

РЕШЕНИЕ

по делу № 02-01-21-11-09

«2» июня 2009

г. Новосибирск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства (далее – Комиссия) в составе:

Ельчанинов А.А. – заместитель руководителя управления, председатель Комиссии;

Бориленко Н.Д. – заместитель начальника отдела антимонопольного контроля и естественных

монополий, член Комиссии;

Кучук Е.П. – главный специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля и естественных

монополий, член Комиссии,

в присутствии представителей ответчиков

ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» <...> по доверенности № 182 от 01.01.2009;

ООО «Рестарт-Фуд» - представитель по доверенности №28/05 от 28.05.2009 г. <...> на заседание Комиссии не явилась, ходатайство о рассмотрении дела в ее отсутствие не заявляла, представила письменное объяснение по существу дела, что является подтверждением надлежащего уведомления ООО «Рестарт Фуд» о времени и месте рассмотрения дела. В соответствии с частью 2 статьи 45 ФЗ № 135-ФЗ «О защите конкуренции» Комиссия решила рассмотреть дело в отсутствие представителя ООО «Рестарт Фуд» <...>

рассмотрев дело № 02-01-21-11-09 от 29.04.2009 г. по признакам нарушения ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» и ООО «Рестарт-Фуд» пункта 3 части 1 статьи 11 Федерального закона № 135-ФЗ от 26.07.2006 «О защите конкуренции»,

УСТАНОВИЛА

В Новосибирское УФАС России с вопросом правомерности заключения компанией «Балтика» договора с ООО «Трест питания № 1» (осуществляет деятельность на территории аэропорта «Толмачево») на эксклюзивное представление своей продукции на территории кафе и ресторанов контрагента обратился корреспондент делового еженедельника «Континент Сибирь» со ссылкой на пресс-релиз компании «Балтика». В данном пресс-релизе сообщено следующее: в аэропорту «Толмачево» появилась инсталляция из кегов «Балтика», которая украсила один из ресторанов аэропорта – Veerman&Grill. Продукция компании

«Балтика» встречает пассажиров в 11 ресторанах и кафе, а также в гостинице аэропорта. Это стало возможно благодаря заключению договора с ООО «Трест питания № 1».

В связи с данным обращением прессы Новосибирским УФАС России проведена проверка, которая показала следующее.

ОАО «Пивоваренная Компания «Балтика» в г. Новосибирске заключила маркетинговый договор с ООО «Рестарт Фуд» (Исполнитель) № 39СиДВ от 17.09.2008 года. Кроме того, 17.09.2008 г. в г. Санкт-Петербурге между указанными лицами подписан протокол, фиксирующий соотношение Продукции ОАО «Пивоваренная Компания «Балтика» и других производителей в заведении Исполнителя: «спорт бар название заведения «5:0»»: 100% разливного пива производства ОАО «ПК «Балтика»; 100 % тарированного пива (бут) производства ОАО «ПК «Балтика».

Согласно Приложению №2 к названному договору в заведении ООО «Рестарт Фуд» компания «Балтика» продвигает на рынок следующий ассортиментный перечень своей Продукции:

- разливное пиво: Карлсберг, Балтика №7, Балтика № 8, Арсенальное традиционное (продажа под маркой заведения).

- тарированное пиво (бут): Карлсберг, Балтика № 0 (0,33).

Согласно пункту 2.1.2. договора Исполнитель обязан обеспечить представленность продукции Заказчика (ОАО «Пивоваренная компания «Балтика») на территории заведения в фиксированном ассортименте позиций разливного и тарированного пива. Пунктом 5.2. договора № 39 предусмотрена ответственность ООО «Рестарт Фуд» за нарушение пункта 2.1.2. договора о фиксированном ассортименте Продукции. В этом случае Заказчик вправе расторгнуть договор в одностороннем порядке, а Исполнитель обязуется с момента расторжения договора возвратить Заказчику сумму уже выплаченного аванса.

Кроме того, в соответствии с пунктом 3.2. договора, в случае осуществления Исполнителем действий, изменяющих процентное соотношение (в сторону уменьшения) представленности продукции компании «Балтика» (на момент заключения рекламно-имиджевых договоров оформляется протокол, фиксирующий соотношение продукции в заведении Исполнителя) по сравнению с продукцией иных производителей, услуги Исполнителя по договору будут оплачены компанией «Балтика» в размере, на 50% меньшем стоимости услуг за соответствующий отчетный период.

Согласно пункту 3.4. при выявлении обстоятельств, указанных в пункте 3.2 договора представителем Заказчика оформляется акт, который подписывается представителем исполнителя. В случае, если Исполнитель откажется подписывать данный акт – акт, подписанный только представителем Заказчика, имеет ту же юридическую силу, что и акт, подписанный представителями обеих сторон. Данный акт дает право Заказчику изменить сумму оплаты за оказанные исполнителем услуги, для чего Заказчик направляет Исполнителю письменное уведомление об изменении суммы оплаты и в пятидневный срок согласует с Исполнителем возможность продолжения действия на иных условиях, которые оформляются

отдельным Дополнительным соглашением к настоящему Договору.

Наличие в договоре № 39СиДВ названных условий о необходимости поддержания в заведении ООО «Рестарт Фуд» - «спорт баре 5:0» определенного количества ассортиментных позиций Продукции компании «Балтика», по сравнению с продукцией иных производителей (поставщиков), может привести к разделу оптового рынка пива по ассортименту реализуемых товаров.

Таким образом, вышеуказанные факты свидетельствуют о нарушении ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» и ООО «Рестарт Фуд» пункта 3 части 1 статьи 11 ФЗ № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» по существу дела пояснило следующее.

Действительно, 17.09.2008 г. ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» заключило с ООО «Рестарт Фуд» договор № 39 СиДВ (далее – «Договор»). Предметом Договора являются маркетинговые услуги, направленные на увеличение продаж продукции Компании.

Договор содержит все необходимые условия, исчерпывающий перечень прав и обязанностей сторон. Неотъемлемой частью Договора являются приложения № 1 – 4, указанные в Договоре.

Все условия Договора полностью соответствуют требованиям антимонопольного законодательства. В ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» установлены жесткие требования по соблюдению требований законодательства о защите конкуренции, внутренние стандарты Компании высоко оценены в Федеральной антимонопольной службе РФ.

Указанный в Приказе №139 Новосибирского УФАС России протокол от 17.09.2008 года, подписанный представителями ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» и ООО «Рестарт Фуд», не имеет никакого отношения к договору № 39 СиДВ от 17.09.2008 года, тем более не является приложением к договору (именно поэтому в данных документах нет ни одной ссылки друг на друга). Отношения между ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» и ООО «Рестарт Фуд» регулируются исключительно договором № 39 СиДВ от 17.09.2008 г.

В целях улучшения финансовых показателей в ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» маркетинговые и статистические исследования производятся не только путем привлечения специализированных организаций, но и силами сотрудников Компании. ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» ведет постоянный мониторинг представленности продукции Компании. Одним из способов сбора статистической информации является фиксация определенных данных в точках продаж. Компания использует полученные данные для прогнозирования объемов производства и продаж, для составления отчетов и т.п. Форма протокола (т.е. документа, заверенного, помимо подписи работника Компании, подписью представителя соответствующей точки продаж) была выбрана в целях обеспечения максимальной достоверности полученных данных. С помощью указанных протоколов информация собирается как в точках продаж, с которыми у ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» имеются какие-либо договорные отношения, так и в тех, с которыми Компания договоров не имеет. Такие протоколы являются по существу методическим инструментом рыночных наблюдений и никак

не затрагивают хозяйственную деятельность ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» или его контрагентов. Протоколы не устанавливают для сторон, их подписавших, каких – либо обязательств (в том числе, в отношении количества и/или наименований продукции, реализуемой точкой продаж), никоим образом не ограничивают точку продаж в деятельности по реализации продукции иных производителей. Кроме того, факт исполнения обязательств по договору фиксируется в Акте приема – передачи работ. В связи с вышеизложенным и руководствуясь ст. 48 ФЗ № 135-ФЗ «О защите конкуренции», ОАО «ПК «Балтика» просит прекратить рассмотрение дела в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых Комиссией действиях.

ООО «Рестарт Фуд» по существу дела сообщило следующее.

Между ООО «Рестарт Фуд» (далее – Общество) и ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» заключен и действует договор № 39 СиДВ от 01.07.2008 года на оказание услуг по продвижению продукции Заказчика, реализации торговых программ и рекламных акций, поддержанию фирменного стиля Заказчика. Одной из целей договора является увеличение продаж продукции Заказчика, что отвечает интересам Общества по увеличению прибыли от торговой деятельности.

Стороны определили в договоре и приложениях № 1–4 к нему все права и обязанности сторон. Среди обязанностей Общества по Договору отсутствует обязанность продавать исключительно продукцию Заказчика. Право Общества самостоятельно выбирать ассортимент продаваемой в заведениях продукции договором и приложениями к нему никоим образом не ограничивается, и за весь период действия договора со стороны Заказчика никогда не предъявлялось каких-либо условий по представленности продукции.

Протокол от 17.09.2008 г. подписан Обществом и Заказчиком, но не является приложением к договору. Указанный протокол вообще не имеет никакого отношения к договору. Он был составлен по просьбе представителей заказчика как статистический документ маркетингового исследования рынка. Перед заключением Договора представители заказчика исследовали, что продается в заведениях Общества, как продается, и зафиксировали это в протоколе. У Общества не было возражений против фактов, изложенных в протоколе, в связи с чем он и был подписан со стороны Общества. Протокол не устанавливает прав и обязанностей Общества и заказчика, что прямо следует из абзаца 3: «Настоящий Протокол не определяет для Сторон, его подписавших, каких – либо обязательств в отношении количества Продукции, находящейся в Заведении, и никоим образом не ограничивает Исполнителя в его деятельности по реализации Продукции производителей».

Таким образом, протокол не является ни гражданско-правовой сделкой, так как не порождает гражданских прав и обязанностей сторон, ни соглашением Общества и заказчика, так как не определяет каких-либо действий сторон, которые подлежали бы исполнению в связи с его подписанием. Протокол обладает ценностью и смыслом исключительно как статистический документ. Для расширения ассортимента продаваемой продукции в заведениях Общества, полного удовлетворения запросов и пожеланий потребителей Общество заключает договоры и продает продукцию различных производителей, как российских, так и зарубежных. Никакого давления со стороны заказчика по принуждению к продаже продукции исключительно производства ОАО

«Пивоваренная компания «Балтика» либо вмешательства в управленческую и операционную деятельность Общества не было. Общество самостоятельно определяет ассортимент продаваемой продукции, поставщиков, маркетинговую, ценовую политику, ориентируясь исключительно на удовлетворение запросов потребителей, увеличение объемов продаж и прибыли. Этими причинами обусловлено наличие в Договоре возможности его одностороннего досрочного расторжения по инициативе Общества без уплаты каких-либо штрафных санкций (п. 9.4. договора). Если конкуренты ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» предложат Обществу более выгодные условия сотрудничества, более качественную продукцию и их товары будут более востребованными у потребителей, Общество может воспользоваться правом одностороннего досрочного расторжения Договора и изменит ассортимент продаваемой продукции. Вплоть до настоящего времени продукция заказчика пользовалась неизменным устойчивым спросом у потребителей, ее качество было на высшем уровне, а конкуренты заказчика не смогли предложить Обществу более выгодных условий сотрудничества.

Соответствие деятельности розничных точек Общества законодательству и пожеланиям потребителей подтверждается тем, что не было случаев предъявления претензий ни со стороны потребителей, ни со стороны надзорных органов.

На основании вышеизложенного ООО «Рестарт Фуд» считает, что им не было допущено нарушений п.3 ч.1 ст. 11 ФЗ «О защите конкуренции», и, руководствуясь ст. 48 указанного закона, просит прекратить рассмотрение дела в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых Комиссией действиях.

На заседании Комиссии представитель ОАО «ПК «Балтика» представила копию дополнительного соглашения от 01.06.2009 г. к договору № 39 СидВ от 17.09.2008 г., которым из названного договора удалены пункт 3.2. со слов: «При этом услуги будут считаться оказанными и будут оплачены Заказчиком в полном объеме только при условии отсутствия фактов осуществления Исполнителем действий, изменяющих процентное соотношение (в сторону уменьшения) представленности продукции Заказчика (на момент заключения настоящего договора оформляемых протоколом, фиксирующим соотношение продукции в заведении Исполнителя) по сравнению с продукцией иных производителей, что влечет за собой уменьшение оплачиваемой Заказчиком денежной суммы на 50% от стоимости услуг за соответствующий отчетный период»; а также из пункта 3.4. договора удалена ссылка на п. 3.2. Согласно п. 2.1 дополнительного соглашения, оно вступило в силу с момента подписания уполномоченными представителями сторон (т.е. с 01.06.2009 г.).

Изучив материалы дела и заслушав доводы лиц, участвующих в деле, Комиссия Новосибирского УФАС России пришла к следующему.

Согласно пункту 3 части 1 статьи 11 ФЗ № 135-ФЗ «О защите конкуренции» запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами или согласованные действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, если такие соглашения или согласованные действия приводят или могут привести, в том числе к: разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продаж или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или

покупателей (заказчиков).

Таким образом, запрещены соглашения между хозяйствующими субъектами или согласованные действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, если такие соглашения или согласованные действия приводят или могут привести к последствиям, поименованным в части 1 указанной статьи.

В пункте 7 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.06.08 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» (далее – Пленум) даны разъяснения по применению арбитражными судами статьи 11 ФЗ № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Так в Постановлении Пленума указано на то, что запрещены соглашения между хозяйствующими субъектами или согласованные действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, если такие соглашения или согласованные действия приводят или могут привести к последствиям, поименованным в части 1 указанной статьи; а также иные соглашения между хозяйствующими субъектами или иные согласованные действия хозяйствующих субъектов, если такие соглашения или согласованные действия приводят или могут привести к ограничению конкуренции (часть 2 статьи 11 ФЗ № 135-ФЗ).

Под соглашения, запрещенные в силу частей 1 и 2 статьи 11 ФЗ № 135-ФЗ, если иное не установлено законом, подпадают в том числе и «вертикальные» соглашения, то есть соглашения между хозяйствующими субъектами, которые не конкурируют между собой, один из которых приобретает товар или является его потенциальным приобретателем, а другой предоставляет товар или является его потенциальным продавцом (п. 19 ст. 4 ФЗ № 135-ФЗ). К вертикальным соглашениям, в частности, относится рекламно-имиджевый (маркетинговый) договор, заключенный ОАО «ПК «Балтика» на территории г. Новосибирска с ООО «Рестарт Фуд».

При этом Пленум разъясняет, что, применяя статью 12 Закона о защите конкуренции, следует учитывать, что установленные ею случаи допущения «вертикальных» соглашений являются исключениями по отношению к запрещенным соглашениям, предусмотренным частью 2 статьи 11 Закона, и не распространяются на соглашения, названные в части 1 этой статьи. Также на основании части 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции могут быть признаны допустимыми соглашения (в том числе и «вертикальные») и согласованные действия, запрещенные частью 2 статьи 11 Закона, но не частью 1 этой статьи.

Таким образом, пунктом 3 части 1 статьи 11 ФЗ № 135-ФЗ «О защите конкуренции» установлен безусловный запрет на соглашения между хозяйствующими субъектами, которые приводят или могут привести к разделу товарного рынка по ассортименту реализуемых товаров. Такие соглашения являются заведомо ограничивающими конкуренцию.

Как указано выше, ответчики 17.09.2008 года в г. Санкт-Петербурге подписали протокол, фиксирующий соотношение Продукции ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» и других производителей в заведении ООО «Рестарт Фуд» - «спорт баре 5:0», и в г. Новосибирске заключили маркетинговый договор № 39 СидВ.

В своих пояснениях по существу дела ответчики указали на то, что протокол не является приложением к договору, следовательно, не имеет к нему никакого

отношения; протокол является документом статистических наблюдений, подписанным представителем как компании Балтика (руководителем по продажам разливного пива в регионе Сибирь и ДВ), так и ООО «Рестарт Фуд» (директором), с целью максимальной достоверности полученных данных. Также ответчики указали на то, что протокол не устанавливает для сторон, его подписавших, никаких обязательств и не ограничивает точку продаж в деятельности по реализации продукции иных производителей.

В связи с этим, Комиссия Новосибирского УФАС России установила следующее. Протокол от 17.09.2008 г., в отличие от договора № 39СиДВ, подписан ответчиками в г. Санкт-Петербурге (т.е. в месте расположения штаб-квартиры ОАО «Пивоваренная компания «Балтика»), а не в г. Новосибирске – по месту расположения заведений ООО «Рестарт Фуд». Той же датой – 17.09.2008 г. после подписания протокола ответчики заключили договор № 39СиДВ уже в г. Новосибирске. В связи с этим, для ОАО «ПК «Балтика» протокол является важным статистическим документом (так как подписан со стороны Исполнителя не любым его представителем, а директором; и непосредственно в месте нахождения компании Балтика) и действительно не является приложением к договору № 39СиДВ. Однако пункт 3.2. данного договора содержит ссылку на названный протокол и предусматривает ответственность Исполнителя за нарушение условий протокола в случае уменьшения представленности продукции компании Балтика в заведении ООО «Рестарт Фуд». Согласно п. 3.4. договора при выявлении обстоятельств, указанных в п. 3.2. договора, представителем Заказчика оформляется акт, который подписывается представителем Исполнителя. При неподписании данного акта представителем Исполнителя, акт, подписанный только представителем Заказчика, имеет такую же юридическую силу, что и акт, подписанный представителями обеих сторон. На основании данного акта Заказчик вправе изменить сумму оплаты за оказанные Исполнителем услуги.

Сам по себе протокол не ограничивает точку продажи в деятельности по реализации продукции иных производителей. Однако пунктом 3.2 и 3.4 договора предусмотрены последствия уменьшения Исполнителем зафиксированного протоколом соотношения представленности продукции компании Балтика в заведении Исполнителя. Ввиду наличия в договоре данных условий имеется (сохраняется) возможность ограничения конкуренции на оптовом рынке реализации пива при условии, что Исполнитель под угрозой применения к нему компанией «Балтика» штрафных санкций не будет расширять ассортиментный перечень реализуемой продукции в пользу иных, кроме ОАО «ПК «Балтика», производителей, за счет уменьшения доли продукции компании «Балтика» в своем заведении, зафиксированной в протоколе.

Таким образом, ответчики не доказали того, что заключенный между ними договор № 39СиДВ не может ограничить конкуренцию на оптовом рынке реализации пива. Кроме того, представитель ОАО «ПК «Балтика» на заседании Комиссии по рассмотрению дела признала неоднозначность формулировки п. 3.2. договора № 39 СиДВ от 17.09.2008 г., в связи с чем, по ее словам, и было заключено дополнительное соглашение от 01.06.2009 г. к договору № 39 СиДВ, которым из договора удалены противоречащие антимонопольному законодательству РФ условия договора (часть п. 3.2. договора и ссылка на п. 3.2 договора из п. 3.4.).

На основании изложенного Комиссия пришла к выводу о том, что договор

№ 39СиДВ, заключенный между ответчиками в г. Новосибирске 17.09.2008 года, как соглашение, которое может привести к разделу оптового рынка пива по ассортименту реализуемой продукции, является заведомо ограничивающим конкуренцию и запрещен антимонопольным законодательством (а именно, п.3 ч.1 ст. 11 ФЗ № 135-ФЗ «О защите конкуренции»). Таким образом, ответчики, заключив недопустимое в соответствии с антимонопольным законодательством РФ ограничивающее конкуренцию соглашение (договор), которое (ый) может привести к разделу оптового рынка пива по ассортименту реализуемой продукции, нарушили п. 3 части 1 статьи 11 ФЗ № 135-ФЗ от 26.07.2006 г. «О защите конкуренции».

Принимая во внимание тот факт, что ответчиками добровольно устранены признаки нарушения антимонопольного законодательства путем подписания 01.06.2009 г. дополнительного соглашения к договору № 39 СиДВ от 17.09.2008 г., на основании п.1 ч. 1 ст. 48 ФЗ № 135-ФЗ от 26.07.2006 г. «О защите конкуренции», дело подлежит прекращению.

В связи с изложенным, руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1 – 3 статьи 41, пунктом 1 части 1 статьи 48, частью 1 статьи 49 Федерального закона № 135-ФЗ от 26.07.2006 «О защите конкуренции»,

РЕШИЛА

1. Дело в отношении ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» и ООО «Рестарт Фуд» о нарушении пункта 3 части 1 статьи 11 Федерального закона № 135-ФЗ от 26.07.2006 «О защите конкуренции» путем заключения указанными лицами договора № 39СиДВ от 17.09.2008 г., который может привести к разделу оптового рынка пива по ассортименту реализуемых товаров, производством прекратить в связи с добровольным устранением ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» и ООО «Рестарт Фуд» нарушения антимонопольного законодательства.

2. Материалы дела № 02-01-21-11-09 передать уполномоченному лицу Новосибирского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении в порядке статьи 14.32 Кодекса РФ об административных правонарушениях.

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

Примечание. За невыполнение в установленный срок законного решения антимонопольного органа частью 2.6 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

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

Председатель Комиссии

А.А. Ельчанинов

Члены Комиссии

Н.Д. Бориленко

Е.П. Кучук