

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Оренбургской области по рассмотрению дела № 05-10-01/2017 в составе:

Председатель Комиссии – <.....> – заместитель руководителя Управления,

Члены Комиссии:

<.....> – начальник отдела контроля финансовых рынков, информации и анализа,

<.....> – специалист-эксперт отдела контроля финансовых рынков, информации и анализа (далее - Комиссия),

рассмотрев дело № 05-10-01/2017, по признакам нарушения ФГУП «Промсервис» ФСИН России (ИНН 7111007621, ОГРН 1027103673080; 125212, г. Москва, Кронштадтский бульвар, 9, стр. 2) пункта 5 части 1 статьи 13 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации», выразившегося в заключении с ООО «Грин Март» договора комиссии № ОРЕН.П-4 от 01.03.2016 для осуществления торговой деятельности,

с участием на заседании Комиссии:

ОТ ОТВЕТЧИКА:

ФГУП «Промсервис» ФСИН России – представитель по доверенности <.....> (доверенность № 230-цо от 21.12.2016),

в отсутствие:

заявителя по делу – Прокуратуры Оренбургской области, уведомленного о заседании Комиссии надлежащим образом,

заинтересованного лица по делу – ООО «Грин Март», уведомленного о заседании Комиссии надлежащим образом,

руководствуясь статьей 49 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее также — Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В Оренбургское УФАС России поступили материалы Прокуратуры Оренбургской области от 22.12.2016 (исх. № 7-1-25-2016) для оценки действий ФГУП «Промсервис» ФСИН России и ООО «Грин Март» на наличие признаков нарушения ст. 13 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее – Закон о торговле).

В связи с необходимостью получения и анализа дополнительных доказательств, позволяющих сделать вывод о наличии или об отсутствии признаков нарушения антимонопольного законодательства, Оренбургским УФАС России в адрес вышеуказанных организаций были направлены запросы о предоставлении соответствующей информации и документов.

В ходе проведения анализа представленных документов по запросам Оренбургского УФАС России в действиях ФГУП «Промсервис» ФСИН России (ИНН 7111007621, ОГРН 1027103673080; 125212, г. Москва, Кронштадтский бульвар, 9, стр. 2) усмотрены признаки нарушения п. 5 ч. 1 ст. 13 Закона о торговле, выразившегося в заключении с ООО «Грин Март» договора комиссии № ОРЕН.П-4 от 01.03.2016 для осуществления торговой деятельности.

Приказом Оренбургского УФАС России от 23.03.2017 № 27 было возбуждено дело № 05-10-01/2017 по признакам нарушения п.5 ч.1 ст. 13 Закона о торговле.

Федеральным законом от 03.07.2016 № 264-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ» и КоАП» уточнены антимонопольные требования, предусмотренные ст. 13 Закона о торговле. Внесенные в этой части изменения предполагают установление четких требований к участникам рынка и направлены на борьбу со складывающейся негативной практикой создания дискриминационных условий.

Согласно ч. 4.1 ст. 1 Закона о торговле положения [статей 13](#) и [14](#) настоящего Федерального закона 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.

Как следует из справки, представленной Обществом выручка ООО «Грин Март» за 2016 год составила 22 633 721, 49 рублей, т.е. не превышает 400 млн. рублей.

В связи с тем, что договор комиссии № ОРЕН.П-4 от 01.03.2016 заключен с ООО «Грин Март», то при рассмотрении вопроса правомерности заключения данного договора затрагиваются права и законные интересы Общества. Таким образом, ООО «Грин Март» привлечено к участию в деле в качестве заинтересованного лица.

В ходе рассмотрения дела ответчик нарушение не признал, представителем

были озвучены доводы, изложенные в письменных пояснениях, представленных в материалы дела.

Позиция прокуратуры Оренбургской области изложена в письме от 25.05.2017 № 7-1-25-2017, согласно которой ФГУП «Промсервис» ФСИН России осуществляет торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, следовательно, на него распространяется запрет, установленный ст.13 Закона о торговле.

Заслушав объяснения сторон и исследовав материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

Согласно п. 2 ч. 1 ст. 4 Закона о торговле государственное регулирование торговой деятельности осуществляется посредством антимонопольного регулирования в этой области.

Часть 1 статьи 16 Закона о торговле предусматривает, что государственный контроль (надзор) за соблюдением требований настоящего Федерального закона, муниципальный контроль в области торговой деятельности проводятся в соответствии с [законодательством](#) Российской Федерации.

В соответствии с ч. 2 ст. 16 Закона о торговле государственный контроль (надзор) за соблюдением антимонопольных правил и требований, предусмотренных [статьями 13 - 15](#) настоящего Федерального закона, проводится федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по принятию нормативных правовых актов и контролю за соблюдением антимонопольного законодательства, и его территориальными органами с правом выдачи соответствующих предписаний в порядке и в пределах полномочий, которые установлены антимонопольным [законодательством](#) Российской Федерации.

Частью 3 статьи 16 Закона о торговле установлено, что Федеральный [орган](#) исполнительной власти, осуществляющий функции по принятию нормативных правовых актов и контролю за соблюдением антимонопольного законодательства, и его территориальные органы при выявлении нарушений требований, предусмотренных [статьями 9, 13 - 15](#) настоящего Федерального закона, принимают меры в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Как было установлено Оренбургским УФАС России, ФГУП «Промсервис» ФСИН России находится в ведомственном подчинении ФСИН России и осуществляет деятельность по продаже продуктов питания и предметов первой необходимости через торговые объекты, расположенные на территории исправительных учреждений УФАС России по Оренбургской области.

Перечнем видов предприятий, учреждений и организаций, входящих в

уголовно-исполнительную систему, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 01.02.2000 № 89, установлено, что в уголовно-исполнительную систему входят предприятия, в том числе, осуществляющие торговлю.

Согласно п. 106 Правил внутреннего распорядка исправительных учреждений, утвержденных Приказом Минюста России от 16.12.2016 № 295, для продажи осужденным продуктов питания, вещей и предметов в ИУ организуются магазины (интернет-магазины), работающие ежедневно, за исключением выходных и праздничных дней. Осужденные вправе пользоваться этими магазинами во время, отведенное распорядком дня, с учетом очередности (по отрядам и бригадам) по безналичному расчету. Осужденным, содержащимся в колониях-поселениях, разрешается приобретать продукты питания, вещи и предметы первой необходимости за наличный расчет.

В соответствии с п. 2.1. Устава ФГУП «Промсервис» ФСИН России (утвержден приказом ФСИН России от 16.05.2012 г. № 271) предметом и целями деятельности Предприятия являются:

- привлечение к оплачиваемому труду лиц, отбывающих уголовные наказания, на территории Российской Федерации в соответствии с требованиями законодательства РФ;
- получение прибыли;
- обеспечение деятельности и развитие материальной и социальной сферы ФСИН России, удовлетворение ее потребностей;
- получение, хранение, содержание запасов материально-технических ресурсов и обеспечение ими учреждений и органов УИС в установленном порядке;
- развитие и совершенствование оптовой и розничной торговли.

Согласно п. 2.2 Устава Предприятие осуществляет следующие виды деятельности:

п. 2.2.1 Оказание услуг:

- по оптовой и розничной торговле;
- складского хранения (хранение, перевалка, формирование партий товаров и материалов);
- общественного питания, столовых;
- банно-прачечные услуги;
- по заготовке и переработке древесины, в том числе по ее распиловке и строганию;

- транспортные услуги.

п. 2.2.6 - розничная торговля в неспециализированных магазинах преимущественно пищевыми продуктами, включая напитки и табачными изделиями.

Как следует из письма ФГУП «Промсервис» ФСИН России от 13.02.2017 № 125 основным видом деятельности организации является розничная торговля в неспециализированных магазинах, преимущественно пищевыми продуктами, включая напитки и табачными изделиями (код по ОКВЭД 52.11), в 2016 году организация получала доход только по основному виду деятельности. Выручка от реализации товаров ФГУП «Промсервис» ФСИН России за 2016 год (последний календарный год), полученная от деятельности внутренних и внешних магазинов составила сумму в размере 484 477 545 рублей без учета НДС.

Между ФКУ «ИК № 2 УФСИН по Оренбургской области» (ссудодатель) и ФГУП «Промсервис» ФСИН России (ссудополучатель) 21.03.2016 заключен договор № ОРЕН-1 безвозмездного пользования объектом нежилого фонда, закрепленного за Учреждением ФСИН России на праве оперативного управления.

В соответствии с п. 1.1 указанного договора ссудодатель обязуется передать ссудополучателю в безвозмездное пользование объект нежилого фонда, а ссудополучатель обязуется вернуть указанный объект по окончании действия договора в том состоянии, в каком он его получил, с учетом нормального (естественного) износа. Объект нежилого фонда передается ссудополучателю для использования в целях обеспечения прав осужденных и находящихся под стражей лиц на приобретение продуктов питания, безалкогольных напитков, сигарет и предметов (товаров) первой необходимости.

- договор заключен на неопределенный срок (п. 9.1 указанного договора).

В целях поставки продуктов питания и предметов первой необходимости в ФКУ ИК-2 УФСИН России по Оренбургской области между ООО «Грин Март» (комитент) и ФГУП «Промсервис» ФСИН России (комиссионер) заключен договор комиссии от 01.03.2016 № ОРЕН.П - 4 (далее – Договор).

Основными видами деятельности ООО «Грин Март» согласно п 3.2 Устава (утв. решением единственного учредителя ООО «Грин Март» № 1 от 25.03.2015) являются, в том числе:

- оптовая торговля фруктами, овощами и картофелем;
- оптовая торговля прочими пищевыми продуктами;
- оптовая торговля безалкогольными напитками;
- оптовая торговля сахаром и сахаристыми кондитерскими изделиями,

включая шоколад;

- оптовая торговля кофе, чаем, какао и пряностями;

- оптовая торговля прочими пищевыми продуктами, не включенными в другие группировки;

- розничная торговля фруктами, овощами и картофелем;

- оптовая торговля солью.

Основы правового регулирования отношений по договору комиссии регламентированы статьями 990 – 1004 [Гражданского кодекса Российской Федерации](#) (далее - ГК РФ).

В соответствии с пунктом 1 статьи 990 ГК РФ 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.

Договор комиссии является самостоятельным видом договора. Наряду с [договором поручения](#) и [агентским договором](#) договор комиссии может быть отнесен к группе [посреднических договоров](#).

ГК исходит из того, что комиссия — это договор, содержание которого состоит в следующем:

- 1) одна сторона (комиссионер) выполняет поручение другой стороны (комитента), но выступает в гражданском обороте от своего имени;
- 2) комиссионер выполняет юридические действия, то есть заключает одну или несколько сделок;
- 3) за услуги комиссионера выплачивается вознаграждение, то есть такой договор всегда является возмездным;
- 4) по сделке, совершенной комиссионером с третьими лицами, права и обязанности приобретает сам комиссионер.

Таким образом, хотя участники комиссионного правоотношения связаны единым обязательством, в нем различают внутренние и внешние отношения. Внутренние отношения комитента и комиссионера напоминают отношения между доверителем и поверенным в договоре поручения. Во внешних отношениях комиссионер действует от собственного имени, как если бы ему принадлежали осуществляемые права (например, право собственности на передаваемую по договору комиссии вещь, которую он передает покупателю по договору купли-продажи). Договор комиссии оформляет одну

из основных разновидностей обязательств по оказанию юридических услуг. Его предметом является совершение определенных юридических действий - сделок, стороной которых становится комиссионер, а не комитент, поскольку первый совершает эти действия от своего имени, приобретая права и обязанности в отношении с третьими лицами. При этом комиссионер действует не за свой счет, а за счет комитента. В этом состоит основное отличие договора комиссии от договора поручения и агентского договора. Если договор поручения и в определенных случаях агентский договор представляют собой прямое представительство, то комиссия осуществляется на основе так называемого косвенного представительства.

Договором комиссии называется гражданско-правовой договор, согласно которому одна из сторон (комиссионер), за определенное вознаграждение берет на себя обязательства совершения сделок по поручению и за счет другой стороны (комитента), однако от имени комиссионера. При этом договор комиссии услуг возлагает на комиссионера обязанность выполнения принятых поручений с учетом указаний комитента и на выгодных для него условиях. При исполнении договора сделки совершаются от имени комиссионера. При совершении порученной сделки комиссионер выступает как лицо совершенно самостоятельное.

Комитентом в рамках заключенного договора является ООО «Грин Март». Согласно условий договора комиссии собственником товара является комитент.

Согласно п. 1.1 Договора комиссии от 01.03.2016 № ОПЕН.П - 4 комиссионер обязуется от своего имени, но за счет и по поручению комитента совершать сделки по продаже товаров комитента третьим лицам.

Согласно п. 1.3 Договора товары, передаваемые комиссионеру от комитента, остаются собственностью последнего, до момента их реализации комиссионером.

В соответствии с п. 1.2 Договора за выполнение по настоящему договору поручения комитент обязуется выплачивать комиссионеру вознаграждение.

Пункт 1.5 Договора предусматривает, что ассортимент и отпускные (продажные) цены передаваемых на комиссионную торговлю товаров согласуются сторонами в приложении № 2 к настоящему Договору.

Согласно п. 2.1 Договора комиссионер реализует товар третьим лицам по продажной (отпускной) цене, указанной в приложении № 2 к настоящему договору, действующем на дату передачи товара на комиссионную торговлю по акту (приложение № 6 к договору).

Пункт 2.2 Договора устанавливает, что за выполнение поручения комитент обязан ежемесячно уплачивать комиссионное вознаграждение, которое составляет 15 % , в т.ч. НДС, от стоимости фактически реализованного товара.

- п. 2.4 Договора 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.

Передача товаров на комиссионную торговлю в каждом календарном (отчетном) месяце осуществляется в соответствии с графиком отгрузок и направления заявок, согласованном сторонами (п. 3.1. Договора).

По смыслу п. 2.5. и п. 2.5.3 Договора комиссионер предоставляет комитенту отчет об исполнении поручения, акт об оказании комиссионных услуг и счета-фактуры.

В материалы дела представлены копии отчетов комиссионера № ОР-17 от 30.04.2016, № ОР-45 от 31.05.2016, № ОР-67 от 30.06.2016, № ОР-89 от 31.07.2016, № ОР-110 от 31.08.2016, № ОР-133 от 30.09.2016, № ОР-155 от 31.10.2016, № ОР-176 от 30.11.2016, № ОР-197 от 31.12.2016, № ОР-7 от 31.01.2017, № ОР-28 от 28.02.2017, № ОР-49 от 31.03.2017, № ОР-73 от 30.04.2017.

В соответствии с п. 3.4 Договора 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.

Согласно п. 6.1 Договора указанный договор заключен на срок по 31 декабря 2016 года включительно.

13.12.2016 между указанными организациями заключено дополнительное соглашение № 7, согласно которому срок действия Договора комиссии № ОРЕН.П-4 от 01.03.2016 продлен до 31.03.2017 года включительно.

Приложение № 2 к Договору содержит ассортимент и отпускные (продажные) цены передаваемых на комиссионную торговлю товаров (дополнен дополнительным соглашением от 14.11.2016 № 6).

Приложение № 7 к Договору содержит список магазинов комиссионера (20 магазинов, расположенных на территории исправительных учреждений Оренбургской области).

В письме от 13.04.2017 № 144 ФГУП «Промсервис» ФСИН России сообщено, что при осуществлении деятельности отбор потенциальных контрагентов производился предприятием с учетом срочности поставок в магазины, отсутствия оборотных средств, а также с учетом доставки товаров силами и средствами партнеров, поскольку собственного транспорта предприятие не имеет.

ФГУП «Промсервис» ФСИН России в материалы дела были представлены

копии трех коммерческих предложений: ООО «Грин Март», ООО «Оникс», ООО «Мега Торг».

ООО «Мега Торг» в письме, адресованном в ФГУП «Промсервис» ФСИН России от 03.02.2016 сообщило: *«Учитывая то, что товарная категория овощи и фрукты является объектом биржевой торговли, имеет резкие сезонные колебания в ценах, ограниченный срок реализации, высокую вероятность порчи продукта в процессе транспортировки до торговых точек и в процессе реализации, мы вынуждены отказаться от предложения поставок по договору комиссии и предлагаем рассмотреть вариант работы по данной категории по договору закупа».*

Таким образом, указанный хозсубъект был вынужден отказаться от работы с предприятием по предлагаемой им схеме.

Согласно п. 1 ст. 2 Закона о торговле торговая деятельность – это вид предпринимательской деятельности, связанный с приобретением и продажей товаров.

В соответствии с п. 4 ст. 2 Закона о торговле торговый объект – это 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.

Пунктом 8 статьи 2 Закона о торговле определено, что торговая сеть - 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 Федеральным [ЗАКОНОМ](#) «О защите конкуренции», или совокупность двух и более торговых объектов, которые используются под единым коммерческим обозначением или иным средством индивидуализации.

ФГУП «Промсервис» ФСИН России обладает всеми квалифицирующими признаками хозяйствующего субъекта, осуществляющего торговую деятельность с использованием торговой сети, а именно:

- ФГУП «Промсервис» ФСИН России реализует товары через магазины, расположенные на территории исправительных учреждений Оренбургской области, то есть реализует товары лицам, которые содержатся в указанных учреждениях, в розницу;

- осуществляет торговую деятельность более чем через 2 торговых объекта;

- данные торговые объекты находятся под общим управлением ФГУП «Промсервис» ФСИН России, что подтверждается, например, договором

безвозмездного пользования объектом нежилого фонда, а также приложением № 7 к договору комиссии от 01.03.2016 № ОРЕН.П-4, которое содержит список магазинов ФГУП «Промсервис».

Следовательно, ФГУП «Промсервис» ФСИН России осуществляет торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети.

Данная позиция подтверждена в разъяснениях ФАС России от 27.03.2017 № СП/19219/17 (представлены в материалы дела).

Кроме того, Одиннадцатый арбитражный апелляционный суд в Постановлении от 29.02.2016 г. № 11АП-1492/2016 по делу № А72-14542/2015 также указал, что предприятие, осуществляющее торговую деятельность в магазинах, расположенных на территории исправительных учреждений, является торговой сетью.

Аналогичная позиция представлена в постановлении Второго арбитражного апелляционного суда от 20.02.2017 по делу № А28-8418/2016.

Оптовая торговля определена в Законе о торговле как 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 ([п. 2 ст. 2 Закона о торговле](#)).

Согласно пункту 2 статьи 2 Закона о торговле розничная торговля – вид торговой деятельности, связанный с приобретением и продажей товаров для использования их в личных, семейных, домашних и иных целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

Следовательно, при осуществлении оптовой торговли товары продаются и приобретаются в целях переработки, перепродажи, но не для реализации гражданам-потребителям.

Этот же критерий, то есть цели использования приобретаемых товаров, применяется в [Гражданском Кодексе РФ](#) для разграничения основных договоров, опосредующих реализацию товаров в оптовой и розничной торговле - договора поставки и договора розничной купли-продажи ([ст. 506](#) и [ст. 492](#)).

Кроме этого, согласно [статье 346.27](#) Налогового кодекса Российской Федерации розничная торговля – предпринимательская деятельность, связанная с торговлей товарами (в том числе за наличный расчет, а также с использованием платежных карт) на основе договоров розничной купли-продажи.

Деятельность ФГУП «Промсервис» ФСИН России по спорному договору направлена на использование продовольственных товаров в

предпринимательской деятельности, и целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием.

Из представленных материалов следует, что ООО «Грин Март» при передаче товаров в торговую сеть ФГУП «Промсервис» ФСИН России само не осуществляло розничную торговую деятельность. При этом, условиями Договора предусмотрено, что сделки по реализации товара осуществляет непосредственно от своего имени ФГУП «Промсервис» ФСИН России.

По договору комиссии № ОРЕН.П-4 от 01.03.2016 ФГУП «Промсервис» ФСИН России денежные средства, полученные за реализованный товар, перечисляло на расчетный счет ООО «Грин Март», что подтверждается представленными в материалы дела копиями платежных поручений № 9884 от 12.04.2016, № 14514 от 13.05.2016, № 17288 от 10.06.2016, № 21872 от 13.07.2016, № 26342 от 12.08.2016, № 30428 от 12.09.2016, № 34200 от 10.10.2016, № 37282 от 10.11.2016, № 40533 от 12.12.2016, № 830 от 16.01.2017, № 2602 от 10.02.2017, № 5109 от 10.03.2017, № 7846 от 10.04.2017.

Часть 1 статьи 8 Конституции РФ устанавливает, что в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности.

Принцип единства экономического пространства означает, что на территории Российской Федерации не допускается установление таможенных границ, пошлин, сборов и каких-либо иных препятствий для свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств (ч. 1 ст. 74 Конституции РФ). Ограничения перемещения товаров и услуг могут вводиться в соответствии с федеральным законом, если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей (ч. 2 ст. 74 Конституции РФ).

В соответствии с указанным принципом, на территории Российской Федерации не допускается установление каких-либо правил, препятствующих свободному перемещению товаров, услуг и финансовых средств в едином экономическом пространстве Российской Федерации. На всей территории Российской Федерации должны быть одни и те же правила при осуществлении предпринимательской или иной деятельности, реализуемой в рамках гражданских правоотношений.

Таким образом, единство экономического пространства на всей территории РФ гарантировано Конституцией РФ.

Закон о торговле не содержит ограничений в отношении хозяйствующих субъектов, подведомственных ФСИН России, осуществляющих торговую деятельность на территории исправительных учреждений. Аналогичный вывод подтвержден судебной практикой (постановление арбитражного суда Волго-вятского округа от 15.06.2017 по делу № А28-8418/2016).

Предприятием не приведено достаточного правового обоснования довода о том, что специфика деятельности предприятий уголовно-исполнительной системы позволяет исключить их из сферы действия антимонопольного регулирования отношений по оптовой купле-продаже продовольственных товаров.

Следовательно, запрет, установленный в п. 5 ч. 1 ст. 13 Закона о торговле, распространяется на все торговые сети и всех поставщиков торговых сетей при осуществлении торговли между собой, в том числе и на торговые сети, осуществляющие торговую деятельность в Российской Федерации на территории исправительных учреждений, то есть вне зависимости от их подведомственности (например, ФСИН России) и места реализации продовольственных товаров (в данном случае – исправительные учреждения ФСИН России).

Судебная практика подтверждает факт того, что указанный запрет распространяется на организации, осуществляющие торговую деятельность на территории исправительных учреждений (постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 29.02.2016 по делу №А72-14542/2015).

Кроме того, в ходе рассмотрения дела представитель заявителя говорила о том, что под понятие «торговые объекты», по мнению ответчика, не попадают только внутренние магазины, но внешние магазины торговыми объектами являются.

Как установлено Комиссией ФГУП «Промсервис» ФСИН России на территории Оренбургской области имеет 10 внутренних магазинов и 12 внешних.

Ссылка заявителя в обоснование довода о том, что используемые им для реализации продовольственных товаров магазины на территории исправительных учреждений не образуют торговую сеть, на судебные акты по делу № А79-11990/2015 не может быть принята во внимание, поскольку изложенные в них выводы сделаны при ином предмете доказывания и иных фактических обстоятельствах, не являющихся идентичными с рассматриваемыми, не имеют существенного значения для данного дела.

Комиссия также отклоняет довод ответчика о том, что *«глава 3 Закона о торговле является составной частью антимонопольного законодательства и, учитывая специфику деятельности организации, определенной законодательством об уголовно-исполнительной системе, не применяется в отношении ФГУП «Промсервис» ФСИН России, т.к. в отношении организации не действует закон о конкуренции»*, при этом ссылаясь на судебные акты по делам № А56-74533/2014, №А47-2763/2017.

Указанный довод несостоятелен, так как из приведенных судебных актов не следует озвученного довода ответчика, изложенные в них выводы сделаны

при ином предмете доказывания и иных фактических обстоятельствах, а именно касающихся правомерности передачи имущества.

Из содержания договоров безвозмездного пользования объектами нежилого фонда и приложения № 7 к договору комиссии от 01.03.2016 № ОРЕН.П-4 следует, что расположенные на территории исправительных учреждений магазины предприятия в полной мере соответствуют приведенному в статье 2 Закона № 381-ФЗ понятию торгового объекта.

Отсутствие в магазинах контрольно-кассовой техники, осуществление расчетов за приобретенные товары в безналичном порядке и не в момент отпуска товара, а в более поздний срок об обратном не свидетельствует. Поименованные выше особенности внесения платы за товар обусловлены порядком хранения денежных средств осужденных и находящихся под стражей лиц на специально открытых для них лицевых счетах, однако они не исключают наличие в данном случае всех элементов договора розничной купли-продажи (в том числе проведения денежных расчетов с покупателями), одной из сторон которого является именно потребитель - находящееся под стражей лицо, приобретающее товар для личного пользования, а не учреждение уголовно-исправительной системы.

В данном случае, факт ограничения конкуренции на конкретном товарном рынке, равно как и факт создания ограничений для третьих лиц, не подлежат доказыванию антимонопольным органом при установлении в действиях хозяйствующих субъектов нарушения пункта 5 части 1 статьи 13 Закона о торговле.

Довод ФГУП «Промсервис» ФСИН России о допустимости его действий по заключению договора комиссии применительно к требованиям статьи 13 Закона о защите конкуренции Комиссией отклоняется как несостоятельный. В рассматриваемой ситуации оснований для применения данной нормы закона не установлено. Исполнение указаний ФСИН России о наполнении магазинов товаром для обеспечения права осужденных к лишению свободы на приобретение продуктов питания и предметов первой необходимости (статья 88 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации), на что указывает ответчик в обоснование допустимости своих действий, не исключает их противоправности в рассматриваемом случае.

В своих пояснениях ответчик также ссылается на Федеральный закон от 03.07.2016 № 264-ФЗ, которым введена норма о том, что положения [статей 13](#) и [14](#) настоящего Федерального закона 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 четырехста 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.

В обоснование данного довода предприятие в своих пояснениях ссылается на то, что выручка ФГУП «Промсервис» ФСИН России за 2015 год составила 117 067 тысяч рублей, а ОСП Оренбургское за 2016 год – 12, 6 миллионов рублей.

Комиссия считает необходимым отметить, что в рамках данного дела рассматриваются действия по заключению договора комиссии ФГУП «Промсервис» ФСИН России, а не отдельного подразделения ОСП Оренбургское, т.к. договор комиссии № ОРЕН.П-4 от 01.03.2016 был заключен между ООО «Грин Март» и ФГУП «Промсервис» ФСИН России.

Однако, как установлено Комиссией в ходе рассмотрения дела выручка ФГУП «Промсервис» ФСИН России за 2016 год (последний календарный год) составила 484 183 000 рублей, что превышает установленный Законом о торговле предел в 400 000 000 рублей.

Кроме того, в ходе рассмотрении дела предприятием приводятся противоречивые доводы, а именно, ФГУП «Промсервис» ФСИН России указывает на то, что последний не является торговой сетью, соответственно не попадает под действие Закона о торговле. Однако, приводя доводы о допустимости действий ответчика по заключению договора комиссии с ООО «Грин Март», руководствуется указанным законом.

Более того, в своих возражениях от 01.08.2017 № 187 ФГУП «Промсервис» ФСИН России указывает на то, что часть магазинов предприятия (в отдельных регионах) использует товарный знак «Русли» на основании лицензионного договора от 14.04.2017 № ЦО-140417/1, заключенного с ООО «Информика». Основываясь на данной позиции, ФГУП «Промсервис» ФСИН России опять таки руководствуется Законом о торговле, считая, что совокупность данных магазинов (под товарным знаком «Русли») составляют торговую сеть, но выручка последних составляет менее 400 млн. рублей.

Комиссия считает вышеуказанные доводы ответчика необоснованными, противоречивыми друг другу.

Т.к. договор комиссии № ОРЕН.П-4 от 01.03.2016 был заключен между ООО «Грин Март» и ФГУП «Промсервис» ФСИН России, то в рамках данного дела рассматриваются действия ФГУП «Промсервис» ФСИН России по заключению договора комиссии.

Как отмечалось выше, ФГУП «Промсервис» ФСИН России обладает всеми квалифицирующими признаками хозяйствующего субъекта, осуществляющего торговую деятельность с использованием торговой сети, а именно:

- ФГУП «Промсервис» ФСИН России реализует товары через магазины,

расположенные на территории исправительных учреждений Оренбургской области, то есть реализует товары лицам, которые содержатся в указанных учреждениях, в розницу;

- осуществляет торговую деятельность более чем через 2 торговых объекта;
- данные торговые объекты находятся под общим управлением ФГУП «Промсервис» ФСИН России, что подтверждается, например, договором безвозмездного пользования объектом нежилого фонда, а также приложением № 7 к договору комиссии от 01.03.2016 № ОРЕН.П-4, которое содержит список магазинов ФГУП «Промсервис».

Кроме того, согласно ч.1 ст. 45.1 Закона о защите конкуренции под доказательствами по делу о нарушении антимонопольного законодательства понимаются сведения о фактах, которые получены в установленном настоящим Федеральным законом порядке и на основании которых комиссия устанавливает наличие либо отсутствие нарушения антимонопольного законодательства, обоснованность доводов лиц, участвующих в деле, а также иные обстоятельства, имеющие значение для полного и всестороннего рассмотрения дела.

Каждое лицо, участвующее в деле, должно раскрыть доказательства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений, перед другими лицами, участвующими в деле, в пределах срока, установленного комиссией (ч.2 ст.45.1 Закона о защите конкуренции).

Ответчиком в материалы дела были представлены фотографии вывесок магазинов предприятия, осуществляющих свою деятельность на территории Оренбургской области (том 2 стр. 38-40, 141), на которых в нижних частях вывесок указан владелец магазина – «ФГУП «Промсервис» ФСИН России 125212, Россия, г.Москва, б-р Кронштадский, д.9, строение 2». Доказательств обратного предприятием не представлено.

Кроме того, в своих возражениях от 01.08.2017 № 187 ФГУП «Промсервис» ФСИН России указывает, что *«предприятию были переданы магазины на территории исправительных учреждений, в которых следовало организовать торговлю продуктами и товарами первой необходимости»*.

Исходя из вышеизложенного, ФГУП «Промсервис» ФСИН России осуществляет торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети.

Довод ответчика о том, что выручка их контрагента по договору комиссии – ООО «Грин Март» составляет менее 400 миллионов рублей и, соответственно позволяет заключать с ним договор комиссии, также признан несостоятельным на основании следующего.

Торговая сеть и (или) поставщик, не достигшие порогового значения по выручке от реализации товаров, критерии определения которого

содержатся в статье 3 Закона № 264-ФЗ, вправе при осуществлении торговой деятельности посредством организации торговой сети и (или) осуществлении поставок в торговые сети продовольственных товаров заключать посреднические договоры.

Вместе с тем, заключение посреднического договора хозяйствующим субъектом, в отношении которого не распространяются положения ст. 13 Закона о торговле, с хозяйствующим субъектом, достигшим порогового значения по выручке от реализации товаров, не исключает распространение положений ст. 13 Закона о торговле в отношении последнего.

В своих пояснениях от 25.05.2017 № 178 ФГУП «Промсервис» ФСИН России указывает, что в ходе проверки соблюдения законодательства при использовании федерального имущества на территории исправительных учреждений Прокуратурой г.Новотроицка Оренбургской области в феврале 2017 года было установлено, что исправительные учреждения не произвели в установленном порядке согласование в ТУ Росимущества договоры безвозмездного пользования. По мнению ответчика из этого следует, что все магазины ОСП Оренбургское принадлежат на законном основании непосредственно исправительным учреждениям, которые не являются хозяйствующими субъектами и не могут образовывать торговую сеть ФГУП «Промсервис» ФСИН России.

Вышеуказанный довод ответчика признан Комиссией необоснованным и противоречащим позиции предприятия, исходя из решения Арбитражного суда Оренбургской области от 05.05.2017 по делу №А47-2763/2017. Данным решением установлено, что в соответствии со статьей 11 Закона РФ от 21.07.1993 № 5473-1 «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы» пункта 7 раздела II Положения о Федеральной службе исполнения наказаний, утвержденного Указом Президента РФ от 13.10.2004 № 1314 полномочия собственника в данном случае осуществляются Федеральной службой исполнения наказаний.

Кроме того, как следует из материалов дела договоры безвозмездного пользования, заключенные между исправительными учреждениями Оренбургской области и ФГУП «Промсервис» ФСИН России недействительными в судебном порядке не признаны, доказательств обратного ответчиком не представлено.

ФГУП «Промсервис» ФСИН России в материалы дела представлена копия правового заключения от 28.12.2016, составленного ведущим научным сотрудником отдела гражданского законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ <.....>, согласно которому исполнитель данного заключения дает правовую оценку действиям предприятия по заключению договора комиссии, указывая на его правомерность.

Ссылка на представленное правовое заключение признано Комиссией

несостоятельной, т.к. исполнителем данного заключения в качестве источников использовались судебные акты по делам № А79-11990/2015, А56-74533/2014, однако Комиссия считает, что изложенные в них выводы сделаны при ином предмете доказывания и иных фактических обстоятельствах, не являющихся идентичными с рассматриваемыми.

Кроме того, перед исполнителем заключения были поставлены вопросы правового характера, связанные с квалификацией нарушения законодательства о торговой деятельности. Решение данных вопросов находится в исключительном ведении комиссии антимонопольного органа.

Исполнитель заключения в данном случае не может разрешать вопросы, связанные с применением норм антимонопольного законодательства и законодательства о торговой деятельности. По мнению Комиссии, в представленном ответчиком заключении не применялись и не исследовались какие-либо дополнительные (специальные) сведения и знания в рассматриваемой сфере, в связи с чем, выводы данного заключения Комиссией не принимаются.

Комиссия Оренбургского УФАС России считает, что ссылка ФГУП «Промсервис» ФСИН России на ч. 5 ст. 1 Закона о торговле несостоятельна на основании следующего.

Согласно ч. 5 ст. 1 Закона о торговле отношения, возникающие между хозяйствующими субъектами при осуществлении ими торговли товарами, ограниченными в обороте, порядок и условия их продажи регулируются федеральными законами об обороте таких товаров.

К таким законам относятся, например, Федеральный закон от 13.12.1996 № 150-ФЗ «Об оружии», Федеральный закон от 19.07.1997 № 109-ФЗ «О безопасном обращении с пестицидами и агрохимикатами», Федеральный закон от 26.05.1996 № 54-ФЗ «О музейном фонде РФ и музеях в РФ», Федеральный закон от 02.05.1997 № 76-ФЗ «Об уничтожении химического оружия».

Ответчик по делу в своих возражениях от 01.08.2017 № 187 путает понятия «товары, ограниченные в обороте» с понятием «ограничение перемещения товаров и услуг на территории исправительных учреждений».

Таким образом, Закон о торговле распространяет свое действие на деятельность организаций, осуществляющих торговую деятельность на территории исправительных учреждений.

Довод ответчика о том, что в адрес последнего от Оренбургского УФАС России не поступило письменного ответа на ходатайство ФГУП «Промсервис» ФСИН России от 09.06.2017 № 184 является несостоятельным, т.к. в определении об отложении дела от 05.07.2017 в удовлетворении указанного ходатайства отказано.

В ходе рассмотрения дела представитель ответчика отказался от ходатайства о рассмотрении Оренбургским УФАС России договора комиссии № ОРЕН.П-4 от 01.03.2016 на предмет допустимости.

Необходимость установленного названным Законом особого регулирования отношений по оптовой купле-продаже продовольственного товара обоснована, в том числе, обеспечением продовольственной безопасности, под которой понимается состояние экономики страны, при котором обеспечивается продовольственная независимость Российской Федерации, гарантируется физическая и экономическая доступность для каждого гражданина страны пищевых продуктов, соответствующих требованиям законодательства Российской Федерации (пункт 5 Доктрины продовольственной безопасности Российской Федерации, утвержденной Указом Президента Российской Федерации от 30.01.2010 № 120).

Основные цели специального регулирования оптовой купли-продажи продовольственных товаров в торговые сети состоят в поддержке и развитии конкуренции, обеспечении возможности входа на рынок субъектов малого и среднего предпринимательства, обеспечении и защите прав продавцов товаров. Свобода договора оптовой поставки продовольственного товара в торговую сеть ограничивается для защиты интересов продавца. Это связано с тем, что торговая сеть рассматривается как более сильный субъект, вследствие чего применяются специальные механизмы выравнивания правового положения субъектов, которые всегда предполагают определенные ограничения свободы договора.

В соответствии с частью 2 статьи 1 Закона о торговле целями данного Закона являются, в том числе, обеспечение единства экономического пространства в Российской Федерации путем установления требований к организации и осуществлению торговой деятельности; развитие торговой деятельности в целях удовлетворения потребностей отраслей экономики в произведенной продукции, обеспечения доступности товаров для населения, формирования конкурентной среды, поддержки российских производителей товаров; обеспечения соблюдения прав и законных интересов юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, осуществляющих торговую деятельность, юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, осуществляющих поставки производимых или закупаемых товаров, предназначенных для использования их в предпринимательской деятельности, в том числе для продажи или перепродажи, баланса экономических интересов указанных хозяйствующих субъектов, а также обеспечение при этом соблюдения прав и законных интересов населения.

В соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 13 Закона о торговле 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 Федеральным [законом](#) «О защите конкуренции», и (или) заключения указанных договоров между хозяйствующими субъектами, образующими торговую сеть, либо исполнять (реализовывать) такие договоры.

Исходя из смысла изложенной нормы, осуществление оптовой торговли по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети с использованием посреднических сделок недопустимо (то есть запрет касается осуществления поставки продовольственных товаров в торговые сети путем оптовой торговли с использованием договора комиссии или смешанного договора, содержащего элементы договора комиссии), что отвечает принципам антимонопольного регулирования в области контроля над динамикой цен на продовольственные товары при розничной торговле и обеспечения условий справедливой конкуренции при доступе производителей к услугам торговых организаций.

В соответствии с требованиями статьи 48.1 Закона о защите конкуренции лицам, участвующим в деле Комиссией было направлено заключение об обстоятельствах дела от 03.07.2017 (исх. № 8079).

28.07.2017 ответчиком были представлены возражения на заключение Комиссии по обстоятельствам дела № 05-10-01/2017.

На основании вышеизложенного Комиссия Оренбургского УФАС России по рассмотрению дела № 05-10-01/2017 о нарушении законодательства о торговой деятельности, учитывая совокупность вышеизложенных имеющихся доказательств, считает доказанным факт нарушения ФГУП «Промсервис» ФСИН России пункта 5 части 1 статьи 13 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации».

В целях предупреждения и пресечения нарушений антимонопольного законодательства, законодательства о торговой деятельности, обеспечения конкуренции, Комиссия на основании статей 23 и 50 Закона о защите конкуренции считает необходимым выдать ФГУП «Промсервис» ФСИН России предписание о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции.

Исходя из вышеизложенного, руководствуясь ст. 23, ст. 41, ст. 49, ст. 50 Закона о защите конкуренции, Комиссия Оренбургского УФАС России по делу № 05-10-01/2017 о нарушении антимонопольного законодательства,

РЕШИЛА:

1. Признать ФГУП «Промсервис» ФСИН России (ИНН 7111007621, ОГРН 1027103673080) нарушившим пункт 5 части 1 статьи 13 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации».
2. ФГУП «Промсервис» ФСИН России выдать предписание о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции.
3. Передать материалы дела № 05-10-01/2017 уполномоченному должностному лицу Управления Федеральной антимонопольной службы по Оренбургской области для решения вопроса о возбуждении дел об административных правонарушениях.

Председатель Комиссии

<.....>

Члены Комиссии:

<.....>

ПРЕДПИСАНИЕ

«21» августа 2017

г. Оренбу

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Оренбургской области по рассмотрению дела № 05-10-01/2017 о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

Председателя Комиссии – заместителя руководителя Управления <.....> ,

Членов Комиссии:

<.....> – начальника отдела контроля финансовых рынков, информации и

анализа,

<.....> – специалиста-эксперта отдела контроля финансовых рынков, информации и анализа,

руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частью 4 статьи 41, статьей 50 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», на основании решения по делу № 05-10-01/2017 о нарушении ФГУП «Промсервис» ФСИН России пункта 5 части 1 статьи 13 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации», выразившегося в заключении с ООО «Грин Март» договора комиссии № ОРЕН.П-4 от 01.03.2016 для осуществления торговой деятельности

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ФГУП «Промсервис» ФСИН России совершить действия, направленные на обеспечение конкуренции, а именно **в срок до «21» сентября 2017 года** провести обучающие, разъяснительные мероприятия для лиц, ответственных за правовое обеспечение деятельности предприятия, о соблюдении прав и обязанностей хозяйствующего субъекта, осуществляющего торговую деятельность, предусмотренных Федеральным законом от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ».
2. О выполнении настоящего предписания сообщить в Управление Федеральной антимонопольной службы по Оренбургской области **не позднее «26» сентября 2017 года** с приложением документов, подтверждающих исполнение предписания.

Председатель Комиссии

<.....>

Члены Комиссии

<.....>

Предписание может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его выдачи.

Примечание. За невыполнение в установленный срок законного предписания антимонопольного органа Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Привлечение к ответственности, предусмотренной законодательством Российской Федерации, не освобождает от обязанности исполнить предписание антимонопольного органа.