменения, а апелляционную жалобу - без удовлетворения.

Нормы материального и процессуального права применены судом первой инстанции правильно. Нарушений норм процессуального права, влекущих безусловную отмену судебного акта, не установлено.

Руководствуясь [статьями 48, 156, пунктом 1 статьи 269, статьёй 271](#) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Седьмой арбитражный апелляционный суд

**ПОСТАНОВИ Л:**

Произвести процессуальную замену на стороне заявителя, заменив общество с ограниченной ответственностью «Розница Н-1» на общество с ограниченной ответственностью «Розница К-1».

Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 03 октября 2011 года по делу №А45-12199/2011 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:

Колупаева Л. А.

Судьи:

Журавлёва В.А.

Кривошеина С.В.