Р Е Ш Е Н И Е

по делу № 166-07/05 АЗ

3 апреля 2009 г. г. Орел

Резолютивная часть решения объявлена 3 апреля 2009 года. Решение в полном объеме изготовлено 16 апреля 2009 года.

Комиссия Орловского УФАС России по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

Председатель Комиссии -<...>,

Члены Комиссии <...>

рассмотрев дело № 166-07/05 АЗ по признакам нарушения ООО «ЮниМилк» (123317, г.Москва, ул.Антонова-Овсиенко, д.15), и ЗАО «Паллада торг» (302014, г.Орёл, ул.Черепичная, 22) статьи 11Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон «О защите конкуренции»), при участии представителя ООО «ЮниМилк» <...>(доверенность от 11.03.2009) и представителей ЗАО «Паллада торг» <...> (доверенность от 07.08.2008) и <...> (доверенность от 07.05.2008)

УСТАНОВИЛА:

1. Определением от 12.11.2007 Комиссией Орловского УФАС России (далее – Комиссия, Управление) на основании приказа от 12.11.2007 № 351 было возбуждено дело № 166-07/05 АЗ по признакам нарушения статьи 11 Закона «О защите конкуренции» в отношении ООО «ЮниМилк» и ЗАО «Паллада торг».

В период производства по делу Комиссия неоднократно откладывала и приостанавливала рассмотрение дела № 166-07/05 АЗ.

В ходе рассмотрения дела № 166-07/05 АЗ запрашивалась и была получена информация от ООО «ЮниМилк» и ЗАО «Паллада торг».

20.05.2008 Комиссия вынесла определение о приостановлении рассмотрения указанного дела № 166-07/05 АЗ.

Дело № 166-07/05 АЗ было приостановлено в связи с тем, что 21 апреля 2008 года Арбитражным судом Орловской области открыто производство по делу (дело № А48-1211/08-18) по заявлению ООО «ЮниМилк» к Управлению о признании недействительными решения и предписания по делу № 167-07/05 АЗ. Указанные решение и предписание были выданы ООО «ЮниМилк» и ЗАО «Тандер», которые заключили соглашение с нарушением требований статьи 11 Закона «О защите конкуренции». 23.05.2008 суд первой инстанции отказал ООО «ЮниМилк» в удовлетворении требований, а 22.09.2008 девятнадцатый апелляционный суд вынес решение в пользу ООО «ЮниМилк» и ЗАО «Тандер». Только 20.01.2009 Федеральный арбитражный суд Центрального округа оставил в силе решение и предписание управления.

18.02.2009 дело № 166-07/05 АЗ было производством возобновлено и назначено к рассмотрению на 01.04.2009.

01.04.2009 в заседании Комиссии был объявлен перерыв до 03.04.2009 для представления ответчиками по делу дополнительных пояснений.

03.04.2009 представители ответчиков по делу представили Комиссии договоры поставки, заключенные ООО «ЮниМилк» и ЗАО «Паллада торг» и действующие на момент рассмотрения настоящего дела по существу.

ООО «ЮниМилк» заявлено письменное ходатайство (исх.№ 1088-ЮМ от 02.12.2008) о прекращении производства по делу № 166-07/05 АЗ в связи с тем, что Договор поставки № Н-639-86 от 01.01.2007 прекратил действовать (в соответствии с пунктом 6.1 срок

действия договора – до 31.12.2007), «таким образом, данный договор не может привести к ограничению конкуренции». Фактически Договор действовал до 31 мая 2008 года (01.06.2008 между ООО «ЮниМилк» и ЗАО «Паллада торг» заключен Договор поставки № 165 П-134).

Комиссия, рассмотрев указанное ходатайство, приняла решение отказать в его удовлетворении по тем основаниям, что Комиссией рассматриваются действия ответчиков по делу в период исполнения Договора поставки № Н-639-86 от 01.01.2007.

2. На основании приказов Орловского УФАС России (далее – Управление) от 10.10.2007 № 297, от 24.10.2007 № 324 и поручения Федеральной антимонопольной службы от 10.10.2007 № ИА/18650 осуществлена проверка соблюдения Закона «О защите конкуренции» на рынках оптовой и розничной реализации продуктов питания.

В ходе проверки в Управление от ответчиков по делу поступил Договор поставки № Н-639-86 от 01.01.2007 (далее – Договор) с протоколом разногласий, приложениями №№ 1-3, дополнительным соглашением от 01.01.2007, анкетой поставщика и спецификацией к ассортименту.

В результате анализа перечисленных выше документов было установлено следующее.

1. Договор (с учётом протокола разногласий) заключен между ООО «ЮниМилк» (Поставщик) и ЗАО «Паллада торг» (Покупатель) 01.01.2007 Согласно договору указанные хозяйствующие субъекты осуществляют деятельность на товарном рынке «Услуги по оптовой торговле молочными продуктами, яйцами, пищевыми маслами и жирами» (код ОКВЭД 5122020).

В соответствии с Договором Поставка Товара (молочные продукты) осуществляется на условиях доставки Товара Поставщиком в торговые точки Покупателя (пункт 3.3).

01.01.2007 к Договору было заключено Дополнительное соглашение (далее – Соглашение) о том, что:

«1. С даты подписания настоящего соглашения, Поставщик обязуется предоставить Покупателю премию на ниже согласованных условий и только в случае исполнения Покупателем всех договорных обязательств.

2. Поставщик по итогам месяца предоставляет Покупателю премию в размере 4,55 % с оборота по поставленному товару без НДС на все виды молочной продукции компании «ЮниМилк» по следующей схеме:

2.1. поддержание ассортиментной представленности во всех ТТ сети Покупателя – 1,82 %.

2.2. поддержание согласованных планограмм – 1,82 %;

2.3. размещение торгового оборудования в ТТ формата П5, П6 и супермаркетах – 0,91 %.

Поставщик предоставляет Покупателю дополнительную премию в размере 0,45 % по итогам месяца, как компенсацию возможных потерь, а именно: брак, просроченная продукция, внутритарная недостача.

…

3. Поставщик предоставляет Покупателю дополнительную премию от общей суммы продаж по итогам года, без НДС по следующей схеме, при условии согласованного расширения ассортимента по всех торговых точках сети ЗАО «Паллада торг» по мере поступления предложений от Поставщика:

3.1. в размере 0,91 % при условии закупки товара Покупателем за год на сумму свыше 140 000 000 руб., включая НДС;

3.2. в размере 1,36 % при условии закупки товара Покупателем за год на сумму свыше 150 000 000 руб., включая НДС;

3.3. в размере 1,82 % при условии закупки товара Покупателем за год на сумму свыше 160 000 000 руб., включая НДС;

4. Продавец несет перед Покупателем обязанность согласно п.1 - 3.3 только при соблюдении Покупателем наряду с требованиями договора нижеследующих требований:

4.1. В торговых предприятиях (магазинах) сети «Сберегайка»:

4.1.1. Покупатель обязан обеспечить Ассортимент, согласованный сторонами – Приложение № 1 к Договору поставки № Н-639-86 от 01.01.07г., в том числе:

0 формат – П0 – 37 SKU – количество наименований продукции

1 формат – П1, П1С – 39 SKU – количество наименований продукции

1 формат – П1С – 45 SKU – количество наименований продукции

2 формат – П2 – 60 SKU – количество наименований продукции

3 формат – П3 – 68 SKU – количество наименований продукции

4 формат – П4 – 70 SKU – количество наименований продукции

5 формат – П5 – 71 SKU – количество наименований продукции

6 формат – П6 – 80 SKU – количество наименований продукции

Супермаркеты – 77 SKU – количество наименований продукции.

Наименование магазинов с указанием их форматов (характеристики) согласуются сторонами в обязательном порядке – Приложение 2 к Договору поставки № Н-639-86 от 01.01.2007г.

В магазинах, соответствующих 0 формату, 1 формату Покупатель обязан обеспечить, чтобы товар Поставщика занимал **не менее 70 %** от ассортимента всей аналогичной продукции **иных производителей**, предусмотренной ассортиментной

матрицей Покупателя.

В магазинах, соответствующих 6 формату Покупатель обязан обеспечить, чтобы товар Поставщика занимал **не менее 50 %** от ассортимента всей аналогичной продукции **иных производителей**, предусмотренной ассортиментной матрицей Покупателя.

Новинки вводятся на экспериментальный период 2 месяца с возможностью исключения из ассортимента Покупателя по итогам продаж.

Покупатель имеет право в одностороннем порядке перевести магазины сети «Сберегайка» в другой формат. Покупатель обязуется уведомлять Поставщика об изменении формата за 15 дней до предполагаемого изменения.

4.1.2. Покупатель обязан обеспечить расположение товара в витринах магазинов строго в соответствии с планограммами выкладки, разработанными Поставщиком совместно с Покупателем».

Из анализа Соглашения и документов к Договору следует, что всего, согласно Приложению № 2 к Договору, ЗАО «Паллада торг» имеет 61 торговую точку, в том числе:

0 формата – 5 (сеть ВКСв г.Орле);

1 формата – 14 (сеть «Сберегайка», из них 10 – в г.Орле, 4 – в Орловской области: 1 - в г.Ливны, 2 - п. Кромы, 3 - с.Отрадинское Мценского района, 4 - п.Нарышкино Урицкого района);

5 формата – 3 (сеть «Сберагайка» в г.Орле);

6 формата – 1 (Сеть «Сберегайка» в г.Орле);

Супермаркеты – 4 (в г.Орле).

Следовательно, в 20 торговых точках Паллады (33 % от общего количества её

торговых точек) доля молочных продуктов ООО «ЮниМилк» должна составлять от 50 до 70 % от ассортимента всей аналогичной продукции **иных производителей**, т.е. продавцов.

Представители ООО «ЮниМилк» пояснили (исх.№№ 180 от 26.11.2007, 11 от 25.01.2008, 151 от 08.04.2008), что премия предоставлялась ЗАО «Паллада торг» на основании соглашений о предоставлении премий, что подтверждается сведениями о практической реализации пункта 2 Соглашения о предоставлении премий на примере октября 2007 года; Соглашение носит рекомендательный характер и возлагает обязанности только на поставщика – то есть Поставщик обязуется предоставлять премию Покупателю при выполнении им определенных условий. Покупатель может соблюдать, а может не соблюдать пункт 4.1.1 Соглашения; пункт 4.1.1 Соглашения касается исключительно товаров-новинок, которые, могут быть внесены в ассортиментную матрицу покупателя, так и исключены из нее в одностороннем порядке;

Представители ЗАО «Паллада торг» пояснили (информация от 14.01.2008, 04.04.2008), что премия, согласно условия пункта 2 Соглашения не имеет к возможному изменению цены никакого отношения и цена, ранее указанная в накладной и в счет-фактуре не может корректироваться по итогам предоставления премии; ассортиментная матрица (перечень всех товарных позиций, утвержденных для продажи в конкретном магазине на определенный период времени с учётом требований ассортиментной политики компании и особенностей формата и расположения магазина) устанавливается для каждого магазина в отдельности с учетом имеющихся в данной торговой точке возможностей продажи данного вида продукции (площадь торгового зала, наличие подсобных помещений, наличия и состава ходильного оборудования, особенностей территориального расположения и т.д.). Инициатором включения в договор условий по установлению величины доли в ассортименте продаваемой ЗАО «Паллада-торг» молочной продукции в размере 50% и 70 % было ООО «ЮниМилк». ЗАО «Паллада-торг» согласилась на такие условия ООО «ЮниМилк», так как речь шла о доле в ассортименте всей аналогичной продукции. Ассортимент молочной продукции, который не представлен ООО «ЮниМилк», ЗАО «Паллада-торг» закупает у дистрибьютора большинства крупных иногородних производителей молочной продукции, действующего на территории Орловской области – ООО «Мир колбас». В течение 2007 года предложения иных производителей аналогичной продукции были единичны и содержали ограниченное количество ассортиментных позиций. Кроме того, условия работы (логистика, отсрочка, премии) предложенные ООО «ЮниМилк» по скоропортящимся продуктам, были несопоставимы со всеми остальными поставщиками, т.е. были гораздо выгоднее для ЗАО «Паллада-торг».

Ответчики по делу считают, что условие пункта 4.1.1 Соглашения не противоречит требованиям статьи 11 Закона «О защите конкуренции».

Рассмотрев и оценив собранные по делу доказательства в их совокупности, заслушав мнения и пояснения лиц, участвующих в деле Комиссия пришла к следующим выводам.

1. В Соглашении ООО «ЮниМилк» и ЗАО «Паллада торг» договорились о том, что в случае если товар ООО «ЮниМилк» (продавца) занимает не менее 50 % (в 1-й торговой точке) и 70 % (в 19-и торговых точках) **от ассортимента всей аналогичной продукции иных производителей**, предусмотренной ассортиментной матрицей ЗАО «Паллада торг» (покупателя), ЗАО «Паллада торг» получает премию от ООО «ЮниМилк».

Из представленных ответчиками по делу сведений следует, что ООО «ЮниМилк» предоставлял премии ЗАО «Паллада торг», например, в 2007 году за: январь, февраль, март – 1 839 304 рубля; апрель – 636 192,25 рубля; май – 712 019,02 рубля; июнь – 703 789,91 рублей; июль – 702 940,73 рубля; август – 760 359,8 рублей, октябрь – 776 284,85 рубля.

Следовательно, ЗАО «Паллада торг» исполнил все условия Соглашения, в том числе обязательство обеспечить наличие товара ООО «ЮниМилк» в долях от 50 до 70 % от ассортимента всей аналогичной продукции иных производителей (продавцов товара), а ООО «ЮниМилк» выплатил ЗАО «Паллада торг» премию, то есть, произошел раздел товарного рынка по составу продавцов: с одной стороны – ООО «ЮниМилк», с другой стороны – иные продавцы (производители) аналогичного товара (продукции).

Соглашение к Договору воздействует на рыночное поведение его сторон, так как ЗАО «Паллада торг» и ООО «ЮниМилк» прямо договорились о разделе товарного рынка по составу продавцов.

Законом «О защите конкуренции» прямо запрещены соглашения хозяйствующих субъектов или согласованные действия, которые приводят или могут привести к разделу товарного рынка по составу продавцов (пункт 3 части 1 статьи 11 Закона «О защите конкуренции»).

Изложенные факты свидетельствуют о нарушении ЗАО «Паллада торг» и ООО «ЮниМилк» пункта 3 части 1 статьи 11 Закона «О защите конкуренции», которое выразилось в принятии условий (пункт 4.1.1 Соглашения): «В магазинах, соответствующих 0 формату, 1 формату Покупатель обязан обеспечить, чтобы товар Поставщика занимал не менее 70 % от ассортимента всей аналогичной продукции иных производителей, предусмотренной ассортиментной матрицей Покупателя; в магазинах, соответствующих 6 формату Покупатель обязан обеспечить, чтобы товар Поставщика занимал не менее 50 % от ассортимента всей аналогичной продукции иных производителей, предусмотренной ассортиментной матрицей Покупателя», что привело к разделу товарного рынка по составу продавцов.

2. На момент рассмотрения дела по существу Договор и Соглашение прекратили действовать с 01.06.2008 в связи с заключением ЗАО «Паллада торг» и ООО «ЮниМилк» Договора о поставке товаров № 165 П-134.

Руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1 – 4 статьи 41, статьей 48, частью 1 статьи 49 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия

РЕШИЛА:

1. Факт нарушения ЗАО «Паллада торг» и ООО «ЮниМилк» пункта 3 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» при заключении Дополнительного соглашения к Договору поставки № Н-639-86 от 01.01.2007 о предоставлении премии в случае обеспечения ЗАО «Паллада торг» наличия товара ООО «ЮниМилк» не менее 50% и 70 % от ассортимента всей аналогичной продукции иных производителей (пункт 4.1.1) признать.

2. Предписание о прекращении нарушения пункта 3 части 1 статьи 11 Федерального Закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» не выдавать в связи с прекращением действия Договора поставки № Н-639-86 от 01.01.2007.

3. Вопрос о привлечении к административной ответственности рассмотреть в установленном порядке.

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии <...>

Примечание: *В соответствии со статьей 52 Федерального закона «О защите конкуренции» решение антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня принятия решения.*