

Информационное письмо об актуальных позициях ФАС России в применении новых положений Закона о торговле

Июнь 2017

Федеральным законом от 03.07.2016 г. № 273-ФЗ были внесены изменения в Федеральный закон от 28.12.2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее – «**Закон о торговле**»), которые предусмотрели новые правила регулирования взаимоотношений поставщиков и торговых сетей, в первую очередь, в вопросах выплаты вознаграждений, оказания услуг по продвижению товаров, а также антимонопольных запретов в области торговой деятельности. В полном объеме указанные поправки вступили в силу с 1 января 2017 г.

В связи с этим Федеральная антимонопольная служба (далее – «**ФАС**»), будучи регулятором, в обязанности которого входит обеспечение соблюдения соответствующих норм, проводит работу по разъяснению норм Закона о торговле, формированию общего понимания и подходов к регулированию торговой деятельности, а также мониторингу правоприменения в данной области.

Так, ранее уже были опубликованы два разъяснения ФАС по вопросам применения Закона о торговле:

- (1) Разъяснения ФАС от 05.09.2016 г. по некоторым вопросам применения Закона о торговле в редакции Федерального закона от 03.07.2016 г. № 273-ФЗ (<http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14793>);
- (2) Разъяснения ФАС от 18.11.2016 г. по некоторым вопросам применения Закона о торговле в редакции Федерального закона от 03.07.2016 г. № 273-ФЗ (далее – «**Разъяснение от 18.11.2016 г.**») (<http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14896>)

В то же время, ФАС неоднократно обращала внимание, что готовится к выпуску еще одно разъяснение, посвященное вопросу о скидках и условиях их допустимости по Закону о торговле. Соответствующие Разъяснения ФАС № АК/39035/17 по некоторым вопросам применения Закона о торговле в редакции Федерального закона от 03.07.2016 г. № 273-ФЗ были выпущены несколько дней назад, 9 июня 2017 г. (далее – «**Разъяснение от 09.06.2017 г.**»). Его текст доступен по ссылке <http://fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=50447>

Помимо этого, следует отметить, что некоторые новые нормы Закона о торговле уже получили свою оценку в рамках судебной практики при рассмотрении судами дел с участием ФАС и субъектов торговой деятельности.

Для получения более подробной информации Вы можете обратиться к нижеуказанным лицам:

Александр Егорушкин
alexander.egorushkin@at-advisory.com

Евгений Хохлов
evgeny.khokhlov@at-advisory.com

Игорь Паншенский
igor.panshensky@at-advisory.com

ООО «Антимонопольное консультирование»,
125047, г. Москва, ул. Гашека,
д.2, стр.1
Тел.: +7 499 270 58 76
www.at-advisory.com

Учитывая, что практика применения Закона о торговле в новой редакции динамично развивается и подвергается постоянной корректировке, предлагаем вашему вниманию некоторые новости и актуальные правовые позиции, связанные с отдельными аспектами применения Закона о торговле в новой редакции.

1. Допустимость предоставления скидок

Как известно, Закон о торговле напрямую не регулирует вопрос о скидках. Официальная позиция ФАС по скидкам была впервые отражена в Разъяснении от 18.11.2016 г., согласно которому стороны договора поставки вправе по своему усмотрению включать в договор условия определения (изменения) цены товара, т.е. вправе предусмотреть условия, при соблюдении которых цена товара может быть уменьшена. Исходя из Разъяснений от 18.11.2016 г., для предоставления скидок необходимо соблюдение двух основных условий: (1) стороны договора поставки должны согласовать такие скидки заранее, до осуществления поставки (т.е. ретро-скидки не допустимы); (2) скидки не должны маскировать собой услуги по продвижению товара и иные подобные услуги, стоимость которых ограничена ч. 4 ст. 9 Закона о торговле (5% ограничение). При этом в числе допустимых скидок ФАС указывает промо-скидки, т.е. временное снижение цены товара при условии ее соразмерного снижения для конечного потребителя в течение того же периода, т.е. при условии транслирования скидки «на полку».

Между тем, ФАС была обеспокоена практикой предоставления скидок торговым сетям, в связи с чем было принято решение о подготовке новых разъяснений Закона о торговле, посвященных специально вопросу о скидках¹. При этом, как озвучивал А.Б. Кашеваров, в новом разъяснении подход ФАС к скидкам может претерпеть изменения.

Однако, как мы усматриваем из Разъяснений от 09.06.2017 г., которые как раз посвящены скидкам, ранее высказанная позиция ФАС не подверглась принципиальной корректировке. Как и прежде, ФАС указывает, что допустимо предоставление скидок (включая, скидки в отношении ранее поставленного товара, т.е. ретро-скидки), если стороны заранее договорились о предоставлении таких скидок в договоре поставки. При этом предоставление любых скидок в отношении продовольственной продукции должно также оцениваться с точки зрения ст. 13 Закона о торговле. Так, в частности, нарушением ст. 13 Закона о торговле может стать навязывание предоставления скидок со стороны покупателя, создание продавцом дискриминационных условий посредством предоставления разных скидок или произвольного предоставления скидок и т.д. Наконец, в Разъяснениях от 09.06.2017 г. теперь напрямую сказано, что запрещается включение в договор поставки условий об изменении цены (т.е. скидки) в связи с выполнением действий, содержание которых соответствует услугам по продвижению товаров, по подготовке, обработке, упаковке этих товаров и иным подобным услугам. В данном случае ФАС ссылается на запрет ч. 12 ст. 9, согласно которому запрещается включение указанных услуг в договор поставки. Таким образом, ФАС фактически приравнивает предоставление скидок за продвижение товаров, подготовку, обработку, упаковку этих товаров и иные подобные действия к аналогичным услугам.

¹ Об этом в частности сообщил заместитель руководителя ФАС А.Б. Кашеваров в своем выступлении на круглом столе, организованном ОКЮР, 6 июня 2017 г.

Наиболее спорным моментом в Разъяснениях от 09.06.2017 г. является предоставление скидок по требованию торговых сетей. Так, ФАС указывает на то, что в «случае если стороны договорились о цене поставляемого товара и в договоре поставки... предусмотрели цену поставляемого товара, то при требовании о снижении поставщиком цены товара для [торговой сети] (предоставление скидки), реализация... [ей] товара розничным потребителям без снижения цены либо со снижением цены в меньшем размере (без трансляции скидки конечному потребителю), подпадает под ограничение, предусмотренное частью 4 статьи 9 Закона о торговле.» Данное положение Разъяснений от 09.06.2017 г. можно понять таким образом, что любое предоставление скидки торговой сети в ответ на ее требование (даже в рамках договора поставки) должно быть обусловлено полным транслированием скидки такой торговой сетью потребителям. В противном случае, скидка должна рассматриваться как вознаграждение, ограниченное 5% согласно части 4 статьи 9 Закона о торговле. На наш взгляд, такая интерпретация является некорректной, поскольку она противоречит логике самих Разъяснений от 09.06.2017 г., а также позиции ФАС, представленной ранее.

Во-первых, как указано выше, в Разъяснениях от 09.06.2017 г. прямо предусмотрено, что стороны могут зафиксировать в договоре поставки предоставление любых скидок (кроме дискриминационных скидок, а также тех скидок, содержание которых повторяет услуги, предусмотренные в части 4 ст. 9 Закона о торговле). При этом в отношении таких договоренностей, осуществляемых по усмотрению сторон, в Разъяснениях от 09.06.2017 г. ничего не говорится о необходимости трансляции скидок на «полку». Во-вторых, совсем недавно ФАС отчитывалась о результатах мониторинга соблюдения Закона о торговле² и в своем отчете указала, что существует проблема, связанная с вынуждением федеральными торговыми сетями поставщиков поставлять продовольственные товары таким сетям со значительным снижением цен. Согласно указанному отчету ФАС это происходит путем выставления торговыми сетями условий о безусловном снижении поставщиком цены поставки за рамками существующих договорных отношений между поставщиком и торговой сетью. Таким образом, ФАС различает скидки, заранее согласованные сторонами по их усмотрению и закрепленные в договоре поставки, и скидки, которые в одностороннем порядке требуют торговые сети. Именно последние, по мнению ФАС, должны рассматриваться как вознаграждение, ограниченное 5%, если не происходит полной трансляции таких скидок потребителю. Во многом такая позиция связана со сложностью доказывания навязывания поставщикам скидок со стороны торговых сетей.

Учитывая вышеизложенное, представляется, что согласно Разъяснениям от 09.06.2017 г. при одностороннем требовании торговой сетью предоставления скидки, заранее не согласованной с поставщиком в договоре поставки, такая скидка может быть представлена только при условии полного транслирования ее размера потребителю.

² См. <http://fas.gov.ru/upload/other/%D0%9F%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%B2%D0%B0%D1%80%D0%B8%D1%82%D0%B5%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D1%8B%D0%B5%20%D1%80%D0%B5%D0%B7%D1%83%D0%BB%D1%8C%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%8B%20%D0%BC%D0%BE%D0%BD%D0%B8%D1%82%D0%BE%D1%80%D0%B8%D0%BD%D0%B3%D0%Bo.pdf>

2. Актуальная судебная практика по вопросу раскрытия информации об условиях отбора контрагентов

2.1. Административная ответственность за нарушение обязанности по раскрытию информации

Поправки в Закон о торговле изменили порядок предоставления информации об условиях отбора контрагентов для заключения договоров поставки (ч. 1-2 ст. 9 Закона о торговле). Если ранее доступ к соответствующей информации должен был обеспечиваться либо путем ее предоставления по запросу, либо посредством ее размещения на вебсайте компании, то сейчас Закон о торговле устанавливает правило об обязательном опубликовании соответствующих условий на вебсайте.

В то же время ст. 14.41 КоАП, устанавливающая административную ответственность за непредоставление такой информации, не претерпела изменений, и ее состав до сих пор предполагает непредоставление информации по запросу и формально не включает в себя неопубликование информации на вебсайте.

Вместе с тем, с момента внесения соответствующих изменений в Закон о торговле арбитражными судами были рассмотрены дела³, связанные с привлечением к административной ответственности по ст. 14.41 КоАП, в рамках которых суды сформировали позицию о том, что данная норма применяется в том числе и к нарушению, выразившемуся в неопубликовании информации об условиях отбора контрагентов на вебсайте участника торговой деятельности. Фактически суды рассматривают обращение к вебсайту за данной информацией как способ запроса о предоставлении такой информации, в связи с чем отсутствие информации на вебсайте приравнивается к отказу от ее предоставления по запросу.

2.2. Требования к содержанию информации об условиях отбора контрагентов

ФАС рассматривает требование об опубликовании информации об условиях отбора контрагентов как один из способов обеспечения недискриминационного подхода к отбору. В этой связи, руководствуясь позицией, которая была высказана ВАС РФ еще в 2012 г.⁴, ФАС рекомендует избегать включения неясных, неопределенных и оценочных категорий в подобные публикации (например, «высокое качество продукции», «лучшее ценовое предложение» и проч.).

3. Актуальная судебная практика по дискриминации

Общие подходы ФАС к пониманию дискриминации в соответствии со ст. 13 Закона о торговле изложены в п. 4 Разъяснений от 18.11.2016 г., согласно которому характер дискриминационных условиям договора придает не их формальное отличие от условий договоров с иными хозяйствующими субъектами, а *ничем не обусловленное неравное*

³ См. решения судов по делам № А40-207325/2016 и А40-199200/2016

⁴ См. Определение ВАС РФ от 02.08.2012 г. по делу N А60-35180/2011: «сформулированные в обобщенном виде (высокое качество товаров, лучшие ценовые предложения, соответствие действующему законодательству) условия вводят поставщиков в заблуждение относительно реальных потребностей торговой сети и создают условия, при которых любое предложение поставщика может быть признано несоответствующим таким условиям».

положение одних контрагентов по сравнению с другими при прочих равных условиях.

Данный подход детализируется и раскрывается в одном из дел, некоторое время назад рассмотренных ФАС и впоследствии переданных на рассмотрение суда. Речь идет о деле в отношении торговой сети Лента (№ А40-192128/16), в рамках которого Арбитражный суд города Москвы и Девятый арбитражный апелляционный суд согласились с оценкой ФАС действиям Ленты в отношении установления разных цен на маркетинговые услуги в отношении продукции категории «вино» для разных поставщиков.⁵

Так, из решения АСГМ от 31.01.2017 г. следует, что дискриминация выражается в том, что торговая сеть оказывает поставщикам сопоставимые услуги (т.е. услуги, которые включают сопоставимый объем действий), в то время как поставщики несут разные экономические затраты при оплате соответствующих услуг. Важно отметить, что суд проанализировал вопрос о свободе договора и добровольности заключения поставщиками договоров оказания услуг и пришел к выводу, что данные аргументы не влияют на дискриминационность условий: *«в настоящем случае не имеет правового значения то обстоятельство, что договоры заключены по доброй воле, а имеет значение, что в результате заключенных договоров услуг, на условиях их конфиденциальности, поставщики поставлены в неравные условия».*

Также следует обратить внимание на некоторые иные важные выводы суда по данному делу, которые были высказаны в ответ на защитные доводы торговой сети:

- (1) В делах о нарушении ст. 13 Закона о торговле не требуется проведение анализа рынка;
- (2) При привлечении к административной ответственности по ч. 1 ст. 14.40 КоАП создание дискриминационных условий для каждого отдельно взятого контрагента рассматривается как совокупность самостоятельных однородных нарушений, каждое из которых влечет административную ответственность;
- (3) Срок давности привлечения к административной ответственности исчисляется с момента вынесения антимонопольным органом решения, которым установлен факт нарушения законодательства.

В завершение отметим, что, по имеющейся у нас информации, в настоящий момент готовятся поправки в Закон о торговле, которые должны вывести из-под его действия аптечные сети, сети автозаправок и иные сети, формально подпадающие под определение торговой сети, но фактически не осуществляющие торговлю потребительскими товарами в качестве основной деятельности.

Мы будем отслеживать дальнейшие изменения законодательства и правоприменительной практики по Закону о торговле и держать вас в курсе актуальных тенденций в этой области.

⁵ Обращаем внимание, что это дело не следует путать с другим делом, возбужденным ФАС против торговой сети Лента применительно к услугам, связанными с транслированием скидки в рамках проведения рекламной акции, направленной на привлечение интереса потребителей к товару, реализуемому по специальной цене». Решением ФАС № 5-9-1/00-18-16 от 08 июля 2016 года данное дело было прекращено в связи с отсутствием дискриминации.