

Резолютивная часть решения оглашена " 25 " марта 2011 г.

В полном объеме решение изготовлено " 08 " апреля 2011 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела о нарушении Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» в составе <...>, <...>, <...>, <...> в присутствии представителей ЗАО «ТАНДЕР» в лице филиала в городе Уфа Республики Башкортостан ЗАО «ТАНДЕР» – <...>, по доверенности № 2-4/153 от 13.05.2010, ЗАО «Аллат» – <...>, по доверенности от 01.02.2011, рассмотрев дело № Т-006/13-10 по признакам нарушения ЗАО «ТАНДЕР» в лице филиала в городе Уфа Республики Башкортостан ЗАО «ТАНДЕР» (450105, г.Уфа, ул.Набережная, 67) части 1 статьи 13 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»,

УСТАНОВИЛА:

В рамках рассмотрения дела № А-383/11-10 о нарушении антимонопольного законодательства, возбужденного в отношении ЗАО «ТАНДЕР» в лице филиала в городе Уфа Республики Башкортостан ЗАО «ТАНДЕР», ООО «Салют-Торг», ООО «Торгмастер» и ООО «Универсал-Трейддинг» по признакам нарушения пункта 1 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», были проанализированы договоры поставки, заключенные указанными хозяйствующими субъектами с производителем молочной продукции ЗАО «Аллат» на предмет соответствия условий договоров требованиям Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее – Закон о торговле).

Анализ условий договора поставки № УфФ-5/358/09 от 28.07.2009, заключенного между ЗАО «Аллат» (Поставщик) в лице <...> «Уфамолзавод» ЗАО «Аллат» и ЗАО «ТАНДЕР» (Покупатель) в лице <...> филиала в городе Уфа Республики Башкортостан выявил, что в указанный договор включены следующие условия.

В пункте 6.6 договора указано, что каждая единица упаковки (короб, блок, штука) каждой товарной позиции, поставляемой Покупателю, должна быть маркирована штриховым кодом – информацией о глобальном номере товара в соответствии со стандартами, установленными Ассоциацией автоматической идентификации ЮНИСКАН ГС1/РУС. Особые требования к штрихкодированию товара согласовываются Сторонами в Приложении № 4 к настоящему договору.

Согласно пункту 6.1 Приложения № 4 «Особые требования покупателя к договору № УфФ-5/358/09 от 28.07.2009 между ЗАО «ТАНДЕР» и «Уфамолзавод» филиал ЗАО «Аллат», Поставщик обязан до подписания настоящего договора направить Покупателю подтверждение о членстве в Ассоциации автоматической идентификации ЮНИСКАН ГС1/РУС, в виде копии действующего свидетельства Ассоциации.

Пункт 6.2: «Каждая единица упаковки поставляемого товара должна пройти процедуру верификации, т.е. опытную проверку определения вероятности и скорости сканирования упаковки товара на типовом оборудовании: сканере symbol (устройстве автоматической идентификации по штриховому коду, используемом на кассе в магазине «Магнит») и zebex (терминале сбора данных, используемом на РЦ Покупателя), на основании которой делается заключение о годности упаковки товара к закупке.

Пунктом 6.3 Приложения № 4 установлено, что «Верификация осуществляется в лабораториях верификации Покупателя при РЦ. Ареса лабораторий верификации:

РЦ Иваново – для поставщиков непрофильного товара: 153038, г.Иваново, ул.Станкостроителей, 1, на имя старшего диспетчера ТСА.

РЦ Кропоткин – для поставщиков корпоративного и местного ассортимента: 352387, г.Кропоткин, ул.Машиностроительная, 11, на имя старшего диспетчера ТСА.

РЦ Челябинск – для поставщиков корпоративного и местного ассортимента: 456530, Челябинская область, Сосновский район, пос.Есаульский, ул.Юбилейная, 21, на имя старшего диспетчера ТСА.

В соответствии с пунктом 6.4 Приложения № 4 протоколы верификации штриховых кодов, выдаваемые лабораторией Покупателя по каждой поставляемой товарной позиции по итогам проведенной процедуры верификации, Поставщик до подписания настоящего договора/поставки партии товара обязан предоставить в отдел закупок Покупателя.

Согласно п.6.7 Покупатель вправе не закупать товар, не прошедший верификацию и вернуть Поставщику остатки товара, не прошедшего верификацию.

В соответствии с пунктом 6.8 все товары Поставщика периодически должны проходить дополнительную выборочную процедуру верификации на проверку поддержания качества маркировки упаковки товара.

Пунктом 6.9 Дополнительного соглашения на Поставщика возлагается обязанность уплаты штрафа в случае, если товар не прошел выборочную верификацию.

Пункт 6 Приложения № 6 «Санкции к договору № УфФ-5/358/09 от 28.07.2009 между ЗАО «ТАНДЕР» и «Уфамолзавод» филиал ЗАО «Аллат» устанавливает штраф, выплачиваемый Поставщиком Покупателю в размере 3 % от стоимости партии товара, не прошедшего выборочную верификацию.

В соответствии с пунктом 8 статьи 2 Закона о торговле торговая сеть - совокупность двух и более торговых объектов, которые находятся под общим управлением, или совокупность двух и более торговых объектов, которые используются под единым коммерческим обозначением или иным средством индивидуализации.

Учитывая, что ЗАО «ТАНДЕР» в лице филиала в городе Уфа Республики Башкортостан (далее – ЗАО «ТАНДЕР») осуществляет деятельность по розничной торговле через розничную торговую сеть – магазины «Магнит», следовательно, действия ЗАО «ТАНДЕР» должны соответствовать требованиям Закона о торговле.

По результатам анализа условий договора поставки № УфФ-5/358/09 от 28.07.2009, заключенного между ЗАО «Аллат» (Поставщик) в лице директора «Уфамолзавод» ЗАО «Аллат» и ЗАО «ТАНДЕР» (Покупатель) в лице директора филиала в городе Уфа Республики Башкортостан, в действиях ЗАО «ТАНДЕР» в лице филиала в городе Уфа Республики Башкортостан были выявлены признаки нарушения подпункта к) пункта 2 части 1 статьи 13 Закона о торговле.

В соответствии с подпунктом к) пункта 2 части 1 статьи 13 Закона о торговле хозяйствующим субъектам, осуществляющим торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, запрещается навязывать контрагенту иные условия, если они содержат существенные признаки условий, предусмотренных подпунктами "а" - "и" настоящего пункта.

Признаки нарушения подпункта к) пункта 2 части 1 статьи 13 Закона о торговле были выявлены в навязывании ЗАО «ТАНДЕР» контрагенту условия по прохождению процедуры верификации упаковки товара, с указанием конкретных лабораторий, в которых Поставщик должен пройти процедуру верификации до подписания договора поставки/поставки партии товара и с установлением размера штрафа, выплачиваемого Поставщиком Покупателю в размере 3% от стоимости партии товара, не

прошедшего выборочную верификацию.

В связи с наличием признаков нарушения Закона о торговле в отношении ЗАО «Тандер» было возбуждено дело Т-006/13-10. Позднее определением Комиссии к участию в деле в качестве лица, располагающего сведениями о рассматриваемых Комиссией обстоятельствах, было привлечено ЗАО «Аллат».

Позиция ЗАО «Тандер» по вменяемому нарушению изложена в письмах от 29.11.2010 исх.№ 1027 и от 11.01.2011 исх.№ 46. ЗАО «Тандер» считает, что в его действиях отсутствуют признаки нарушения подпункта к) пункта 2 части 1 статьи 13 Закона о торговле по следующим основаниям:

ЗАО «ТАНДЕР» включением подобного условия в договор поставки товара не создает дискриминационные условия для поставщиков, что следует из обоюдовыгодного экономического содержания данного условия и невозможности эффективной работы сторон без использования кодирования товара, что доказывает также долгосрочный мировой опыт использования системы верификации.

Штрих-код GS1 – это единая система общения производителей, переработчиков, поставщиков, логистических компаний, торговых организаций. Ассоциация автоматической идентификации ЮНИСКАН/GS1 РУС как член GS1 является единственной организацией товарной нумерации – представителем GS1 на территории Российской Федерации.

При производстве расфасованных товаров повседневного спроса штрих-коды печатаются непосредственно на упаковке или на этикетке товара самим производителем. В магазинах розничной сети «Магнит» (ЗАО «ТАНДЕР») внедрена автоматизированная система, к которой подключены компьютерные кассы со считывателями штрихового кода. Наличие штрихового кода на всех товарах позволяет сократить время обслуживания покупателей. При подключении всех контрольно-кассовых машин торгового зала к единому контролирующему устройству в любой момент можно заблаговременно сделать заказ поставщику для восполнения запасов товара на полках торгового зала.

Отсутствие штрих-кодирования повлечет за собой значительные убытки как для покупателя, так и для поставщика. Если компанией будет использоваться ручной поиск товара вместо поиска с помощью кодов, потери будут нести как продавец, та и поставщик.

Таким образом, наличие штриховых кодов GS1 на единицах упаковки экономически и технологически выгодно как поставщику, так и покупателю. В связи с чем условия договоров о наличии штрих-кодов на единицах упаковки товара не могут быть дискриминационными и нарушающими Закон о торговле.

Кроме того, затраты на применение системы штрих-кодирования несет как поставщик (получение членства в Ассоциации ЮНИСКАН), так и покупатель. ЗАО «Тандер» закупает необходимое оборудование для считывания штрих-кода, которое используется для приемки товара на складе и реализации товара в магазине, а также несет затраты по техническому обслуживанию оборудования.

По мнению, изложенному ЗАО «ТАНДЕР» в вышеуказанных письмах, п.6.3 Приложения № 4 к договору поставки № УфФ-5/358/09 от 28.07.2009 носит рекомендательный характер и не обязывает поставщика проходить процедуру верификации именно по указанным адресам. П.6.1 и 6.2 договора поставки применяется при условии поставки товара в распределительные центры, а поставщик Уфамолзавод ЗАО «Аллат» осуществляет поставку товара в магазины «Магнит», в связи с чем указанные пункты договора не применяются в работе, то есть верификация (опытная проверка определения вероятности и скорости сканирования) упаковки товара Уфамолзавод ЗАО «Аллат» фактически не проводится, соответствен, не создаются дискриминационные условия для поставщика.

Также ЗАО «ТАНДЕР» было отмечено, что Управления Федеральной антимонопольной службы по Белгородской области и по Ивановской области не усмотрели нарушения Закона о торговле в положениях п.6.6 договоров поставки.

ЗАО «Аллат», привлеченное в качестве лица, располагающего сведениями о рассматриваемых Комиссией обстоятельствах, представило в материалы дела пояснения (письмо от 04.02.2011 № б/н), согласно которым проведение штрих-кодирования выгодно для ЗАО «Аллат», служит основой конкурентного преимущества компании в плане сервиса поставок торговым сетям. Штрих-кодирование товара осуществляется не только в отношении продукции, поставляемой для ЗАО «ТАНДЕР», но и в отношении товара поставляемого другим поставщикам, позволяя увеличить объемы поставок.

Процедуру верификации (проверки определения вероятности и скорости сканирования упаковки товара), предусмотренную условиями договора поставки № УфФ-5/358/09 от 28.07.2009, ЗАО «Аллат» фактически не проходит, так как товар поставляется напрямую в магазины «Магнит». Кроме того, для прохождения процедуры верификации не требуется направление упаковок товара в лабораторию, необходимо лишь по почте направить несколько штрих-кодов для проверки скорости их сканирования. В связи с этим ЗАО «Аллат» считает, что включение в договор поставки условий о верификации не создает для «Уфамолзавод» филиал ЗАО «Аллат» дискриминационных условий и ЗАО «Аллат» при этом не несет никаких дополнительных затрат.

В связи с тем, что ЗАО «ТАНДЕР» было заявлено о позиции Управлений Федеральной антимонопольной службы по Белгородской области и по Ивановской области об отсутствии нарушения Закона о торговле в положениях п.6.6 договоров поставки, и в целях выявления альтернативных лабораторий, аккредитованных для проведения работ по проверке упаковки товара на предмет считывания штрих-кода, Башкортостанским УФАС России были направлены запросы в Федеральную антимонопольную службу и ФГУ «Центр стандартизации, метрологии и сертификации РБ» соответственно.

Изучив материалы дела, в том числе информацию, полученную от ФАС России и ФГУ «Центр стандартизации, метрологии и сертификации РБ», заслушав пояснения участвующих в деле лиц, Комиссия Башкортостанского УФАС России по рассмотрению дела по признакам нарушения Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» пришла к следующим выводам.

Частью 3 статьи 1 Закона о торговле определено, что настоящий Федеральный закон регулирует отношения, возникающие между хозяйствующими субъектами при осуществлении ими торговой деятельности.

Подпунктом к) пункта 2 части 1 статьи 13 Закона о торговле хозяйствующим субъектам, осуществляющим торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, запрещается навязывать контрагенту иные условия, если они содержат существенные признаки условий, предусмотренных подпунктами "а" - "и" настоящего пункта.

Согласно разъяснениям ФАС России, направленным в адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан письмом от 10.02.2011 № АК/4151, включение ЗАО «ТАНДЕР» в договоры поставки условий о прохождении верификации не может быть квалифицировано по пункту 2 части 1 статьи 13 Закона о торговле по следующим основаниям.

Пункт 2 части 1 статьи 13 Закона о торговле предусматривает исчерпывающий перечень условий, навязывание которых запрещено. Подпункты «а»-«и» пункта 2 части 1 статьи 13 Закона о торговле не предусматривают запрет навязывания условий по прохождению верификации. Подпункт «к» запрещает навязывание условий, если они содержат существенные признаки условий, предусмотренных подпунктами «а»-«и». Условие о верификации не содержит существенных признаков условий, предусмотренных подпунктами «а»-«и» настоящего пункта.

В случае, если требование о верификации предъявляется не ко всем поставщикам, действия ЗАО «Тандер» могут быть квалифицированы по пункту 1 части 1 статьи 13 Закона о торговле (создание дискриминационных условий). Если за отсутствие верификации к поставщикам применяются различные штрафы, действия также могут быть квалифицированы как дискриминация.

Также ФАС России указано, что действия ЗАО «ТАНДЕР» по включению в договоры поставки условий по прохождению верификации только в конкретных лабораториях, при возможности осуществлять верификацию в иных лабораториях по выбору поставщика могут быть расценены как нарушение антимонопольного законодательства.

Исходя из вышеизложенного, учитывая мнение ФАС России, Комиссия пришла к выводу, что действия ЗАО «Тандер» не могут быть квалифицированы по пункту 1 части 1 статьи 13 Закона о торговле (создание дискриминационных условий), так как договоры поставки являются типовыми, содержат одинаковые условия для всех поставщиков. Согласно представленным в ходе рассмотрения дела пояснениям поставщиком – ЗАО «Аллат», никаких дополнительных расходов по прохождению процедуры верификации данное предприятие не несет, включение условия о верификации навязыванием невыгодных условий договора или дискриминацией не считает.

Так как ЗАО «Аллат» пояснило, что штрих-кодирование товара осуществляется в отношении всего производимого товара, а также учитывая, что членство в Ассоциации автоматической идентификации «ЮНИСКАН/ГС1 РУС» получено «Уфамолзавод» в 2002 году, т.е. задолго до заключения договора поставки № УфФ-5/358/09 от 28.07.2009 с ЗАО «ТАНДЕР», пункты 6.6 указанного договора поставки и пункты 6.1, 6.2, 6.7, 6.8 и 6.9 Приложения № 4 прав ЗАО «Аллат» не нарушают и не являются навязыванием невыгодных условий договора.

В соответствии с информацией от 13.12.2010 № 5/1-12/2665, представленной ФГУ «Центр стандартизации, метрологии и сертификации Республики Башкортостан», на территории Республики Башкортостан нет аккредитованных лабораторий для проведения работ по проверке упаковки товара на предмет считывания штрих-кода. Учитывая пояснения ЗАО «Аллат» о том, что товар поставляется напрямую в магазины «Магнит», процедуру верификации, предусмотренную условиями договора поставки № УфФ-5/358/09 от 28.07.2009, ЗАО «Аллат» фактически не проходит, действия ЗАО «ТАНДЕР» по включению в указанный договор поставки условия по прохождению верификации в конкретных лабораториях (п.п.6.3, 6.4 Приложения № 4 к договору поставки) нарушением антимонопольного законодательства не являются.

Кроме того, ФАС России в письме от 15.07.2010г. №ИА/22313 «О разъяснении части 1 статьи 13 Федерального закона «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» разъяснила, что 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.

Навязыванием контрагенту условий договора является направление хозяйствующим субъектом, осуществляющим торговую деятельность, договора с невыгодными для контрагента условиями, которые правомерно контрагентом оспариваются, однако данная организация отказывается или уклоняется от согласования и принятия предложений контрагента.

По мнению ФАС России, добровольное включение сторонами условий договора, не является нарушением запрета, установленного частью 1 статьи 13 Закона о торговле.

Исходя из вышеизложенного, учитывая мнение поставщика – ЗАО «Аллат» и разъяснения ФАС России, Комиссия пришла к выводу об отсутствии в действиях ЗАО «ТАНДЕР» признаков нарушения подпункта к) пункта 2 части 1 статьи 13 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации».

Согласно пункту 3 статьи 16 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по принятию нормативных правовых актов и контролю за соблюдением антимонопольного законодательства, и его территориальные органы при выявлении нарушений антимонопольных правил и требований, предусмотренных статьями 13 - 15 настоящего Федерального закона, принимают меры в соответствии с Федеральным законом от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1 – 4 статьи 41, статьей 49 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», и статьями 13, 16 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации», Комиссия

РЕШИЛА:

1. Рассмотрение дела в отношении ЗАО «ТАНДЕР» в лице филиала в городе Уфа Республики Башкортостан ЗАО «ТАНДЕР» прекратить в связи с отсутствием нарушения Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации».

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия в суд или в арбитражный суд.

Примечание. За невыполнение в установленный срок законного решения антимонопольного органа статьей 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.