



**АРБИТРАЖНЫЙ СУД
ВОЛГО-ВЯТСКОГО ОКРУГА**
Кремль, корпус 4, Нижний Новгород, 603082
<http://fasvvo.arbitr.ru/> E-mail: info@fasvvo.arbitr.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
арбитражного суда кассационной инстанции

Нижний Новгород
22 декабря 2020 года

Дело № А29-287/2020

Арбитражный суд Волго-Вятского округа в составе:
председательствующего Радченковой Н.Ш.,
судей Башевой Н.Ю., Чигракова А.И.,

при участии представителя
от заинтересованного лица: Кальдяева С.С. (доверенность от 07.12.2020),

рассмотрел в судебном заседании кассационную жалобу федерального государственного
унитарного предприятия «Промсервис» Федеральной службы исполнения наказаний

на решение Арбитражного суда Республики Коми от 02.07.2020 и
на постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 22.09.2020
по делу № А29-287/2020

по заявлению федерального государственного унитарного предприятия «Промсервис»
Федеральной службы исполнения наказаний (ИНН: 7111007621, ОГРН: 1027103673080)
к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми
(ИНН: 1101481197, ОГРН: 1021100514951)
о признании незаконным решения в части,

третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований относительно предмета спора, –
индивидуальный предприниматель Киселенко Андрей Александрович, индивидуальный
предприниматель Кричкина Светлана Александровна, федеральное казенное учреждение
«Исправительная колония № 49 Управления Федеральной службы исполнения наказаний
по Республике Коми», федерального казенного учреждения «Исправительная колония
№ 19 Управления Федеральной службы исполнения наказаний по Республике Коми»,
федерального казенного учреждения «Объединение исправительных учреждений с
особыми условиями хозяйственной деятельности Управления Федеральной службы
исполнения наказаний по Республике Коми», федерального казенного учреждения
«Исправительная колония № 8 Управления Федеральной службы исполнения наказаний по
Республике Коми»,

и установил:

Федеральное государственное унитарное предприятие «Промсервис» Федеральной службы исполнения наказаний России (далее – Предприятие) обратилось в Арбитражный суд Республики Коми с заявлением о признании незаконным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми (далее – Управление, антимонопольный орган) от 06.11.2019 по делу № АО-01-01/19 в части признания в действиях Предприятия факта нарушения пункта 5 части 1 статьи 13 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее – Закон № 381-ФЗ) при исполнении (реализации) в 2017 – 2019 годах договоров комиссии от 22.12.2016 № К51-Коми/224, от 28.12.2016 № 283/К.53-Коми, от 28.12.2016 № К.52-Коми, от 30.12.2016 № К.60-Коми, при заключении договора комиссии от 01.04.2019 № 16, при заключении и исполнении (реализации) договора комиссии от 12.04.2018 № К-Ю.Коми/2018, договора комиссии от 09.01.2019 № 1, договора комиссии от 12.04.2018 № К-9.Коми/2018, договора от 11.04.2018 № К-7.Коми/2018.

К участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены индивидуальный предприниматель Киселенко Андрей Александрович (далее – ИП Киселенко А.А.), индивидуальный предприниматель Кричкина Светлана Александровна (далее – ИП Кричкина С.А.), федеральное казенное учреждение «Исправительная колония № 49 Управления Федеральной службы исполнения наказаний по Республике Коми» (далее – Исправительная колония № 49), федеральное казенное учреждение «Исправительная колония № 19 Управления Федеральной службы исполнения наказаний по Республике Коми» (далее – Исправительная колония № 19), федеральное казенное учреждение «Объединение исправительных учреждений с особыми условиями хозяйственной деятельности Управления Федеральной службы исполнения наказаний по Республике Коми» (далее – Объединение исправительных учреждений), федеральное казенное учреждение «Исправительная колония № 8 Управления Федеральной службы исполнения наказаний по Республике Коми» (далее – Исправительная колония № 8).

Решением Арбитражного суда Республики Коми от 02.07.2020 в удовлетворении заявленных требований отказано.

Второй арбитражный апелляционный суд постановлением от 22.09.2020 оставил решение суда первой инстанции без изменения.

Предприятие не согласилось с принятыми судебными актами и обратилось в Арбитражный суд Волго-Вятского округа с кассационной жалобой, в которой просит отменить их в связи с несоответствием выводов, сделанных судами, фактическим обстоятельствам дела и неправильным применением норм материального права.

Предприятие не согласилось с принятыми судебными актами и обратилось в Арбитражный суд Волго-Вятского округа с кассационной жалобой.

Заявитель жалобы считает, что суды неправильно применили положения Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее – Закон № 381-ФЗ), Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон № 135-ФЗ), неполно исследовали обстоятельства, имеющие значение для дела. Управление не доказало, что выручка Предприятия за 2017, 2018 годы превысила 400 миллионов рублей, незаконно отнесло Предприятие к числу хозяйствующих субъектов, на которых распространяются требования статьи 13 Закона № 381-ФЗ, не провело надлежащим образом анализ состояния конкуренции на товарном рынке. Суды не приняли

во внимание специфику деятельности заявителя. Принятые судебные акты подлежат отмене, а заявленное требование – удовлетворению.

Подробно позиция заявителя изложена в кассационной жалобе.

Управление в отзыве и представитель в судебном заседании отклонили доводы жалобы.

Предприятие, надлежащим образом извещенное о времени и месте рассмотрения кассационной жалобы, не явилось в заседание суда округа, кассационная жалоба рассмотрена в их отсутствие.

Законность принятых судебных актов проверена Арбитражным судом Волго-Вятского округа в порядке, установленном в статьях 274, 284 и 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Как следует из материалов дела, в Управление поступили заявления лиц, отбывающих наказание в исправительных колониях в Республике Коми, в том числе в Исправительной колонии № 49, Исправительной колонии № 8, Исправительной колонии № 25, об установлении Предприятием завышенных розничных цен на продукты питания и товары первой необходимости.

Приказом Управления от 23.01.2019 № 8 в отношении Предприятия возбуждено дело № АО 01-01/19 по признакам нарушения пункта 5 части 1 статьи 13 Закона № 381-ФЗ.

В ходе рассмотрения дела антимонопольный орган установил, что Предприятие находится в ведомственном подчинении ФСИН России и оказывает услуги оптовой и розничной торговли продуктами питания и предметов первой необходимости. Торговые объекты, расположенные на территории исправительных учреждений Республики Коми, переданы Предприятию на основании договоров безвозмездного пользования объектом нежилого фонда, закрепленного за учреждением ФСИН России на праве оперативного управления.

Предприятие является единственной организацией, осуществляющей торговую деятельность на территории исправительных учреждений Республики Коми.

В целях поставки продовольственных и непродовольственных товаров в исправительные учреждения Республики Коми Предприятие (комиссионер) заключило договоры комиссии с ИП Киселенко А.А., ИП Кричкиной С.А., исправительными колониями № 49, 19, 8, Объединением исправительных учреждений.

Ранее действовали договоры комиссии с СИЗО № 3, СИЗО № 2, Больницей № 18 УФСИН, СИЗО № 1 и другими лицами (на момент рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства срок действия договоров истек).

По условиям названных договоров комиссии Предприятие как комиссионер обязуется от своего имени, но за счет и по поручению комитента, совершать сделки по продаже товаров комитента третьим лицам, а комитент – выплачивать комиссионеру вознаграждение (пункты 1.1, 1.2 договоров).

В пункте 1.5 договоров установлено, что ассортимент и отпускные (продажные) цены передаваемых на комиссионную торговлю товаров согласуются сторонами в приложении № 2 к договору.

Согласно пункту 2.1 договоров комиссионер реализует товар третьим лицам по продажной (отпускной) цене (в том числе НДС), указанной в приложении 2 к договору, действующем на дату передачи товара на комиссионную торговлю по акту (приложение б к договору).

Предусмотренное договорами вознаграждение, составляющее определенный процент от стоимости фактически реализованного товара (от 6 до 20 процентов), ежемесячно выплачивается комиссионеру (пункт 2.2 договоров).

В соответствии с пунктом 2.4 договоров в случае реализации комиссионером товара по цене выше, чем продажная (отпускная) цена комитента, положительная разница цены реализации товара в виде торговой наценки комиссионера полностью остается в его распоряжении в качестве дополнительной выгоды.

Согласно пунктам 2.5 и 2.5.3 договоров комиссионер представляет комитенту отчет об исполнении поручения, акт об оказании комиссионных услуг и счета-фактуры.

В пункте 3.4 договоров установлено, что передача товаров на комиссию осуществляется по месту нахождения обособленного подразделения комиссионера. Доставка товара до места нахождения обособленного подразделения комиссионера осуществляется за счет комитента, а также его силами и средствами.

В приложении 7 к договорам комиссии определен список магазинов комиссионера, расположенных на территории исправительных учреждений Республики Коми.

В материалах дела № АО 01-01/19 по каждому из действующих договоров комиссии представлены копии счетов фактур, отчетов комиссионера, актов об оказании комиссионных услуг, платежных поручений.

Проанализировав изложенные обстоятельства, комиссия Управления заключила, что Предприятие обладает всеми квалифицирующими признаками хозяйствующего субъекта, осуществляющего торговую деятельность с использованием торговой сети, а именно: самостоятельно реализует через магазины товары в розницу лицам, которые содержатся на территории исправительных учреждений; осуществляет торговую деятельность более чем через два торговых объекта; данные торговые объекты находятся под общим управлением Предприятия. Выручка Предприятия от реализации товаров в магазинах, входящих в одну торговую сеть, ежегодно начиная с 2016 года (за 2016, 2017 и 2018 годы) составляет более 400 000 000 рублей.

Управлением проведен анализ состояния конкуренции на рынке услуг розничной торговли продовольственными товарами в границах торговых объектов, расположенных на территории исправительных учреждений Республики Коми, по результатам которого установлено, что доминирующее положение на указанном товарном рынке занимает Предприятие с долей 100 процентов.

Антимонопольный орган по результатам рассмотрения дела № АО 01-01/19 принял решение от 06.11.2019 № 01-107/8499, в соответствии с которым в действиях Предприятия установлен факт нарушения пункта 5 части 1 статьи 13 Закона № 381-ФЗ, выразившегося в заключении договоров комиссии с поставщиками продовольственных товаров для осуществления торговой деятельности и исполнения (реализации) данных договоров.

Предприятие оспорило решение антимонопольного органа в судебном порядке.

Руководствуясь статьями 198, 200, 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, положениями Закона № 381-ФЗ (в редакции, действующей с 15.07.2016), статьей 990 Гражданского кодекса Российской Федерации, суд первой инстанции отказал в удовлетворении заявленных требований.

Апелляционный суд оставил решение суда без изменения.

Рассмотрев кассационную жалобу исходя из приведенных в ней доводов, Арбитражный суд Волго-Вятского округа не нашел оснований для отмены принятых судебных актов.

В силу части 1 статьи 198, части 4 статьи 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации действия, решения органов, осуществляющих публичные полномочия, могут быть признаны незаконными, если они не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской деятельности.

Согласно пункту 1 статьи 990 Гражданского кодекса Российской Федерации по договору комиссии одна сторона (комиссионер) обязуется по поручению другой стороны (комитента) за вознаграждение совершить одну или несколько сделок от своего имени, но за счет комитента. По сделке, совершенной комиссионером с третьим лицом, приобретает права и становится обязанным комиссионер, хотя бы комитент и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки.

Антимонопольное регулирование в сфере торговой деятельности осуществляется в соответствии с Законом № 381-ФЗ.

На основании статьи 2 Закона № 381-ФЗ для целей данного закона под торговой деятельностью понимается вид предпринимательской деятельности, связанный с приобретением и продажей товаров; оптовой торговлей является вид торговой деятельности, связанный с приобретением и продажей товаров для использования их в предпринимательской деятельности (в том числе для перепродажи) или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием; под торговым объектом понимаются здание или часть здания, строение или часть строения, сооружение или часть сооружения, специально оснащенные оборудованием, предназначенным и используемым для выкладки, демонстрации товаров, обслуживания покупателей и проведения денежных расчетов с покупателями при продаже товаров; торговой сетью является совокупность двух и более торговых объектов, которые принадлежат на законном основании хозяйствующему субъекту или нескольким хозяйствующим субъектам, входящим в одну группу лиц в соответствии с Законом № 135-ФЗ, или совокупность двух и более торговых объектов, которые используются под единым коммерческим обозначением или иным средством индивидуализации.

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

Согласно пункту 3 части 1 статьи 13 Закона № 381-ФЗ (в редакции, действовавшей на момент заключения спорных договоров комиссии) хозяйствующим субъектам, осуществляющим торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, и хозяйствующим субъектам, осуществляющим поставки продовольственных товаров в торговые сети, запрещается осуществлять оптовую торговлю с использованием договора комиссии или смешанного договора, содержащего элементы договора комиссии.

Законом № 273-ФЗ в статью 13 Закона № 381-ФЗ внесены изменения.

В соответствии с пунктом 5 части 1 статьи 13 Закона № 381-ФЗ (в редакции, действующей с 15.07.2016) хозяйствующим субъектам, осуществляющим торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, и хозяйствующим субъектам, осуществляющим поставки продовольственных товаров в торговые сети, запрещается заключать между собой для осуществления торговой деятельности договор, по которому товар передается для реализации третьему лицу без перехода к такому лицу права собственности на товар, в том числе договор комиссии, договор поручения, агентский договор или смешанный договор, содержащий элементы одного или всех указанных договоров, за исключением заключения указанных договоров внутри одной группы лиц, определяемой в соответствии с Законом № 135-ФЗ, и (или) заключения указанных договоров между хозяйствующими субъектами, образующими торговую сеть, либо исполнять (реализовывать) такие договоры.

В силу части 2 статьи 3 Закона № 273-ФЗ условия договоров поставки и иных договоров, регулируемых Законом № 381-ФЗ и заключенных до дня вступления в силу

Закона № 273-ФЗ, должны быть приведены в соответствие с Законом № 381-ФЗ (в редакции Закона № 273-ФЗ) до 01.01.2017.

Законом № 264-ФЗ статья 1 Закона № 381-ФЗ дополнена частью 4.1, согласно которой положения статей 13 и 14 Закона № 381-ФЗ не распространяются на хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность, хозяйствующих субъектов, осуществляющих поставки продовольственных товаров, выручка которых (их группы лиц, определяемой в соответствии с антимонопольным законодательством) от реализации товаров за последний календарный год не превышает четыреста миллионов рублей, а также хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность посредством организации торговой сети, совокупная выручка от реализации товаров которых в рамках одной торговой сети за последний календарный год не превышает четыреста миллионов рублей.

Оценив представленные в дело документы, суды пришли к выводу о доказанности Управлением, что Предприятие отвечает всем признакам хозяйствующего субъекта, осуществляющего торговую деятельность с использованием торговой сети (товары реализуются в розницу через магазины, на территории исправительных учреждений Республики Коми, лицам, которые содержатся в указанных учреждениях; торговая деятельность осуществляется более чем в двух 2 торговых объектах, торговые объекты находились под общим управлением Предприятия).

Материалами дела подтверждается, что в 2016, 2017, 2018 годах передача товара в торговую сеть осуществлялась на основании заключенных между Предприятием и третьими лицами договоров комиссии. По условиям таких договоров товар реализовывался непосредственно заявителем от своего имени, третьи лица сами не осуществляли розничную торговую деятельность, суть их деятельности состояла лишь в оптовых поставках продовольственного товара и получении на свой расчетный счет денежных средств за реализованный товар.

Доводы заявителя о том, что осуществляемая им деятельность не является торговой, используемые Предприятием для реализации продовольственных товаров магазины на территории исправительных учреждений не образуют торговую сеть, были предметом рассмотрения судов первой и апелляционной инстанций и получили надлежащую правовую оценку.

Таким образом, как правильно указали суды, на Предприятие распространяются ограничения, установленные в пункте 5 части 1 статьи 13 Закона № 381-ФЗ, в части осуществления торговой деятельности с использованием договора комиссии.

Между тем в нарушение указанной нормы Предприятие, осуществляя торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, выручка которого от реализации товаров за соответствующий календарный год превысила четыреста миллионов рублей, заключало с поставщиками договоры комиссии, по которым товары передавались заявителю без перехода права собственности на товары, и исполняло их.

Ссылка заявителя на то, что Управление неверно определило совокупную сумму выручки за 2016, 2017, 2018 годы, обоснованно отклонена судами, как не соответствующая положениям Закона № 381-ФЗ (пункт 4.1 статьи 1) и противоречащая материалам дела.

Правомерно отклонен судами довод заявителя о том, что действие Закона № 381-ФЗ не распространяется на деятельность хозяйствующих субъектов, подведомственных Федеральной службе исполнения наказания, осуществляющих торговую деятельность на территории исправительных учреждений.

Из положений пункта 5 части 1 статьи 13 Закона № 381-ФЗ следует, что установленные в ней запреты распространяются на все торговые сети и всех поставщиков

торговых сетей при осуществлении между ними оптовой торговли вне зависимости от их подведомственности и места реализации продовольственных товаров.

В статье 13 Закона № 135-ФЗ закреплены условия допустимости действий (бездействия), соглашений, согласованных действий, сделок, иных действий хозяйствующих субъектов. В рассматриваемом случае исполнение задач уголовно-исполнительной системы не исключает противоправности действий Предприятия и не является основанием для признания таких действий допустимыми, поэтому довод Предприятия об обратном является ошибочным.

Доводам, приведенным в жалобе о том, что Управление не определило границы товарного рынка, не провело анализ состояния конкуренции на конкретном товарном рынке в рамках рассмотрения дела о нарушении Закона № 381-ФЗ, суды дали надлежащую правовую оценку.

Правила установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции определены Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденным приказом Федеральной антимонопольной службы России от 28.04.2010 № 220 (далее – Порядок № 220).

В пункте 1.3 Порядка № 220 приведен исчерпывающий перечень нарушений антимонопольного законодательства, при которых антимонопольному органу необходимо проводить в установленном порядке анализ состояния конкуренции, к которым установление факта нарушения статьи 13 Закона № 381-ФЗ не относится, в связи с чем у комиссии Управления отсутствовали основания для проведения анализа товарного рынка в соответствии с Порядком № 220 при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Кроме того, действие статьи 13 Закона № 381-ФЗ распространяется на действия торговой сети и поставщиков продовольственных товаров вне зависимости от занимаемой ими доли на соответствующем товарном рынке (разъяснения Федеральной антимонопольной службы «По некоторым вопросам применения Федерального закона № 381-ФЗ»).

На основании изложенного суды пришли к правильному выводу о законности оспариваемого решения Управления и отказали в удовлетворении заявленного требования.

Ссылка заявителя на судебную практику по другим делам отклоняется, поскольку по каждому из них суды исходили из конкретных обстоятельств, не тождественных обстоятельствам рассмотренного дела.

Выводы судов основаны на материалах дела, не противоречат им. Доводы, приведенные в кассационной жалобе, были предметом рассмотрения судов, правомерно отклонены как основанные на ошибочном толковании норм материального права.

Арбитражный суд Республики Коми и Второй арбитражный апелляционный суд правильно применили нормы материального права и не допустили нарушений норм процессуального права, являющихся в любом случае основаниями для отмены принятых судебных актов в силу части 4 статьи 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

В соответствии со статьей 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации расходы по уплате государственной пошлины за рассмотрение кассационной жалобы в сумме 1500 рублей относятся на заявителя. Излишне уплаченная государственная пошлина в сумме 1500 рублей подлежит возврату из федерального бюджета на основании подпункта 1 пункта 1 статьи 333.40 Налогового кодекса Российской Федерации.

Руководствуясь пунктом 1 части 1 статьи 287 и статьей 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражный суд Волго-Вятского округа

П О С Т А Н О В И Л :

решение Арбитражного суда Республики Коми от 02.07.2020 и постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 22.09.2020 по делу № А29-287/2020 оставить без изменения, кассационную жалобу федерального государственного унитарного предприятия «Промсервис» Федеральной службы исполнения наказаний – без удовлетворения.

Расходы по уплате государственной пошлины за рассмотрение кассационной жалобы отнести на федеральное государственное унитарное предприятие «Промсервис» Федеральной службы исполнения наказаний.

Возвратить федеральному государственному унитарному предприятию «Промсервис» Федеральной службы исполнения наказаний из федерального бюджета 1500 рублей государственной пошлины, излишне уплаченной по платежному поручению от 02.10.2020 № 20074.

Выдать справку на возврат государственной пошлины.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в Судебную коллегия Верховного Суда Российской Федерации в срок, не превышающий двух месяцев со дня его принятия, в порядке, предусмотренном в статье 291.1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председательствующий

Н.Ш. Радченкова

Судьи

Н.Ю. Башева

А.И. Чиграков