

Информация для клиентов: новеллы в практике применения норм о вертикальных соглашениях

Апрель 2016

I. Разъяснение Президиума ФАС России в отношении вертикальных соглашений

26 февраля 2016 года Федеральная антимонопольная служба России (далее - **ФАС**) опубликовала разъяснения Президиума ФАС по вопросу применения Федерального закона «О защите конкуренции» от 26.07.2006 № 135-ФЗ (далее – **Закон о защите конкуренции**) к вертикальным соглашениям (далее – **Разъяснение**).¹

В настоящем разделе раскрыты наиболее важные, на наш взгляд, положения Разъяснений. При этом мы не рассматриваем все вопросы, вытекающие из положений Разъяснения.

1. Вертикального соглашения – это не просто соглашение между покупателем и продавцом, это соглашение, которое непосредственно связано с «перемещением» товара в цепочке от производителя к конечному потребителю

В Разъяснении ФАС конкретизирует законодательное определение вертикальных соглашений, указывая на то, что данные соглашения предполагают «приобретение, продажу или перепродажу определенных товаров или услуг». Согласно Разъяснению, вертикальные соглашения реализуются через гражданско-правовые договоры, предмет которых предусматривает переход товара от одного лица к другому (договор купли-продажи, договор поставки, дилерские договоры, дистрибьюторские договоры и другие соглашения). Соглашения, которые не предусматривают передачу товара (оказание услуги) от одного лица другому, не могут рассматриваться в качестве вертикальных соглашений. Таким образом, акцентируется внимание на товарообмене как неотъемлемом элементе соглашений данного вида.

Из Разъяснения следует, что к вертикальным соглашениям не должны относиться:

- (i) отдельный договор между покупателем и продавцом, непосредственно не связанный с перемещением товара или оказанием услуг между ними; и
- (ii) часть вертикального соглашения между покупателем или продавцом (т.е. договора между ними), которая не связана с перемещением товара или оказанием услуг между ними.

Данное разъяснение особенно важно в контексте определения тех действий, которые осуществляются за рамками вертикальных соглашений. Такие действия согласно п. 14 ст. 4 Закона о защите

Для получения более подробной информации Вы можете обратиться к нашим партнерам:

Александр Егорушкин
alexander.egorushkin@at-advisory.com

Евгений Хохлов
evgeny.khokhlov@at-advisory.com

Игорь Паншенский
igor.panshensky@at-advisory.com

Адрес: 125047, ул. Гашека, д. 2,
стр. 1
Тел.: +7 499 270 58 76
www.at-advisory.com

Настоящая информация носит ознакомительный характер и не является правовой консультацией

¹ См. <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14265>

конкуренции могут рассматриваться через призму антиконкурентной координации экономической деятельности. Данное разъяснение уже нашло отражение в практике ФАС (см. ниже п.1 раздела II Решение ФАС России в отношении Форд Соллерс).

Изложенное ФАС понимание вертикальных соглашений является более узким, чем определение вертикального соглашения, предусмотренное Законом о защите конкуренции. Согласно п. 19 ст. 4 вертикальным соглашением признается любое соглашение, сторонами которого являются продавец и покупатель, т.е. вертикальным может быть не только непосредственно договор, опосредующий отношения по перемещению товара, но и любое иное соглашение.

2. Соглашение между производителем товара и конкурирующим с ним дистрибьютором – вертикальное соглашение

В Разъяснении указывается, что соглашение между дистрибьютором и производителем будет являться вертикальным даже в том случае, если обе стороны осуществляют перепродажу данного товара (в том числе товара производства конкурентов) на одном товарном рынке. Однако такая квалификация возможна при условии, что дистрибьютор не имеет собственного производства аналогичных товаров. В этой части ФАС фактически инкорпорирует в Разъяснение ранее высказанную позицию Президиума ФАС от 23.05.2012.

3. Исключение из запрета эксклюзивности покупателя, связанное с продажей товара под IP продавца/производителя, «работает» при наличии формального лицензионного договора

В соответствии с п. 2 ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции запрет для покупателя на продажу товаров конкурентов продавца (т.е. эксклюзивность покупателя) не применяется, если покупатель реализует товары под товарным знаком или иным средством индивидуализации продавца или производителя (далее - **Исключение из эксклюзивности покупателя**).

На практике неоднократно вставал вопрос, в каких случаях работает Исключение из эксклюзивности покупателя. ФАС, как правило, занимала консервативную позицию, согласно которой Исключение из эксклюзивности покупателя применялось только при заключении между продавцом и покупателем формального лицензионного договора (с последующей его регистрацией, если применимо). Эта позиция в целом отражена и в Разъяснении, в котором указано, что ФАС признает лицензионный договор в качестве условия для применения Исключения из эксклюзивности покупателя. Однако в Разъяснении также указано, что лицензионный договор может быть не единственным основанием для Исключения из эксклюзивности покупателя. В судебной практике к таким основаниям, например, относятся дилерские стандарты, предусматривающие использование фирменного наименования производителя, к которым присоединяются дилеры через подписание дилерских договоров.²

² См., например, Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 29 апреля 2014 г. № Ф05-16108/12 по делу № А40-79104/2012

Важно подчеркнуть, что согласно Разъяснению помещения/оборудование, с помощью которых осуществляется реализация товара под IP производителя/продавца, должны быть прямо прописаны в соответствующем соглашении, являющемся основанием для применения Исключения из эксклюзивности покупателя.

4. Устные договоренности могут формировать отдельное вертикальное соглашение или дополнять уже существующее

В Разъяснении прямо признается возможность заключения вертикальных соглашений в устной форме. Более того, ФАС отдельно отмечает, что при наличии письменного вертикального соглашения последующие устные обсуждения, касающиеся такого соглашения, подпадают под регулирование вертикальных соглашений. Иными словами, устные обсуждения, касающиеся купли-продажи или перепродажи товара формируют либо самостоятельное вертикальное соглашение, либо дополняют уже существующее вертикальное соглашение (в том числе и в письменной форме) между сторонами такого обсуждения. Например, если стороны дистрибьюторского договора устно договариваются о цене, по которой дистрибьютор должен перепродавать продукцию, то такая устная договоренность, по сути, является частью дистрибьюторского договора как единого вертикального соглашения, даже если в самом дистрибьюторском договоре этот вопрос не урегулирован.

Указанное разъяснение важно в контексте применения концепции антиконкурентной координации, которая согласно п. 14 ст. 4 Закона о защите конкуренции невозможна в рамках вертикальных соглашений. Так, например, если производитель продукции устно договаривается с каждым своим дистрибьютором о цене перепродажи такой продукции, поставляемой дистрибьюторам согласно письменным дистрибьюторским договорам, то (i) каждая из таких договоренностей может рассматриваться как отдельное вертикальное соглашение, а (ii) вся такая практика в целом не может быть квалифицирована как ценовая координация дистрибьюторов. Общий размер ответственности в таком случае будет включать штрафы за каждую устную договоренность с каждым дистрибьютором, а не один единственный штраф за ценовую координацию всех дистрибьюторов.

Однако в силу отсутствия письменной фиксации условий соглашений встает вопрос о доказывании их наличия и содержания. Как показало в том числе дело Форд Соллерс (см. ниже п.1 раздела II), ФАС готова использовать по делам о вертикальных соглашениях те же методики, что и для целей расследования картелей (включая выездные проверки, анализ электронной переписки, опросы менеджеров и т.п.).

5. ФАС по-прежнему не рассматривает агентский договор как вертикальное соглашение

В 2016 г. так называемым «четвертым антимонопольным пакетом» из Закона о защите конкуренции было исключено положение о том, что агентский договор не является вертикальным соглашением. Данное изменение было понято в том смысле, что агентские договоры могут анализироваться в контексте вертикальных соглашений, поскольку опосредуют собой отношения по перепродаже товара, однако напрямую

из Закона о защите конкуренции по-прежнему не следовало, что агентский договор может рассматриваться как вертикальное соглашение.

В Разъяснении ФАС заняла позиции, согласно которой вышеуказанные изменения в Законе о защите конкуренции не означают признания агентского договора вертикальным соглашением. Позиция ФАС состоит в том, что агентский договор не предусматривает товарообмен, поскольку его предметом является не перепродажа как таковая, а осуществление агентом юридических действий в интересах принципала, в связи с чем не может быть в принципе квалифицирован как вертикальное соглашение.

Представляется, что изложенная в Разъяснении позиция игнорирует экономическую сущность отношений между принципалом и агентом как направленную на посредничество в перемещении товара от поставщика покупателям. В любом случае агентский договор как минимум может рассматриваться с позиции оказания услуг принципалу со стороны агента.³ Услуги же согласно Закону о защите конкуренции также входят в понятие товара, а оказание услуг является товарообменом в контексте определения вертикальных соглашений. Таким образом, представляется, что позиция в отношении агентских соглашений, изложенная ФАС в Разъяснении, является излишне категоричной.

6. При применении исключения, основанного на 20% доли рынка (*de minimis*), доли участников вертикального соглашения должны рассчитываться на рынках продажи, покупки и перепродажи соответствующего товара

Согласно ч. 2 ст. 12 Закона о защите конкуренции любые вертикальные соглашения допускаются, если их сторонами не являются финансовые организации, и доля каждой из таких сторон на рынке товара, являющегося предметом вертикального соглашения, не превышает 20%. Из Закона о защите конкуренции не ясно, о каком именно товарном рынке идет речь, поскольку один и тот же товар может обращаться на нескольких взаимосвязанных рынках (вышестоящих и нижестоящих) в рамках единой цепочки доведения товара от производителя до конечного потребителя.

Разъяснение устраняет данную неопределенность, и согласно изложенной в нем позиции ФАС исключение по ч. 2 ст. 12 Закона о защите конкуренции распространяется на все товарные рынки, на которых обращается являющийся предметом вертикального соглашения товар и на которых действуют участники этого вертикального соглашения. Таким образом, речь идет не только непосредственно о рынке, на котором стороны вертикального соглашения действуют как продавец и покупатель, но и о взаимосвязанных с ним рынках, на которых действуют стороны: вышестоящем (рынок покупки, на котором продавец по вертикальному соглашению приобретает товар) и нижестоящем (рынок перепродажи, на котором покупатель по вертикальному соглашению перепродает товар).

³ См., например, Постановление ФАС Центрального округа от 24.08.2012 по делу № А08-5276/11, Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.06.2015 N 16АП-2080/2015 по делу № А63-12010/2014

Таким образом, для целей применения исключения по ч. 2 ст. 12 Закона о защите конкуренции необходимо выяснять долю сторон вертикального соглашения не только на том рынке, который непосредственно затронут вертикальным соглашением, но и на рынке закупки и последующей перепродажи соответствующего товара.

7. Зеленый свет для практик, соответствующих кодексам поведения, согласованным с ФАС

В Разъяснении ФАС указывает на допустимость дилерских соглашений между автопроизводителями/автодистрибьюторами и официальными дилерами, которые отвечают положениям Кодекса поведения, разработанного Комитетом автопроизводителей Ассоциации европейского бизнеса и согласованного с ФАС России. Отметим, что есть иные аналогичны кодексы, непосредственно затрагивающие вертикальные отношения. В частности, Кодекс добросовестных практик взаимоотношений между торговыми сетями и поставщиками потребительских товаров, который также был одобрен ФАС. Кроме того, в стадии подготовки находится Кодекс добросовестных практик в фармацевтической отрасли, разработкой которого тоже занимается Ассоциация европейского бизнеса.

Таким образом, содержащаяся в Разъяснении ФАС отсылка к Кодексу поведения, разработанному Комитетом автопроизводителей, является последовательным продолжением подхода ФАС об учете внутри-индустриального регулирования в вопросах применения нормы о вертикальных соглашениях.

II. Решение ФАС России в отношении Форд Соллерс

25 декабря 2015 г. ФАС приняла интересное решение (далее – **«Решение»**) по делу № 1-11-38/00-05-15 в отношении ООО «Форд Соллерс Холдинг» (далее – **«Форд Соллерс»**), которое имеет важное значение для формирования практики в отношении вертикальных соглашений.⁴

Дело против Форд Соллерс было возбуждено ФАС в связи с практикой компании по контролю за ценами на услуги технического обслуживания, оказываемые дилерами Форд Соллерс владельцам автомобилей. ФАС выявила следующее:

- (i) Форд Соллерс размещало максимальные цены на техническое обслуживание на территории РФ как на своем сайте для неопределенного круга лица, так и на отдельном Интернет-портале для дилеров.
- (ii) Согласно дилерским договорам Форд Соллерс было вправе устанавливать максимальные цены на техническое обслуживание автомобилей «Форд»; дилеры в соответствии с этими же договорами были вправе устанавливать любые цены на техническое обслуживание, не превышающие максимальных цен Форда Соллерс.
- (iii) По условиям дилерских договоров в результате несоблюдения максимальных цен на техническое обслуживание Форд Соллерс

⁴ См. <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-promyshlennosti/05-12496-16>

- (iv) могло расторгнуть такие договоры в одностороннем порядке. В отдельных периодических коммуникациях со своими дилерами Форд Соллерс указывало на необходимость соблюдения установленных компанией цен на техническое обслуживание, подразумевая, что это фиксированные цены.
- (v) Форд Соллерс осуществляло постоянный мониторинг и контроль за соблюдением рекомендаций, в том числе с помощью фотоотчётов.
- (vi) У абсолютного большинства дилеров цены были равны максимальным ценам, установленным Форд Соллерс.

На основании указанных выше фактов ФАС пришла к выводу о том, что Форд Соллерс осуществляло антиконкурентную ценовую координацию своих дилеров. Решение не было оспорено в суде, так как Форд Соллерс добровольно устранило нарушение. В результате устранения нарушения Форд Соллерс продолжило устанавливать цены на техническое обслуживание, однако, как следует из Решения, такие цены стали действительно максимальными, а не фиксированными для дилеров (т.е. дилерам была предоставлена определенная свобода ценообразования).

Основные выводы Решения приведены ниже.

1. Вертикальное соглашение – это не все условия договора, а только те, которые относятся к перепродаже товара (услуги)

Дилерские договоры, заключенные между дилерами и Форд Соллерс, состояли из двух частей: (1) условия о перепродаже продукции Форд Соллерс и (2) условия о техническом обслуживании продукции Форд Соллерс.

ФАС пришла к выводу, что только условия о продаже продукции Форд Соллерс формируют вертикальное соглашение, так как только они имеют непосредственное отношение к перепродаже продукции.

Условия о техническом обслуживании продукции Форд Соллерс, по мнению ФАС, не входят в вертикальное соглашение между Форд Соллерс и дилерами, так как отсутствует какая-либо связь Форда Соллерс с оказанием дилерами этих услуг. В Решении приводится следующая аргументация:

- (i) Форд Соллерс не оказывает услуги по техническому обслуживанию своим дилерам (т.е. нет перепродажи товара);
- (ii) Форд Соллерс не оплачивает услуги по техническому обслуживанию, оказываемые дилерами (т.е. это не услуги для Форд Соллерс); и
- (iii) Форд Соллерс не компенсирует расходы дилеров, связанные с оказанием услуг по техническому обслуживанию (т.е. он никак не заинтересован в их стоимости).

При этом ФАС специально противопоставила в Решении указанные услуги по техническому обслуживанию и услуги по гарантийному обслуживанию. Последние являются бесплатными для автовладельцев и компенсируются (оплачиваются) Форд Соллерс (т.е. есть связь Форд Соллерс с услугами дилеров по гарантийному обслуживанию).

Исходя из этого ФАС сделала вывод, что Форд Соллерс не является

участником рынка услуг по техническому обслуживанию автомобилей, действия участников которого координируются. Кроме того, условия по техническому обслуживанию, по мнению ФАС, выходят за рамки вертикального соглашения между Форд Соллерс и дилерами, следовательно они должны оцениваться как механизм антиконкурентной ценовой координации Форд Соллерс своих дилеров.

Данный вывод ФАС вызывает определенные вопросы. Во-первых, очевидно, что ФАС понимает вертикальное соглашение более узко, чем оно определено в Законе о защите конкуренции (о чем говорилось выше). Иными словами, ФАС полагает, что вертикальным соглашением являются только условия, касающиеся непосредственно перепродажи товара, а иные косвенно связанные с этим вопросы уже не относятся к вертикальному соглашению. Во-вторых, даже если условия, связанные с услугами по техническому обслуживанию автомобилей и не относить к вертикальному соглашению, они по-прежнему являются договорными условиями и должны оцениваться как «иные» соглашения с позиций ч. 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции, в частности, в отношении них необходимо оценивать реальную возможность ограничивать конкуренцию. ФАС это сделано не было, а была применена концепция координации экономической деятельности.

2. Максимальные цены не являются таковыми, если посредники воспринимают их как фиксированные цены

ФАС пришла к выводу, что Форд Соллерс продекларировало установление максимальных цен на техническое обслуживание, однако по факту для дилеров эти цены были фиксированными. Этот вывод ФАС сделала на основании следующего:

- (i) Цены на техническое обслуживание практически всех дилеров (общее количество - 57) соответствовали максимальным ценам Форд Соллерс на техническое обслуживание.
- (ii) Конечные цены для автовладельцев могли отличаться у разных дилеров. Однако это отличие было связано с разным наполнением конечного продукта, который покупал автовладелец у дилера. ФАС установила, что техническое обслуживание как один из компонентов такого продукта у абсолютного большинства дилеров стоило одинаково.
- (iii) Из Решения следует, что при установлении максимальных цен на техническое обслуживание Форд Соллерс не делало надлежащий внутренний расчет стоимости такого обслуживания. Так, ФАС признало факт устранения нарушения, когда Форд Соллерс стало рассчитывать максимальные цены технического обслуживания исходя из состава такого обслуживания для каждой модели автомобиля.
- (iv) Наконец, опубликование цен на техническое обслуживание автомобилей на официальном вебсайте Форд Соллерс способствовало давлению потребителей на дилеров с точки зрения выравнивания их цен.

Суть вышеизложенного состоит в том, что признаками несвободного антиконкурентного ценообразования являются, в первую очередь:

(1) соблюдение точного уровня цен абсолютным большинством контрагентов, а также (2) отсутствие внутреннего объективного расчета возможной свободы ценообразования со стороны поставщика/производителя, устанавливающего цены.

Представляется что данная логика может быть применена также и в классическом случае установления максимальных цен перепродажи в рамках вертикального соглашения согласно п. 1 ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

3. Маркетинговая целесообразность соблюдения ценовых рекомендаций может свидетельствовать об обязательности исполнения таких рекомендаций

В Решении ФАС указывает, что необходимость следования ценам, установленным Форд Соллерс, и, соответственно, обязательность соблюдения таких цен может быть обусловлена маркетинговыми факторами, а именно:

- (i) Отсутствием у дилеров своих маркетинговых служб, которые могли бы формировать собственную позицию дилеров в отношении ценообразования (включая самостоятельное проведение промо-акций);
- (ii) Проведение Форд Соллерс специальных маркетинговых программ, которые стимулировали (в виде бонуса или скидки) соблюдение ценовых рекомендаций Форд Соллерс. Участие в таких программах было добровольным, однако неучастие на практике ставило дилеров в неравное конкурентное положение с дилерами, участвующими в программах (хотя напрямую этот момент не был продекларирован Форд Соллерс).

Таким образом, ФАС в Решении отметила на необходимость оценки маркетингового влияния поставщика/производителя при установлении им цен для своих контрагентов. Эту логику можно применить и на рекомендованные цены перепродажи: если маркетинговое влияние поставщика велико, и в этой связи такие рекомендации для покупателей фактически являются руководством к действию, то возникает риск нарушения запрета Закона о защите конкуренции в отношении установления цен перепродажи в вертикальном соглашении.

III. Применение критериев допустимости вертикальных соглашений в свете появления в ГК РФ института заверения об обстоятельствах

Одним из основных проблемных моментов в применении исключения по ч. 2 ст. 12 Закона о защите конкуренции (рыночная доля сторон менее 20%) является сложность в расчете соответствующих долей и контролем за их изменением.

Одним из изменений в Гражданском кодексе РФ («ГК»), принятых в прошлом году, которые косвенно влияют на применение Закона о защите конкуренции, было введение новой ст. 431.2 о заверениях об обстоятельствах. Это новое положение ГК узаконило механизм заверений о фактах, который широко используется в коммерческой договорной практике (особенно в контексте сделок по слиянию и поглощению) и ведет свое начало из англо-саксонской правовой системы. Суть его в том, что некоторые фактические обстоятельства,

связанные, например, с объектом сделки, могут иметь настолько существенно значение для решения сторон заключить сделку или сделать это на определенных условиях, что предоставление недостоверной информации одной из сторон, например, продавцом вещи или акций компании, следует рассматривать в той же плоскости, что и нарушение договорных обязательств, независимо от наличия и формы вины стороны, предоставившей недостоверную информацию. По сути этот механизм является формой распределения рисков между сторонами договора в отношении фактов, имеющих значение для заключения договора.

Данный договорный механизм, теперь прямо интегрированный в российское законодательство, может быть также использован и в контексте применения Закона о защите конкуренции к договорным практикам. В частности, применение исключения по ч. 2 ст. 12 Закона о защите конкуренции в отношении запретов, применимых к вертикальным соглашениям, зависит от фактических обстоятельств, относящихся к обеим сторонам вертикального соглашения, а именно их долям на соответствующем рынке, которые не должны превышать 20%. Очевидно, что каждая сторона может более точно оценить свою долю на рынке, чем долю своего контрагента, учитывая особенно, что в свете разъяснения ФАС, упомянутого в разделе I.6 выше, речь может идти вообще о разных рынках. Например, производитель продает товар дистрибьютору или ритейлеру на оптовом рынке, на котором присутствуют обе стороны договора, но в разных качествах и с разными долями, а дистрибьютор или ритейлер перепродает его на ином рынке (например, розничном или мелкооптовом), на котором производитель не присутствует вовсе. Оценка доли контрагента на таком ином рынке может быть затруднительна для продавца, и он несет риск, связанный с ее неправильным определением, если полагается на исключение по ч. 2 ст. 12 Закона о защите конкуренции.

Новый механизм заверения об обстоятельствах позволяет в значительной мере разрешить эту проблему, переложив риски неправильного определения рыночной доли на сторону, которой эта доля принадлежит. В частности, в случае использования этого механизма, сторона, положившаяся на заверение своего контрагента о его рыночной доле, сможет требовать с него возмещения убытков и/или отказаться от договора в случае выявления несоответствия предоставленного заверения действительности. Для этого, однако, желательно прямо предусмотреть в договоре, что каждая из сторон признает, что другая сторона полагается на ее заверения в отношении своей рыночной доли. При этом использование данного механизма, в отличие от уже ранее существовавшего в ГК института заключения сделок под влиянием заблуждения или обмана, не зависит ни от оценки судом степени существенности заблуждения, ни от наличия умысла другой стороны в случае обмана.

Представляется, что введение механизма заверений об обстоятельствах может дать новый импульс для использования исключения по ч. 2 ст. 12 Закона о защите конкуренции для вертикальных соглашений, которое до сих пор было ограничено в значительной мере рисками, связанными с достоверностью информации о рыночных долях контрагентов и их изменениями. При этом данный механизм допускает значительную гибкость в договорном регулировании его использования. Например, договор может предусматривать обязанность сторон уведомлять друг друга о существенном изменении своих рыночных долей и вносить изменения в договор в случае превышения ими допустимых порогов

для приведения договора в соответствие с требованиями Закона о конкуренции и/или об отказе от договора в случае невозможности достичь согласия о таких изменениях.

Безусловно, использование заверений не гарантирует, что антимонопольные органы не будут привлекать компании к ответственности, поскольку ФАС может посчитать, что какое-либо из заверений не соответствовало действительности либо границы товарного рынка (и, соответственно, доли сторон) должны были быть определены по-другому. Однако представляется, что сторона, полагавшаяся на заверение другой стороны, может аргументировать отсутствие вины в своих действиях тем, что она предприняла все зависящие от нее меры для соблюдения антимонопольного законодательства. Успешность данной аргументации будет напрямую зависеть от того, каким образом сторонами были сформулированы заверения и учитывали ли они различные возможности определения границ рынка и иные факторы, имеющие значение при подсчете рыночных долей.