

# Изменения антимонопольного законодательства заставят участников дистрибьюторских соглашений играть по новым правилам

- Может ли дистрибьютор товара составить конкуренцию его производителю
- Чем невыгоден для участников дистрибьюторского договора «третий антимонопольный пакет»
- Когда закон позволяет включать в дистрибьюторский договор любые условия



**Большаков Евгений Александрович,**  
старший юрист практики антимонопольного права адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»  
[evgeny\\_bolshakov@epam.ru](mailto:evgeny_bolshakov@epam.ru)

**Д**истрибьюторский договор — наиболее востребованная на сегодняшний день форма взаимодействия производителей товаров и компаний, которые их реализуют. Причем дистрибьюторская схема широко используется и российскими, и зарубежными организациями при осуществлении торговой деятельности.

Правда, при заключении подобного рода договоров часто возникают «накладки»: участники дистрибьюторского догово-

ра при его составлении учитывают в первую очередь стоящие перед ними бизнес-задачи, а вот антимонопольные запреты анализируют по остаточному принципу.

Между тем с точки зрения антимонопольного регулирования дистрибьюторские отношения всегда были и остаются одним из наиболее сложных и спорных вопросов. Более того, после вступления в силу так называемого «третьего антимонопольного пакета»<sup>1</sup> законодательство подверглось значительным

изменениям, что еще более запутало и так непростою ситуацию.

Насколько существенный характер носят данные изменения применительно к дистрибьюторским отношениям и как они могут повлиять на правила взаимодействия производителей и дистрибьюторов — этим вопросам и посвящена данная статья.

На мой взгляд, целесообразно заострить внимание на вопросах, которые не разрешались в принципе или не в полной мере покрывались ранее действовавшим законодательством, а затем оценить внесенные изменения уже через призму поставленных проблем.

### **Антимонопольное законодательство не позволяет однозначно отнести дистрибьюторский договор к вертикальным соглашениям**

Любой дистрибьюторский договор содержит элемент договора поставки. До внесения поправок в Закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) это часто рассматривалось как достаточное основание для характеристики дистрибьюторского договора как вертикального соглашения.

В то же время в тексте прежней редакции Закона о защите конкуренции помимо указанного критерия был назван и еще один — между сторонами соглашения отсутствует конкуренция.

**ЦИТАТА.** «Вертикальное» соглашение — соглашение 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 Закона о защите конкуренции).

С формальной точки зрения такой критерий, как отсутствие конкуренции между сторонами договора, действительно позволяет отграничить картельные (горизонтальные) соглашения от вертикальных. Однако прежняя редакция все же оставляла как минимум два неразрешенных вопроса, а именно:

- о каком товарном рынке идет речь при исследовании наличия или отсутствия конкуренции;
- являются ли конкуренцией по смыслу указанной нормы ситуации, когда производитель наряду с продажами в адрес дистрибьютора осуществляет прямые продажи.

Что касается первого вопроса, то и прежнее, и новое законодательство оставляют его без ответа. На практике сформировалось понятие «соответствующего товарного рынка» как рынка товара, являющегося предметом договора, или связанного с ним рынка. Однако отсутствие четких ориентиров в законе все равно оставляет возможность различной трактовки данного понятия, в том числе и не в пользу хозяйствующих субъектов.

Решение второго вопроса (о конкуренции сторон дистрибьюторского договора) является еще более сложной задачей, чем ответ на первый вопрос. Дело в том, что в тексте дистрибьюторских соглашений часто содержится указание на то, что производитель сохраняет за собой право осуществлять прямые продажи на соответствующей территории. И, как правило, такие продажи действительно имеют место. Но находятся ли в этом случае производитель и его дистрибьютор в состоянии конкуренции?

**ЦИТАТА.** «Конкуренция — соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них

1 Федеральный закон от 06.12.2011 № 401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции” и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке» (п. 7 ст. 4 Закона о защите конкуренции).

Логическое толкование приведенной нормы показывает, что производитель и его дистрибьютор в принципе не могут находиться в состоянии конкуренции в отношении приобретаемого дистрибьютором товара. Например, в случае, если на рынке функционируют только один производитель и его дистрибьюторы, решение первого о переходе к модели прямого сбыта полностью устранило конкуренцию.

Иными словами, односторонними действиями производителя конкуренция в такой ситуации может быть полностью ликвидирована. С учетом этого о конкурировании разумно говорить в ситуации, когда каждый из экономических субъектов имеет независимый источник получения конкурирующего товара.

### **Соглашения с дистрибьюторами, осуществляющими прямые продажи, российские суды не всегда относят к «вертикальным» соглашениям**

В европейском законодательстве понятие «конкурирования» имеет четкие границы. В частности, пункт 4 статьи 2 Резолюции Еврокомиссии № 330/2010 от 20.04. 2010 разделяет конкурирование на уровне продавца и на уровне производителя. При этом соглашение рассматривается как вертикальное и подпадает под все применимые изъятия, если производитель производит и самостоятельно продает товар, а дистрибьютор занимается лишь продажами и не является изготовителем взаимозаменяемого товара.

Между тем в российской практике данный вопрос трактуется однобоко<sup>2</sup>.

**ПРАКТИКА.** Производитель товара (муки) заключил с покупателем договор, согласно которому

последний приобретал муку по льготным ценам и имел право реализовать ее в пределах региона и с учетом скидок для отдельных категорий покупателей. Регион реализации и размеры скидок были императивно определены производителем. Управление ФАС России расценило данное соглашение как нарушающее антимонопольное законодательство (соглашение хозяйствующих субъектов, ограничивающее конкуренцию) и вынесло предписание об устранении и недопущении нарушений. Производитель и дистрибьютор обжаловали указанное предписание в арбитражный суд, указав, что заключенное между ними соглашение является «вертикальным».

Однако суды первой, апелляционной и кассационной инстанций в удовлетворении заявления отказали, встав на сторону антимонопольного органа. Обосновали они данную позицию тем, что покупатель приобретал товар не для собственного употребления или переработки, а для последующей реализации третьим лицам. Это значит, что покупатель, так же как и производитель, выступал на рынке реализации товара в качестве продавца и являлся прямым конкурентом производителя. Суды решили, что при таких обстоятельствах заключенный между сторонами договор не соответствует критериям «вертикального» соглашения, поскольку в нем есть элемент конкуренции контрагентов (п. 19 ст. 4 Закона о защите конкуренции)<sup>3</sup>.

Последствием вынесения судебных решений с выводами, аналогичными приведенным, может стать распространение всех запретов, предусмотренных для картельных соглашений (ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции), на соглашения производителей и дистрибьюторов независимо от доли данных участников на рынке.

Изменения, внесенные в антимонопольное законодательство, должны были существенно скорректировать сложившуюся ситуацию. Действительно, понятие «вертикального» соглашения в статье 4 было кардинально изменено: «вертикальным» отныне является соглашение хозяйствующих субъектов,

один из которых приобретает товар, а другой предоставляет (продает) товар. Других критериев не предусмотрено, поэтому согласно новой редакции закона любой дистрибьюторский договор, безусловно, является вертикальным соглашением.

**ЦИТАТА.** «Вертикальное» соглашение — соглашение между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет (продает) товар. Не является «вертикальным» соглашением агентский договор» (п. 19 ст. 4 Закона о защите конкуренции).

Однако снимает ли это риски распространения на вертикальные соглашения запретов, которые касаются заключения картельных соглашений (ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции)?

Ответ — нет, поскольку вместе с процитированной статьей 4 «третьим антимонопольным пакетом» были внесены серьезные изменения и в статью 11 Закона о защите конкуренции. Норма части 1.1 статьи 11 о неприменимости запретов части 1 к вертикальным соглашениям (она была введена «вторым антимонопольным пакетом») исключена из структуры статьи. Часть 1 теперь устанавливает запреты для всех соглашений конкурентов, а часть 2 — для вертикальных соглашений.

Очевидно, что в рамках новой редакции закона данные понятия являются пересекающимися, и формально на соглашения продавцов и покупателей (вертикальные), каждый из которых продает на рынке (конкуренты на уровне продажи), могут распространяться все запреты, установленные частью 1 статьи 11 закона.

## Существенным критерием допустимости любого вертикального соглашения является недостижение каждой из его сторон порога в 20% на товарном рынке

### **Доля каждой компании на рынке реализации товара «диктует условия» для сторон дистрибьюторского договора**

Существенным критерием допустимости любого вертикального соглашения является недостижение каждой из его сторон порога в 20 процентов на товарном рынке (ст. 12 Закона о защите конкуренции). Если все участники соглашения отвечают этому критерию, то в дистрибьюторский договор можно включить любые условия, в том числе и находящиеся под безусловным запретом (например, установить для дистрибьютора цену перепродажи). Но, несмотря на сказанное, приходится констатировать, что на практике в большинстве случаев продолжают действовать все запреты без исключения.

Обычно производитель имеет нескольких дистрибьюторов и речь идет не об одном, а о системе договоров. В практике ФАС России и судебной практике был очень распространен подход, согласно которому действия в рамках вертикальных соглашений трактовались антимонопольным органом как координация<sup>4</sup>. Прежняя редакция закона понимала под координацией согласование одним лицом действий других хозяйствующих субъектов, которые приводят к запрещенным последствиям, в частности:

- не обоснованному отказу от заключения договоров с определенными продавцами либо покупателями (заказчиками);

2 См., напр.: постановление ФАС Поволжского округа от 19.10.2011 по делу № А79-9164/2010.

3 Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 19.01.2012 по делу № А63-929/2011.

4 См., напр.: постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 16.12.2010 по делу № А33-1952/2010.

- навязыванию контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора;
- экономически и иным образом не обоснованному установлению различных цен (тарифов) на один и тот же товар;
- сокращению или прекращению производства товаров, на которые имеется спрос либо на поставки которых размещены заказы при возможности их рентабельного производства;
- созданию препятствий к доступу на товарный рынок или выходу из него другим хозяйствующим субъектам (ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции).

Таким образом, при наличии двух или более дистрибьюторских соглашений их оценка с точки зрения антимонопольных нарушений осуществлялась независимо от доли хозяйствующего субъекта на рынке. В этой части изменения, внесенные «третьим антимонопольным пакетом», носят крайне существенный характер. Теперь в законе прямо предусмотрено, что действия, совершаемые по вертикальному соглашению, не являются координацией.

**ЦИТАТА.** «Координация экономической деятельности — согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов и не осуществляющим деятельности на товарном рынке, на котором осуществляется согласование действий хозяйствующих субъектов. Не являются координацией экономической деятельности действия хозяйствующих субъектов, осуществляемые в рамках «вертикальных» соглашений» (п. 14 ст. 4 Закона о защите конкуренции).

Таким образом, формулировка приведенной нормы позволяет утверждать, что при недостижении участниками дистрибьюторского договора «критической» доли в 20% на товарном рынке в такой договор можно включить любые условия.

### Установление рекомендуемых цен по-прежнему остается рискованным

Прежняя редакция Закона о защите конкуренции налагала безусловный запрет на установление цены перепродажи, а также ограничивала право продавать товары конкурентов. Единственное внесенное «третьим антимонопольным пакетом» изменение в части запретов «per se» касается допустимости установления максимальной цены перепродажи.

Несмотря на очевидную либерализацию, представляется, что воспользоваться этим положением в полной мере в контексте обратной силы смогут немногие. Все же включение в договор положений, прямо нарушающих законодательство, являлось существенным риском.

Однако с принятием очередных поправок в Закон о защите конкуренции сложности в трактовке куда более распространенного условия — рекомендованных цен — сохранились, к сожалению, в полном объеме, и риски, связанные с предложением рекомендаций по ценам, остаются существенными.

Стоит отметить, что перечень запретов на «вертикальные» соглашения отнюдь не исчерпывается формальными запретами, установленными в части 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

**ЦИТАТА.** «Запрещаются «вертикальные» соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением «вертикальных» соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со статьей 12 настоящего Федерального закона), если:

- такие соглашения приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением случая, если продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи товара;
- такими соглашениями предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар

хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца. Данный запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя» (ч.2 ст. 11 Закона о защите конкуренции).

На участников дистрибьюторского договора распространяются также и все запреты для случаев, когда такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции (ч. 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции).

Между тем для «вертикальных» соглашений, которые и прежде квалифицировались по части 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции, ситуация существенно не изменилась. Для того чтобы изменение было не формальным, а существенным, требуется пересмотр стандартов доказывания соглашений, которые приводят или могут привести к ограничению конкуренции.

Раньше, рассматривая споры о нарушении «вертикальными» соглашениями установленных законом (в прежней редакции) запретов, представители органов ФАС России останавливались на указании на то, что спорное условие ограничивает конкуренцию. А подробного и глубокого анализа объективных проявлений такого ограничения проверяющие органы не проводили.

Если же, основываясь на новой редакции Закона о защите конкуренции, органы ФАС России выявят, что соглашение могло привести, например, к навязыванию условий договора, а также укажут, что это могло ограничить конкуренцию, то сама по себе такая оговорка никак существенно не сможет повлиять на ситуацию и просто лишит поправки своего практического правового значения.

## Теперь в законе прямо предусмотрено, что действия, совершаемые по вертикальному соглашению, не являются координацией

Более того, законодатель в некотором смысле даже расширил перечень запретов для дистрибьюторского договора, поскольку прямо конкретизировал и указал, какие условия однозначно следует рассматривать как имеющие признаки ограничения конкуренции.

Безусловно, одним из наиболее существенных практических изменений законодательства является необходимость проводить анализ рынка при рассмотрении дел о нарушениях, которые были исключены из картельных соглашений (ч. 1 ст. 11) и теперь отражены в части 4 той же статьи 11 (иные соглашения, приводящие или могущие привести к ограничению конкуренции на товарном рынке).

В завершение статьи хотелось бы отметить еще два момента.

Во-первых, сейчас даже признание дистрибьюторского договора запрещенным соглашением не ставит руководителей компаний под угрозу уголовной ответственности. Такая ответственность может наступить только при заключении хозяйствующими субъектами — конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля) (ч. 1 ст. 178 Уголовного кодекса РФ).

Во-вторых, как показывает анализ изменений антимонопольного законодательства, по-прежнему сохраняется множество сложных и нерешенных вопросов. Будем надеяться, что сложности, частично выделенные и рассмотренные в настоящей статье, будут разрешены либо в рамках «четвертого антимонопольного пакета», либо посредством постепенной выработки однозначного подхода в правоприменительной практике. **АП**