

# Опасные условия дистрибьюторских соглашений. Случаи когда есть риск получить предписание ФАС

**Основной вопрос:** всегда ли условия, предписывающие дистрибьютору перепродажные цены, ограничивающие его территорию продаж и запрещающие торговлю продукцией конкурентов, признаются нарушающими закон о защите конкуренции?

**Решение:** это зависит от целого ряда обстоятельств. Во-первых, под запреты подпадают только условия соглашений, которые заключаются с независимыми дистрибьюторами, а не с собственной дистрибьюторской сетью. Во-вторых, для многих запретов предусмотрены исключения.

Часто при выводе своей продукции на рынок производители полагаются на опыт дистрибьюторов. Однако при составлении дистрибьюторских соглашений необходимо учитывать особые запреты и ограничения, установленные Федеральным законом от 26.07.06 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – закон № 135-ФЗ). Ответственность за их нарушение может быть очень существенной (ст. 14.32 КоАП РФ), причем она может грозить обеим сторонам дистрибьюторского договора. В этой статье рассматриваются самые рискованные условия дистрибьюторских соглашений с учетом практики антимонопольных органов и судебной практики.



**Михаэль Хартлебен,**  
юрист АБ «Егоров, Пугинский,  
Афанасьев и партнеры»



**Александра Лысова,**  
юрист АБ «Егоров, Пугинский,  
Афанасьев и партнеры»

## Под запреты закона № 135-ФЗ подпадает не всякий дистрибьюторский договор

В российском законодательстве нет понятия «дистрибьюторский договор» или «дилерский договор». Поэтому данное понятие у нас используется условно для обозначения отношений по передаче товара от производителя конечным потребителям через профессионального продавца (дистрибьютора, дилера). Что касается юридической стороны, то на практике суды в зависимости от условий конкретных дистрибьюторских соглашений чаще всего квалифицируют их как агентские (постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 09.03.10 по делу

№ А45-7657/2008) или как договоры купли-продажи (постановление ФАС Уральского округа от 05.12.11 по делу № Ф09-7787/11), поставки (постановление ФАС Центрального округа от 01.04.11 по делу № А09-4046/2010) либо смешанные договоры с элементами агентирования, поставки и других договоров (постановление ФАС Поволжского округа от 03.08.11 по делу № А55-26891/2009).


Однако в целях оценки антимонопольных рисков нас интересуют только такие дистрибьюторские договоры, которые подпадают под понятие «вертикального» соглашения, содержащегося в законе № 135-ФЗ. Это соглашения между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет (продает) товар (ч. 19 ст. 4 закона № 135-ФЗ). В этой же норме прямо указано, что агентский договор не относится к «вертикальным» соглашениям. Поэтому на дистрибьюторские договоры, которые по сути являются агентскими, не распространяются ограничения, предусмотренные антимонопольным законодательством для «вертикальных» соглашений.

Необходимо отметить, что после вступления в силу третьего антимонопольного пакета понятие «вертикального» соглашения изменилось. Теперь к «вертикальным» относятся также соглашения между хозяйствующими субъектами – конкурентами. Таким образом, нужно рассматривать в качестве «вертикального» соглашения договор, заключенный между дистрибьютором и производителем товара (поставщиком), который самостоятельно осуществляет реализацию товара на том же рынке, что и дистрибьютор (например, имеет еще и собственную дистрибьюторскую сеть).

## Применение ограничений зависит от системы дистрибуции

Дистрибуция может осуществляться непосредственно самим производителем, в том числе через собственную систему дистрибьюторов (которые входят в одну группу с производителем), а также опосредованно – через независимых дистрибьюторов. Запреты и ограничения, установленные законом № 135-ФЗ, применяются в зависимости от особенностей системы дистрибуции. Например, к интегрированной дистрибуции (то есть когда дистрибьюторы входят в группу производителя) не применяются запреты на антиконкурентные соглашения, согласованные действия и координацию экономической деятельности. Статьями 11, 11.1 закона № 135-ФЗ предусмотрено, что такие запреты не распространяются на внутригрупповые соглашения, если есть контроль одной стороны соглашения над другой или стороны находятся под контролем третьего лица. Контролем считается прямое или косвенное распоряжение более чем 50 процентами голосующих акций (долей) юридического лица или осуществление функций исполнительного органа юридического лица. Поэтому вертикально интегрированные компании, по сути, обладают безграничной свободой при разработке своих дистрибьюторских систем.

Если же для вывода продукции на рынок производители привлекают независимых дистрибьюторов, то ограничения, предусмотренные законом № 135-ФЗ,

 В начале 2012 года вступили в силу Федеральный закон от 06.12.11 № 401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции” <...>» и Федеральный закон от 06.12.11 № 404-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс РФ об административных правонарушениях», которые еще на стадии проектов получили неофициальное название «третий антимонопольный пакет».

## Договорная работа

применяются к таким дистрибьюторским соглашениям в случаях, когда эти соглашения не признаются допустимыми в соответствии со статьями 12 или 13 закона № 135-ФЗ.

Запреты антиконкурентных соглашений не применяются к договорам коммерческой концессии (ч. 1 ст. 12 закона № 135-ФЗ) и к «вертикальным» соглашениям между хозяйствующими субъектами, «доля которых на любом товарном рынке не превышает 20 процентов» (ч. 2 ст. 12 закона № 135-ФЗ). Представляется, что для применения исключения, предусмотренного частью 2 статьи 12 закона № 135-ФЗ, должна учитываться доля на том товарном рынке, который затрагивает соответствующее соглашение. Этот вывод подтверждает практика: при принятии решения о наличии признаков ограничения конкуренции (ст. 11 закона № 135-ФЗ) антимонопольный орган учитывает долю участников соглашения на рынке того товара, в отношении которого оно заключено (постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 19.09.11 по делу № А19-23635/10).

### Рискованные условия дистрибьюторских соглашений

Третий антимонопольный пакет не внес существенных изменений в перечень запрещенных «вертикальных» соглашений. К ним по-прежнему относятся соглашения об установлении цены перепродажи товара и об отказе покупателя от продажи товаров конкурентов продавца (ч. 2 ст. 11 закона № 135-ФЗ). Сохраняется запрет на «иные соглашения», которые приводят или могут привести к ограничению конкуренции. В части 4 статьи 11 закона № 135-ФЗ перечислены примерные виды таких соглашений, но этот перечень не является закрытым.

### Особое условие договора о действии антимонопольных ограничений

**Действие ограничений в отношении отдельных условий «вертикального» соглашения зависит от того, какую долю на товарном рынке занимают стороны этого соглашения.**

Если у каждой из сторон «вертикального» соглашения доли на товарном рынке не превышают 20 процентов, то соглашение не подпадает под ограничения антимонопольного законодательства. Это исключение предусмотрено в части 2 статьи 12 закона № 135-ФЗ. Однако и в этих случаях риски не исключаются полностью. Если есть вероятность, что в период действия соглашения доля одной из сторон или обеих сторон на товарном рынке увеличится, то нужно учитывать, что в таком случае соглашение (при наличии в нем условий, нарушающих запреты: об определении цены перепродажи товара, об ограничении территории продаж для дилера и т. д.) перестанет быть допустимым. С учетом

этого риска при заключении допустимых соглашений желательно дополнять их особым пунктом, согласно которому определенные условия соглашения (относящиеся к ограничениям цены, территории продаж и т. д.) вступают в силу, только если каждая из сторон соглашения владеет долей рынка, не превышающей 20 процентов на соответствующем товарном рынке. Если доля какой-либо стороны на товарном рынке превысит 20 процентов, то действие вышеуказанных условий должно быть временно приостановлено до обсуждения новых положений. Условие о приостановке действия таких условий в случае превышения доли на товарном рынке можно также временно включить в договор.


Перечень признаков ограничения конкуренции, который содержится в части 17 статьи 4 закона № 135-ФЗ, также не изменился в части, применимой к соглашениям хозяйствующих субъектов.

**Установление цены перепродажи.** Запрещаются «вертикальные» соглашения между хозяйствующими субъектами, если такие соглашения приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением установления продавцом для покупателя максимальной перепродажной цены (ч. 2 ст. 11 закона № 135-ФЗ).

Таким образом, в отношении минимальных и фиксированных цен перепродажи, установленных производителем, закон остается на стороне дистрибьюторов. Дистрибьюторские соглашения, которые приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара (за исключением максимальной), могут быть признаны нарушающими антимонопольное законодательство.

На первый взгляд закон № 135-ФЗ все-таки позволяет устанавливать минимум ограничений цены перепродажи, **учитывая наличие в нем положения о допустимости некоторых действий и соглашений (ст. 13 закона № 135-ФЗ)**. Но при этом надо учитывать право Правительства РФ конкретизировать случаи допустимости соглашений, которые соответствуют условиям пунктов 1 и 2 части 1 статьи 13 закона № 135-ФЗ (ч. 2 ст. 13 закона № 135-ФЗ). На сегодняшний день это право реализовано, в частности, в Общих исключениях в отношении соглашений между покупателями и продавцами, утвержденных постановлением Правительства РФ от 16.07.09 № 583 (далее – Общие исключения). Общие исключения уменьшают возможность ограничения цен. Согласно подпункту «а» пункта 2 Общих исключений, дистрибьютор должен иметь право устанавливать такие цены перепродажи, какие он сочтет уместными. С учетом этого положения устанавливающие минимальные и фиксированные цены перепродажи являются недействительными.

Необходимо отметить, что практика применения антимонопольными органами и арбитражными судами нормы о запрете на ограничение цен достаточно противоречива. Так, **в решении от 31.05.12 по делу № 1 11/132-11** комиссия ФАС России пришла к выводу, что, несмотря на наличие в дилерском договоре положения о реализации дилером продукции по согласованным с производителем ценам, отсутствуют доказательства, подтверждающие возможные факты такого согласования. В связи с чем факт нарушения соответствующего положения закона № 135-ФЗ нельзя считать установленным. Схожие выводы отражены в решении ФАС от 06.03.12 по делу № 1 11/112-11. Но есть и противоположные примеры, когда антимонопольный орган признает нарушением запрета на установление в «вертикальном» соглашении перепродажных цен ситуации, в которых такое условие в договоре не выражено прямо, а завуалировано (постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 16.05.11 по делу № А19-16455/10). В частности, цена, по которой товар передается самому дилеру, устанавливается из расчета некой базовой цены, в результате чего дилер фактически находится в зависимости от этой базовой цены и не может продавать своим покупателям по цене ниже базовой.

 Соглашение, которое содержит условия, ограничивающие конкуренцию, в том числе о перепродажных ценах, может быть признано допустимым, если оно не дает возможности отдельным сторонам устранить конкуренцию на рынке, не налагает ограничения на участников или третьи стороны, которые не служат целям таких соглашений. А также если соглашения ведут или могут привести к техническому, экономическому прогрессу либо повышению конкурентоспособности товаров российского производства на мировом товарном рынке, либо получению покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным сторонами соглашения в результате этих сделок (ч. 1 ст. 13 закона № 135-ФЗ).

## Договорная работа


**Ограничение территории дистрибуции.** По общему правилу ограничение территории деятельности дистрибьютора «вертикальным» соглашением нарушает часть 4 статьи 11 закона № 135-ФЗ, так как это приводит к отказу хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке. Это является одним из признаков ограничения конкуренции. Но из этого правила возможны исключения.

Так, допускается условие о запрете дистрибьютору продавать товар на территории, на которой другой покупатель (дистрибьютор) или сам производитель уже продает подобный товар (п. 2 Общих исключений). Эта территория должна быть указана в договоре. Но в связи с достаточно большими ограничениями в применении Общих исключений (ч. 1 ст. 13 закона № 135-ФЗ, п. 1 Общих исключений), если стороны все же намереваются заключить соглашение, устанавливающее определенную территорию для дистрибьютора, лучше для минимизации риска обратиться в антимонопольный орган с заявлением о проверке соответствия проекта этого соглашения требованиям законодательства (ч. 1 ст. 35 закона № 135-ФЗ).

Кроме того, территориальные ограничения деятельности допустимы в лицензионных договорах (п. 3 ст. 1235 ГК РФ). На практике возникают ситуации, когда производитель предоставляет дистрибьютору неисключительную лицензию на использование торговых марок только в связи с упаковкой, продвижением, распространением и продажей товара на определенной территории. Это приводит к ограничению территории, на которой дистрибьютор вправе осуществлять реализацию товара. Однако необходимо учитывать, что если передаваемый по лицензионному договору результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации подлежит государственной регистрации, то предоставление права использования такого результата или такого средства по лицензионному договору тоже подлежит государственной регистрации, иначе он является недействительным (ч. 2 ст. 1235 ГК РФ).


Поскольку реализация продукции через дилерскую сеть все равно чаще всего строится по территориальному принципу, в случаях, когда нет оснований для применения исключений из запрета, часто производители (поставщики) пытаются формально обойти этот запрет. В таких ситуациях они не включают в дилерские договоры условие о конкретной территории продаж для каждого дилера, а также о запрете осуществлять продажи на других территориях, но неформально соответствующие договоренности имеются. Необходимо иметь в виду, что при наличии доказательств того, что производитель (поставщик) осуществляет такую политику и фактически ограничивает территорию деятельности дилера, это может быть признано запрещенной координацией экономической деятельности (ч. 5 ст. 11 закона № 135-ФЗ). Например, в одном деле комиссия ФАС России пришла к соответствующим выводам на основании того, что территориальные зоны каждого дилера были указаны на сайте поставщика товаров, а также на основании доказанных фактов того, что поставщик рассылал потенциальным конечным покупателям продукции письма с уведомлениями

### Nota bene!


 Если договор содержит положение об ограничении территории, то доводом в пользу отсутствия нарушения законодательства может стать то, что фактически дистрибьютор это условие не выполнял, то есть осуществлял продажи и на других территориях (решения комиссии ФАС России от 13.04.12 по делу № 111/129-11, от 31.05.12 по делу № 111/132-11).

о том, что на конкретной территории они могут приобретать продукцию лишь у конкретных дилеров, в противном случае он не гарантирует поставки и последующее техническое обслуживание продукции (решение комиссии ФАС России от 31.05.12 по делу № 1 11/132-11).

**Запрет на реализацию продукции конкурентов.** Запрет для дистрибьютора на торговлю товарами конкурентов – одно из распространенных положений дистрибьюторских договоров. Но такое условие нарушает антимонопольное законодательство (п. 2 ч. 2 ст. 11 закона № 135-ФЗ). Правда, есть исключение: запрет на это условие не распространяется на соглашения об организации дистрибьютором продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя. Однако для уменьшения риска признания условия о запрете продажи товаров конкурентов, нарушающим антимонопольное законодательство, нужно, чтобы это средство индивидуализации было зарегистрировано, у самого поставщика (производителя) имелись законные права на соответствующее средство индивидуализации, а также был заключен и зарегистрирован договор о предоставлении дистрибьютору права его использования. Кроме того, лучше прямо указывать в дистрибьюторском договоре, что дистрибьютор реализует товары под конкретными товарными знаками. Без соблюдения этих условий антимонопольный орган скорее всего сочтет, что оснований для применения исключения нет.

Например, в одном деле компания-поставщик входила в одну группу лиц с производителем товаров и занималась реализацией этих товаров через дилеров (по сути, она являлась генеральным дистрибьютором). Все дилерские договоры содержали условие о том, что дилер обязуется не представлять без письменного согласия поставщика ни одну фирму, а также не реализовывать продукцию фирм, являющихся конкурентами поставщика. По мнению антимонопольного органа, это условие нарушало закон № 135-ФЗ, но поставщик ссылался на то, что дилеры продавали соответствующие товары под товарным знаком производителя. Однако территориальное управление ФАС России с этим доводом не согласилось. Во-первых, в дилерских договорах было указано, что дилерам предоставляется право использовать товарные знаки группы лиц (в которую входил производитель товаров и поставщик), однако сами товарные знаки конкретизированы не были. Во-вторых, поставщик не представил доказательств, что он сам обладает какими-либо правами на товарные знаки. В-третьих, не было доказательств, что дилерам передавались какие-либо права на товарные знаки (лицензионные договоры поставщик не представил, а сам дилерский договор не мог быть расценен в этом качестве, так как он не конкретизировал эти товарные знаки и не был зарегистрирован в Роспатенте). Компания-поставщик пыталась оспорить решение территориального управления ФАС России, но потерпела неудачу: первая и апелляционная инстанции поддержали позицию антимонопольного органа (решение комиссии ФАС России по делу № 1 11/112-11 от 03.04.12, решение Арбитражного суда города Москвы от 27.08.12, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 05.12.12 по делу № А40-79104/12). 

## Nota bene!

 Поводом к возбуждению дела об административном правонарушении является вступление в силу решения комиссии антимонопольного органа, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства (ч. 1.2 ст. 28.1 КоАП). То есть до принятия такого решения комиссией компания не может быть привлечена к ответственности за нарушение запретов антимонопольного законодательства. Причем до принятия решения комиссией стороны могут договориться об исключении спорных условий из договора, в этом случае есть шанс на прекращение рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства (п. 1 ч. 1 ст. 48 закона № 135-ФЗ).