

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**  
**по делу об административном правонарушении**  
**№2404-ФАС52-04/16**

**29 декабря 2016 года**

**г. Нижний Новгород**

Резолютивная часть постановления оглашена 28.12.2016

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Нижегородской области Валитов Марат Ахметович, рассмотрев материалы дела №2404-ФАС52-04/16 об административном правонарушении, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 5 статьи 14.40 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), возбужденного в отношении директора ООО «Генерал Мороз» Н. (паспорт <...> ..., выдан ..., код подразделения: ...; место регистрации: ...; далее – Н.),

при участии Н. (паспорт)

**установил:**

23.12.2016 в отношении Н. составлен протокол об административном правонарушении, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 5 статьи 14.40 КоАП РФ.

Основанием для возбуждения указанного административного производства явились обстоятельства, установленные антимонопольным органом при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства №2062-ФАС52-04/16.

Как следует из материалов дела, структурные подразделения ГУФСИН России по Нижегородской области в целях обеспечения прав осужденных на приобретение продуктов питания передали в безвозмездное пользование ФГУП «Промсервис» ФСИН России помещения, закрепленные за учреждениями ФСИН России на праве оперативного управления. В целях реализации продовольственных товаров в исправительных учреждениях ГУФСИН России по Нижегородской области ООО «Генерал Мороз» заключило с ФГУП «Промсервис» ФСИН России договор комиссии от 26.04.2016 №ННГ.К-15.

Таким образом, в рамках указанного договора ООО «Генерал Мороз» осуществляло оптовую торговлю продовольственными товарами с торговой сетью ФГУП «Промсервис» ФСИН России на условиях комиссии.

На основании установленных фактических обстоятельств Нижегородским УФАС России возбуждено административное производство №2404-ФАС52-04/16 в отношении директора ООО «Генерал Мороз» Н. по части 5 статьи 14.40 КоАП РФ.

Определением от 26.12.2016 настоящее дело об административном правонарушении в отношении Н. назначено к рассмотрению на 28.12.2016 в 15 часов 15 минут.

В ходе рассмотрения дела Н. разъяснены права, предусмотренные статьей 25.1 КоАП РФ, отводов не заявлено.

На рассмотрении дела Н. пояснил, что фактические обстоятельства, изложенные в решении по делу о нарушении антимонопольного законодательства №2062-ФАС52-04/16, соответствуют действительности, однако не являются нарушением требований законодательства в сфере торговой деятельности. В обоснование указанной позиции привел следующие доводы.

До получения копии определения о назначении дела №2062-ФАС52-04/16 к рассмотрению ООО «Генерал Мороз» не предполагало, что ФГУП «Промсервис» ФСИН России осуществляет реализацию продовольственных товаров осужденным через магазины исправительных учреждений и, соответственно, может являться торговой сетью. Отгрузка товаров по договору комиссии от 26.04.2016 №ННГ.К-15 осуществлялась ООО «Генерал Мороз» на территории исправительных учреждений по разовым пропускам. Информацией о дальнейшей схеме реализации товаров, переданных ФГУП «Промсервис» ФСИН России, общество не располагало.

Договор комиссии от 26.04.2016 №ННГ.К-15 заключен по предложению ФГУП «Промсервис» ФСИН России. При этом предприятие настаивало на установлении

договорных отношений исключительно на условиях комиссии. Предложение ООО «Генерал Мороз» о заключении договора в иной форме было отвергнуто ФГУП «Промсервис» ФСИН России и ООО «Генерал Мороз», расценив предложение потенциального покупателя как экономически целесообразное, заключило договор комиссии от 26.04.2016 №ННГ.К-15.

Н. также указал на отсутствие умысла в действиях по заключению и исполнению рассматриваемого договора.

Резолютивная часть постановления объявлена немедленно по окончании рассмотрения дела 28.12.2016. На основании части 1 статьи 29.11 КоАП РФ составление мотивированного постановления откладывалось на один день.

**Заслушав доводы Н., изучив материалы дела, оценив имеющиеся доказательства, должностное лицо, рассматривающее настоящее дело, приходит к следующим выводам.**

Статьей 13 Федерального закона от 28.12.2009 №381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее – Закон о торговле) установлены антимонопольные правила для хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность, и хозяйствующих субъектов, осуществляющих поставки продовольственных товаров.

Пунктом 3 части 1 статьи 13 Закона о торговле (в ред. от 31.12.2014) для хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, и хозяйствующих субъектов, осуществляющих поставки продовольственных товаров в торговые сети, предусмотрен запрет на осуществление оптовой торговли с использованием договора комиссии или смешанного договора, содержащего элементы договора комиссии.

Как указывалось выше, ФГУП «Промсервис» ФСИН России, являющееся торговой сетью, и ООО «Генерал Мороз» заключили и исполняли договор от 26.04.2016 №ННГ.К-15, предмет которого – осуществление торговли продовольственными товарами на условиях комиссии.

Оценивая указанные действия, должностное лицо, рассматривающее дело, приходит к следующим выводам.

Согласно разделу 1 и приложению №2 к договору от 26.04.2016 №ННГ.К-15 его предметом является совершение сделок ФГУП «Промсервис» ФСИН России (Комиссионером) от своего имени, но за счет и по поручению ООО «Генерал Мороз» (Комитента), по продаже продовольственных товаров общества третьим лицам через магазины, расположенные на территории исправительных учреждений ГУФСИН России по Нижегородской области. Передаваемые товары остаются собственностью Комитента до момента их реализации Комиссионером. За выполнение поручения Комитент обязан ежемесячно уплачивать Комиссионеру вознаграждение в размере 25% от цены фактически реализованного товара (пункт 2.2 договора). Указанные условия договора от 26.04.2016 №ННГ.К-15 соответствуют признакам договора комиссии, указанным в статье 990 ГК РФ.

В соответствии с приложением №7 к рассматриваемому договору реализация

передаваемых Комиссионеру товаров осуществляется в 28 торговых объектах уголовно-исполнительной системы ГУФСИН России по Нижегородской области. Из чего следует, что на основании пункта 8 статьи 2 Закона о торговле ФГУП «Промсервис» ФСИН России является торговой сетью.

Согласно условиям рассматриваемого договора Комитент передает товары в целях их использования Комиссионером в предпринимательской деятельности. Соответственно, отношения, возникающие при исполнении такого договора, следует рассматривать в качестве осуществления деятельности по оптовой торговле.

Факт реализация договора комиссии от 26.04.2016 №ННГ.К-15 подтвержден документами, имеющимися в материалах дела №2062-ФАС52-04/16.

Таким образом, ООО «Генерал Мороз», осуществляя оптовую торговлю с торговой сетью на условиях договора комиссии, нарушило запрет, установленный пунктом 3 части 1 статьи 13 Закона о торговле (в ред. от 31.12.2014).

Довод Н. о том, что до получения копии определения Нижегородского УФАС России о назначении дела №2062-ФАС52-04/16 о нарушении антимонопольного законодательства к рассмотрению ООО ФГУП «Промсервис» ФСИН России магазины исправительных учреждений В материалах дела №2062-ФАС52-04/16 имеются достаточные доказательства того, что, заключая договор комиссии от 26.04.2016 №ННГ.К-15, ФГУП «Промсервис» ФСИН России осуществляет реализацию получаемых по названному договору продовольственных товаров непосредственно через магазины исправительных учреждений, поскольку приложение №7 «Список магазинов Комиссионера», являющееся неотъемлемой частью договора, содержит конкретный перечень таких торговых объектов, расположенных на территории исправительных учреждений, и указывает на их принадлежность ФГУП «Промсервис» ФСИН России. Кроме того, форма акта преданных на комиссию товаров, утвержденная сторонами договора в приложении №6, предусматривает, что данный документ составляется отдельно для каждого магазина, через который Комиссионер реализует товар Комитента. На каждом приложении стоит печать и подпись директора ООО «Генерал Мороз».

Указание Н. на то, что общество не имело возможности заключить с ФГУП «Промсервис» ФСИН России договор на иных условиях, отличных от договора комиссии, не свидетельствует об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства. В соответствии с частью 1 статьи 421 ГК РФ юридические лица свободны в заключении договора. Понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена настоящим Кодексом, законом или добровольно принятым обязательством. У ООО «Генерал Мороз» отсутствовала обязанность по заключению с ФГУП «Промсервис» ФСИН России договора на поставку (передачу) продовольственных товаров, в том числе на условиях комиссии. Кроме того, ответчиком не представлено каких-либо доказательств ведения с ФГУП «Промсервис» ФСИН России переговоров с целью установления договорных отношений в форме договора поставки продовольственных товаров.

С учетом изложенных фактических обстоятельств в рассматриваемом случае усматривается событие административного правонарушения по части 5 статьи 14.40 КоАП РФ.

Согласно статье 2.4 КоАП РФ административной ответственности подлежит должностное лицо в случае совершения им административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей.

Соблюдение антимонопольных правил в сфере торговой деятельности с позиции примечания к статье 2.4 КоАП РФ должен обеспечивать в том числе руководитель организации. Руководителем ООО «Генерал Мороз» является Н. (решение единственного участника ООО «Генерал Мороз» от 17.12.2014 №84 о назначении Н. на должность директора ООО «Генерал Мороз»). Кроме того, договор комиссии от 26.04.2016 №ННГ.К-15, а также документы, составленные в рамках его исполнения, подписаны указанным должностным лицом.

Административная ответственность должностного лица за исполнение договора комиссии, заключенного между хозяйствующим субъектом, осуществляющим торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, и хозяйствующим субъектом, осуществляющим поставки продовольственных товаров в торговые сети, закреплена частью 5 статьи 14.40 КоАП РФ.

Согласно части 1 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Таким образом, в действиях Н. имеется состав вмененного административного правонарушения.

В ходе рассмотрения дела об административном правонарушении №2404-ФАС52-04/16 разрешался вопрос о возможности применения к Н. статьи 2.9 КоАП РФ и освобождении данного лица от административной ответственности по малозначительности совершенного административного правонарушения.

На основании статьи 2.9 КоАП РФ при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченное решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

Малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений (пункт 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2005 №5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»).

Как разъяснил Высший Арбитражный Суд РФ в пункте 18 Постановления Пленума от 02.06.2004 №10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» (далее –

Постановление №10), при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

Квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях (пункт 18.1 Постановления №10).

Исходя из смысла статей 4, 13 Закона о торговле договорные отношения между хозяйствующими субъектами, осуществляющими деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, и хозяйствующими субъектами, осуществляющими поставки продовольственных товаров в торговые сети, являются предметом антимонопольного контроля, направленного на обеспечение условий справедливой конкуренции при доступе поставщиков продовольственных товаров к услугам торговых сетей. Наличие договора комиссии между хозяйствующими субъектами, одним из которых является торговая сеть, в силу своей правовой природы ограничивает доступ на товарный рынок по оптовой реализации продовольственных товаров иным хозяйствующим субъектам – потенциальным поставщикам аналогичных товаров.

По указанным мотивам должностное лицо, уполномоченное рассматривать данное дело, приходит к выводу об отсутствии оснований для признания совершенного правонарушения малозначительным.

Проверяя соблюдение гарантий прав лица, в отношении которого осуществляется производство по делу об административном правонарушении, должностное лицо, рассматривающее дело, приходит к выводу о том, что протокол об административном правонарушении и иные документы составлены в соответствии с процессуальными требованиями Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Срок привлечения Н. к административной ответственности не истек. Других обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении, также не установлено.

Согласно санкции части 5 статьи 14.40 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, за совершение рассматриваемого административного правонарушения может быть наложен штраф на должностное лицо в размере от десяти тысяч до пятидесяти тысяч рублей.

В соответствии с примечанием к статье 14.40 КоАП РФ административная ответственность, предусмотренная [частью 5](#) настоящей статьи, устанавливается в зависимости от степени вины хозяйствующего субъекта, осуществляющего торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, и хозяйствующего субъекта, осуществляющего поставки продовольственных товаров в торговые сети.

С учетом наличия смягчающего обстоятельства, предусмотренного пунктом 7 части 1 статьи 4.2 КоАП РФ (добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении лицом, совершившим административное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим

государственный контроль), и отсутствия обстоятельств, отягчающих административную ответственность, штраф назначается в минимальном размере и составляет десять тысяч рублей.

Основание для замены административного наказания в виде штрафа предупреждением в соответствии со статьей 4.1.1 КоАП РФ отсутствует, поскольку ни из единого реестра субъектов малого и среднего предпринимательства, размещенного на официальном сайте уполномоченного органа, ни из материалов административного дела не следует, что ООО «Генерал Мороз» является субъектом малого или среднего предпринимательства.

На основании изложенного заместитель руководителя Нижегородского УФАС России, руководствуясь статьями 23.48, 26.11, 29.9 - 29.11 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

**ПОСТАНОВИЛ:**

1. Признать Н. (паспорт <...> ..., выдан ..., код подразделения: ...; место регистрации: ...; далее – Н.) виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое установлена частью 5 статьи 14.40 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях;

2. Назначить Н. административное наказание в виде административного штрафа в размере 10 000 (десять тысяч) рублей.

В соответствии с пунктом 3 части 1 и частью 3 статьи 30.1, частью 1 статьи 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях настоящее постановление может быть обжаловано в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в районный суд в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

Предложить Н. в 10-дневный срок после уплаты штрафа представить в Управление Федеральной антимонопольной службы по Нижегородской области копию платежного документа с сопроводительным письмом о выполнении настоящего постановления.

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 Кодекса РФ об административных правонарушениях штраф должен быть уплачен не позднее 60 дней со дня вступления постановления о наложении штрафа в законную силу.

В соответствии с частью 1 статьи 20.25 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях неуплата административного штрафа в срок, предусмотренный данным Кодексом, влечет административную ответственность.

Приложение: квитанция.

**Заместитель руководителя**

**М.А. Валитов**