УДК 346.546

Шокуров Денис Владимирович – аспирант Хабаровского государственного университета экономики и права (г. Хабаровск). *E-mail: admmax@yandex.ru*

Д.В. Шокуров
D.V. Shokurov

Дистрибьюторский договор как правовая форма вертикальных ограничений

В статье рассматривается дистрибьюторский договор с точки зрения наличия в нем вертикальных ограничительных условий, влияющих на конкуренцию на товарном рынке. Анализируются предусмотренные российским антимонопольным законодательством запреты на антиконкурентные условия в вертикальных соглашениях, практика применения данных запретов, а также возможные исключения. Приводится сравнительный анализ положений антиконкурентного права России, Евросоюза и США в части запрета на установление цены перепродажи товара. Уделено внимание отдельным недостаткам текущего антимонопольного законодательства и обозначены пути его дальнейшего совершенствования. Исследование российской и зарубежной правоприменительной практики приводит к выводу о необходимости развития и совершенствования подзаконных нормативных актов, подробно регламентирующих анализ и критерии оценки антимонопольными органами дистрибьюторских и иных соглашений.

Distribution agreement as the legal form of vertical restraints

The article considers distribution agreements concerning the inclusion of vertical restrictions in the agreements whichaffect competition in the market. It analyses prohibitions on anticompetitive contract terms stipulated in Russian antimonopoly legislation, the practice for the application of the prohibitions as well as exemptions from them. The provisions of the Russian competition law regarding prohibition of resale price maintenance are compared with the similar provisions of the competition law in the EU and the competition law in the US. Consideration has been given to some deficiencies in the current Russian antimonopoly law and the ways to improve it are outlined. Russia and other countries law enforcement research leads to the conclusion that there is a need for developing and improving ofsublegislative regulatory provisions to provide detailed regulation of the analysis and evaluating of distribution and other agreements by the competition agencies.

Ключевые слова: *дистрибьюторский договор, вертикальные ограничения, антимонопольное право.*

Keywords: d*istribution agreement, vertical restrictions, antimonopoly law.*

Одной из наиболее распространенных договорных конструкций, используемой в российском и зарубежном коммерческом обороте, является договор дистрибьюции. Существенной чертой, отличающей данный договорный тип от договоров, предусмотренных гл. 30 ГК РФ, является наличие условий об обязательствах дистрибьютора по продвижению и реализации товаров, полученных от поставщика. Типовой дистрибьюторский контракт, разработанный Международной торговой палатой [1], в число таких условий включает обязанности дистрибьютора по созданию сети сбыта полученных от поставщика товаров, их рекламированию среди населения, организации послепродажного обслуживания. Кроме того, дистрибьюторский договор может содержать условия о границах территории деятельности дистрибьютора, ценах перепродажи товаров, запрете сторон заключать аналогичные договоры с третьими лицами.

Далеко выходя за рамки предусмотренного ГК РФ договора поставки, договор дистрибьюции, по словам В.А. Масловой, позволяет достичь синергетического эффекта «взаимодействия производителя, изготавливающего товары и реализующего их через систему дистрибьюторов, и дистрибьютора, способного предложить свои логистические и иные возможности по распространению приобретенных товаров» [2, с. 63], что делает его незаменимым в предпринимательской деятельности, позволяя в рамках единого соглашения объединить элементы, присущие договору поставки, договору возмездного оказания услуг, агентскому договору, договору коммерческой концессии.

По своей природе договор дистрибьюции относится к непоименованным в ГК РФ договорам, которые стороны вправе заключать, руководствуясь ст. 421 ГК РФ. Попытки отнесения дистрибьюторского договора к смешанному выглядят теоритически неверными, поскольку в этом случае к нему следовало бы применять нормы об отдельных разновидностях договоров, предусмотренных ГК РФ, в том числе правила о существенных условиях, несоблюдение которых могло бы привести к признанию такого договора незаключенным [3]. Учитывая самостоятельный характер и несводимость договора дистрибьюции к известным ГК РФ договорным конструкциям, к нему следует применять общие положения ГК РФ об обязательствах и договорах, а в части отдельных элементов, сходных с существующими договорными конструкциями, возможно применение аналогии закона в соответствие с п. 2 ст. 421 ГК РФ.

Особый интерес представляют ценовые и неценовые ограничения, включаемые в дистрибьюторский договор. Они строятся по типу обязанностей пассивного типа и могут заключаться в условиях эксклюзивности (отказе дистрибьютора от заключения дистрибьюторских

соглашений с конкурентами поставщика, либо запрете поставщику заключать дистрибьюторские договоры с третьими лицами в пределах территории, на которой действует эксклюзивный дистрибьютор), определённого объема продаж, цены перепродажи товара, географических границ территории деятельности дистрибьютора.

Возможность включения ограничительных условий прямо предусмотрена в отношении ряда поименованных в ГК РФ договоров: в договоре комиссии (п. 2 ст. 990 ГК РФ), в договоре коммерческой концессии (ст. 1033 ГК РФ), в агентском договоре (ст. 1007 ГК РФ), в лицензионном договоре (подп. 2 п. 1 ст. 1236 ГК РФ). С экономико-правовой точки зрения, ограничительные условия следует рассматривать как один из правовых способов согласования рыночного поведения хозяйствующих субъектов. Учитывая, что такое согласование может привести к негативным последствиям на товарном рынке, дистрибьюторский договор нередко становится объектом внимания со стороны антимонопольных органов.

Согласно ч. 19 ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. №135-ФЗ «О защите конкуренции» дистрибьюторский договор относится к вертикальным соглашениям, в отношении которых в ч. 2 ст. 11 указанного закона предусмотрены два запрета: запрет на установление цены перепродажи товара (за исключением установления максимальной цены перепродажи) и запрет включать в договор обязательство покупателя не продавать товар конкурента продавца. Буквальное толкование положений ч. 6 ст. 11, ст. 12 и ч. 1 ст. 13 ФЗ «О защите конкуренции» приводит к выводу об относительном характере указанных запретов. Во-первых, допустимым считается вертикальное соглашение в случае, если доля каждой из сторон на рынке товара, являющегося предметом такого соглашения, не превышает двадцать процентов; во-вторых, если данное соглашение является договором коммерческой концессии; в-третьих, если заключенное сторонами вертикальное соглашение ведет к росту экономической эффективности (соответствует признакам, установленным в п.п. 1 и 2 ч. 1 ст. 13 ФЗ «О защите конкуренции»).

Вместе с тем, следует обратить внимание на Общие исключения в отношении соглашений между покупателями и продавцами, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 16 июля 2009 г. №583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами» (далее – Общие исключения) [4], которые значительно ограничивают возможность признания вертикального соглашения допустимым в порядке ст. 13 ФЗ «О защите конкуренции». В частности, согласно подп. «а» п. 1 Общих исключений не может быть признано допустимым установление цены перепродажи товара, что позволяет сделать вывод о незаконности per se соглашений, противоречащих указанному запрету.

Стоит отметить, что вопрос допустимости условия о цене перепродажи решается неодинаково в различных правопорядках. Аналогичным российскому является подход в отношении цены перепродажи, установленный законодательством Евросоюза. Так, согласно подп. «а» п. 1

ст. 101 Договора о функционировании Европейского Союза запрещаются соглашения, фиксирующие прямым или косвенным образом цены покупки, продажи или другие условия торговли. Более того, в соответствие со ст. 223 Руководства по вертикальным ограничениям, принятого Еврокомиссией, установление минимальных или фиксированных цен перепродажи относится к строгим ограничениям (hardcore restrictions), на которые не распространяется норма о допустимости вертикальных соглашений с рыночной долей участников менее 15% (ст.ст. 9 и 10 Руководства).

До 2007 г. абсолютный запрет на установление минимальной цены перепродажи действовал в США. 28 июня 2007 г. в решении по делу Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. Верховный суд США значительно смягчил указанное правило, постановив, что «вертикальные соглашения, устанавливающие минимальную цену перепродажи, могут иметь как проконкурентный, так и антиконкурентный эффекты в зависимости от обстоятельств, в которых они заключены, и поэтому их следует оценивать согласно правилу разумного подхода» [7]. Таким образом, с принятием данного решения, условия о минимальной цене перепродажи перестали быть незаконными per se и в определенных случаях могут быть признаны допустимыми. Обосновывая свою позицию, Верховный суд США к числу позитивных сторон ценовых ограничений в вертикальных соглашениях отнес: 1) стимулирование межбрендовой конкуренции посредством ограничения внутрибрендовой ценовой конкуренции; 2) возможность избежать оттока потребителей к дистрибьютору, устанавливающему заниженные цены по сравнению с ценами конкурентов, при отсутствии с его стороны дополнительных издержек по продвижению товара (free-riding problem); 3) содействие выходу на рынок новых фирм и брендов; 4) стимулирование дистрибьюторов в предоставлении дополнительных услуг и сервиса, способствующих росту межбрендовой конкуренции. В то же время, суд обратил внимание на возможные негативные последствия от установления ценовых ограничений:

1. Возможность образования картеля на уровне поставщиков либо дистрибьюторов, при этом фактическая фиксация цен на горизонтальном уровне (запрещенная per se) выглядит как система допустимых вертикальных ограничений. В целом, повышение цены товара для потребителей.
2. Возможность злоупотреблений, связанная с обладанием поставщиком или дистрибьютором рыночной властью и выраженная в навязывании сильной стороной цены перепродажи.

Учитывая специфику российского закона «О защите конкуренции», следует отметить, что основным инструментом признания вертикального ограничения цены перепродажи допустимым является ч. 2 ст. 12 ФЗ «О защите конкуренции», устанавливающая допустимость соглашений между сторонами с рыночной долей менее 20%. Порядок определения размера рыночной доли сторон утвержден Приказом ФАС РФ от 28 апреля 2010 г. №220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке». Строгое выполнение антимонопольным органом

требований, установленных Порядком, имеет серьезное практическое значение, поскольку в ином случае появляется риск признания предписаний антимонопольного органа незаконными в суде именно по причине не соблюдения установленной процедуры анализа рынка. Подобная практика была особенно распространена в прошлые годы, когда ФАС России редко проводил анализ конкурентной среды в соответствии с существовавшими правилами анализа рынка, зачастую опираясь на прямое применение ч.ч. 1 и 2 ст. 11 ФЗ «О защите конкуренции» [5]. Например, в Постановлении от 26 августа 2014 г. по делу №А29-4292/2013 Арбитражный суд Волго-Вятского округа оставил в силе решение нижестоящего суда о признании недействительным решения антимонопольного органа, указав, что антимонопольный орган неполно установил состав хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, и, соответственно, доля Предпринимателя на рассматриваемом товарном рынке не может быть признана установленной.

Помимо упомянутого выше запрета на установление цены перепродажи, утвержденные Правительством РФ Общие исключения содержат ряд положений, вызывающие некоторые вопросы при их сопоставлении с нормами ФЗ «О защите конкуренции». Так, в подп. «г» п. 1 Общих исключений установлен запрет на условия, запрещающие покупателю производить, покупать и (или) продавать товар, взаимозаменяемый по отношению к товару, который он приобретает, или может приобрести в соответствии с соглашением. При этом, для данного запрета установлено исключение, касающееся случаев, когда такое условие предусмотрено на срок не более 3 лет, что находится в противоречии с п. 2 ч. 2 ст. 11 ФЗ «О защите конкуренции», устанавливающим запрет на условие об обязательстве покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца. Можно возразить, что подп. «г» п. 1 Общих исключений распространяется только на случаи применения ч. 1 ст. 13 ФЗ «О защите конкуренции», в которой закреплены дополнительные критерии признания допустимыми соглашений и иных действий, касающиеся роста экономической эффективности и отсутствия реального устранения конкуренции. Однако, в п. 4 Постановления Правительства РФ «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами» указано, что соглашения, не соответствующие Общим исключениям, могут быть признаны допустимыми, если они соответствуют признакам, обозначенным в ч. 1 ст. 13 ФЗ «О защите конкуренции», то есть допустимыми могут быть признаны даже те соглашения, которые заключены на срок более 3 лет.

Вышесказанное приводит к выводу об относительном характере запретов, закрепленных в Общих положениях. Они не действуют при рыночной доли сторон менее 20%, а в случае превышения указанной доли могут не приниматься во внимание антимонопольным органом при соблюдении условий ч. 1 ст. 13 ФЗ «О защите конкуренции».

Остается открытым вопрос характера и применимости ряда иных запретов, перечисленных в Общих исключениях, в том числе тех, которые

вообще не закреплены в ФЗ «О защите конкуренции» в части регулирования вертикальных соглашений. В частности, к ним относится запрет на отказ покупателя продавать товар на определенной в соглашении территории. Как следует из материалов судебной практики, наличие условия о границах длительности дистрибьютора само по себе не является нарушением конкуренции. Так, в Постановлении от 19 февраля 2013 г. по делу № Ф03-264/2013 Федеральный Арбитражный суд Дальневосточного округа, обосновывая недействительность решения антимонопольного органа, указал на то, что из договора с дистрибьютором не следует, что определение места осуществления деятельности дистрибьютора по продаже приобретенных у поставщика товаров влияет на возможность потенциальных покупателей, конкурентов дистрибьютора приобретать товары непосредственно у них.

Еще одним практическим вопросом является вопрос о соотношении действий сторон в рамках вертикального соглашения с координацией экономической деятельности третьим лицом, предусмотренной п. 14 ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции». До введения в действие поправок третьего антимонопольного пакета существовала практика антимонопольного органа квалифицировать наличие множества дистрибьюторских договоров, заключенных одним поставщиком, в качестве координации экономической деятельности. Фактически, речь шла о признаках горизонтальных ограничений, устанавливаемых посредством совокупности однотипных вертикальных соглашений между одним поставщиком и рядом дистрибьюторов. Как считает М.А. Егорова, установленное в п. 14 ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции» разграничение координации экономической деятельности и действий в рамках вертикальных соглашений призвано отделить правовой режим координации экономической деятельности от правового режима вертикальных соглашений, в том числе не допустить распространения условий допустимости вертикальных соглашений на координацию экономической деятельности. Кроме того, «выведение из-под понятия координации действий в рамках "вертикальных" соглашений должно способствовать проведению антимонопольными органами более осмысленной экономической оценки вертикальных соглашений и их влияния на конкуренцию в каждом конкретном случае» [6].

Представляется, что проводимое законодателем жесткое разграничение вертикальных соглашений и координации экономической деятельности следует оценивать критически. Отдельное дистрибьюторское соглашение, с точки зрения предусмотренных в нем ограничений, может являться допустимым в соответствии со ст. 12 ФЗ «О защите конкуренции». В то же время, система дистрибьюторских соглашений с типовыми вертикальными ограничениями способна привести к антиконкурентным последствиям на товарном рынке, идентичным эффекту от картельных соглашений, и требует соответствующей квалификации.

Дальнейшее развитие норм о вертикальных соглашениях видится в необходимости разработки детального подзаконного акта по аналогии с Руководством Еврокомиссии по вертикальным ограничениям, который бы

содержал уточнения и разъяснения относительно условий допустимости вертикальных ограничений, а также критериев оценки антиконкурентного и проконкурентного эффекта вертикальных соглашений.

Литература и источники:

1. Типовой дистрибьюторский контракт МТП. Монопольный импортер-дистрибьютор. Публикация №646Е // Серия: «Издания Международной торговой палаты». – 2-е изд. – М. : Издательство «Консалтбанкир», 2005.

2. Маслова, В. А. Место дистрибьюторского договора в системе торговых договоров / В. А. Маслова // Вестник Московского университета. – 2011. – № 3. – С. 63.

3. Партин, А. Дистрибьюторское соглашение в системе договоров по гражданскому праву России / А. Партин // Хозяйство и право. – 2009. – № 1 – С. 61.

4. Постановление Правительства РФ «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами» от 16 июля 2009 г. № 583 // Собрание законодательства РФ. – 2009. – 27 июля (№ 30). – Ст. 3822.

5. Шаститко, А. Регулирование вертикальных ограничений в России / А. Шаститко, А. Федулова, Е. Яковлева // Экономическая политика. – 2010. – № 5. – С. 54.

6. Егорова, М. А. Проблемы соотношения координации экономической деятельности и "вертикальных" соглашений / М. А. Егорова // Юрист. – 2014. – № 12. – С. 31.

7. Švirinas, Daivis Leegin case and its impact on European community competition policy in regard to vertical minimum price-fixing / Daivis Švirinas // Jurisprudencija. – 2009. – Vol. 2. – №. 116. – P. 152.