

О результатах проверок договоров поставки между торговыми сетями и поставщиками продовольственных товаров на соответствие требованиям Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»

Федеральным законом от 03.07.2016 № 273-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» (далее – Закон № 273-ФЗ) внесены следующие наиболее существенные изменения.

1. Федеральный закон от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее – Закон о торговле) дополнен новой частью 6, предусматривающей, что установленные Законом о торговле антимонопольные правила, требования, запреты на действия (бездействие) хозяйствующих субъектов распространяются также на действия (бездействие) лиц, входящих с ними в одну группу лиц.

2. Установление в Законе о торговле совокупного размера вознаграждения, выплачиваемого торговой сети в связи с приобретением у поставщика определенного количества продовольственных товаров, а также платы за оказание услуг по продвижению товаров, логистических услуг, услуг по подготовке, обработке, упаковке указанных товаров, иных подобных услуг до 5% от цены приобретенных продовольственных товаров.

Одновременно Законом № 273-ФЗ предусматривается, что при расчете указанного совокупного размера вознаграждения не учитывается налог на добавленную стоимость (НДС), а в отношении подакцизных продовольственных товаров не учитывается также сумма акциза, исчисленная в соответствии с налоговым законодательством Российской Федерации.

До этого Закон о торговле ограничивал вознаграждение в пределах 10% за объем поставленных товаров, не учитывая плату за иные услуги по отдельным договорам. Вознаграждение рассчитывалось с учетом НДС и акциза.

3. Снижение ранее предусмотренных Законом о торговле сроков оплаты поставляемых продовольственных товаров:

- в отношении продовольственных товаров, на которые срок годности установлен менее чем 10 дней, срок оплаты не должен превышать 8 рабочих дней со дня приемки таких товаров торговой сетью (*было – 10 рабочих дней*);

- в отношении продовольственных товаров, на которые срок годности установлен от 10 до 30 дней включительно, срок оплаты не должен превышать 25 календарных дней (*было – 30 календарных дней*);

- в отношении продовольственных товаров, на которые срок годности установлен свыше 30 дней, а также алкогольной продукции, произведенной на территории Российской Федерации, срок оплаты не должен превышать 40 календарных дней (*было – 45 календарных дней*).

5. Законом № 273-ФЗ уточнен перечень недопустимых условий и запретов,

касающихся выплат между торговыми сетями и поставщиками продовольственных товаров (безусловные запреты).

4. Закрепление запрета не только на включение в договор недопустимых условий, но и на исполнение таких незаконных условий договора поставки продовольственных товаров. При этом увеличивается количество составов административных правонарушений (незаконным будет являться не только включение в договор поставки недопустимых условий, но и их исполнение в соответствующей части).

6. Законом № 273-ФЗ уточнены антимонопольные нормы, касающиеся запретов создания дискриминационных условий. Внесенные в этой части изменения предполагают установление четких требований к участникам рынка и направлены на борьбу со складывающейся негативной практикой создания дискриминационных условий. Следует отметить, что данные изменения направлены на приведение норм, устанавливающих антимонопольные правила в сфере торговой деятельности, в соответствие с правовыми основами и принципами антимонопольного регулирования в Российской Федерации.

7. Законом № 273-ФЗ уточняется редакция нормы Закона о торговле, касающейся запрета на использование договора комиссии или смешанного договора, содержащего договора комиссии.

Данные изменения были предложены в связи с тем, что основные принципы, правовая природа и структура договорных отношений договоров поручения и агентских договоров является идентичной договорам комиссии, а последствия использования всех трех видов указанных договоров при осуществлении оптовой торговли практически одинаковы.

Стоит отметить, что данный запрет был установлен и ранее, редакция нормы была лишь уточнена с учетом юридической техники и судебной практики. Принятая редакция нормы не ввела дополнительных запретов и ограничений, а лишь уточнила прежнюю редакцию.

Кроме того, нормой введено 2 исключения (не существовавших ранее): посреднические сделки не запрещены внутри группы лиц и внутри одной торговой сети (использование товарного знака либо иного средства индивидуализации).

8. Законом № 273-ФЗ внесены изменения в КоАП:

1) предусматривающие увеличение до одного года срока привлечения к административной ответственности за нарушение законодательства о торговой деятельности (до этого было 2 месяца);

2) в диспозициях соответствующих статей КоАП предусмотрены запреты и административная ответственность не только за включение запрещенных условий, но и за исполнение (реализацию) данных условий;

3) остальные изменения в КоАП обусловлены одновременным внесением изменений Закон о торговле.

Закон № 273-ФЗ вступил в силу 15 июля 2016 года.

Действующие договоры должны быть приведены в соответствие с положениями Закона № 273-ФЗ до 1 января 2017 года.

Правительством Российской Федерации поручено ФАС России осуществить проверку договоров поставки между торговыми сетями и поставщиками продовольственных товаров, заключенных или перезаключенных после 15 июля 2016 г., на соответствие их положений требованиям Закона о торговле.

В свою очередь ФАС России дано поручение территориальным органам ФАС России провести проверки деятельности торговых сетей и поставщиков продовольственных товаров на предмет соответствия требованиям антимонопольного законодательства и нормам Закона о торговле в редакции Закона № 273-ФЗ, в рамках которого следовало дать оценку правоотношениям, возникающим при осуществлении торговой деятельности продовольственными товарами, между:

1) торговыми сетями, находящимися и осуществляющими деятельность по продаже продовольственных товаров на подведомственной территориальному управлению территории, в том числе на основании договоров коммерческой концессии, и поставщиками продовольственных товаров, находящимися на подведомственной территориальному управлению территории;¹

2) торговыми сетями, осуществляющими деятельность по продаже продовольственных товаров на территории двух и более субъектов Российской Федерации, в части ведения торговой деятельности (в том числе на основании договоров коммерческой концессии) на подведомственной территориальному управлению территории и поставщиками продовольственных товаров, находящимися на подведомственной территориальному управлению территории.²

Цель проверочных мероприятий – установить степень имплементации внесенных Законом № 273-ФЗ изменений, а также выявление проблем применения положений Закона о торговле (в ред. Закона № 273-ФЗ) и необходимости внесения соответствующих изменений.

Во исполнение указанного поручения Правительства Российской Федерации и ФАС России в феврале 2017 года территориальными органами ФАС России проводился комплекс проверочных мероприятий на предмет выявления нарушений антимонопольных правил, законодательства о торговле в отношении торговых сетей, осуществляющих деятельность на территории соответствующих регионов.

Проверки территориальным органам ФАС России проводились в соответствии с полномочиями, процедурами и сроками, установленными статьей 25.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Административным регламентом Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства Российской Федерации, утвержденным приказом ФАС России от 25.05.2012 № 340.

Так статьей 25.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите

¹ Между так называемыми «региональными» торговыми сетями и «региональными» поставщиками продовольственных товаров, находящимися на подведомственной территориальному управлению территории.

² Между так называемыми «федеральными» торговыми сетями в части ведения торговой деятельности на подведомственной территориальному управлению территории и поставщиками продовольственных товаров, находящимися на подведомственной территориальному управлению территории.

конкуренции» установлены процедура проведения проверок антимонопольным органом, правовые основания проверок, их возможные формы и пределы полномочий сотрудников антимонопольного органа при их проведении.

Сроки и последовательность действий (административных процедур) при исполнении ФАС России и территориальными органами ФАС России государственной функции по проведению проверок определены Административным регламентом Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства Российской Федерации, утвержденным приказом ФАС России от 25.05.2012 № 340.

В общей сложности была проведена **701 проверка**³ в отношении хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность посредством организации торговых сетей федерального, регионального (межрегионального), муниципального уровней.

Факты, содержащие признаки нарушения антимонопольных правил, законодательства о торговле были выявлены в **69 регионах** Российской Федерации.

Из 11 266 проанализированных договоров по всем торговым сетям, выявлено в общей сложности 1 261 нарушение в договорах поставки, заключенных с поставщиками продовольственных товаров, что составляет 11% от общего числа проверенных договоров.

Виды наиболее распространенных нарушений:

1. В 439 договорах поставки (34% от общего числа выявленных нарушений) территориальными органами ФАС России выявлены признаки нарушений части 7 статьи 9 Закона о торговле, выразившегося в неприведении договоров с поставщиками продовольственных товаров в соответствие с требованиями Закона № 273-ФЗ, а также в заключении новых договоров с поставщиками продовольственных товаров на условиях отсрочки оплаты поставленных продовольственных товаров с нарушением действующего законодательства о торговле.

2. В 282 договорах поставки (22% от общего числа выявленных нарушений) территориальными органами ФАС России выявлены признаки нарушений части 4 статьи 9 Закона о торговле, в части установления для поставщиков продовольственных товаров обязанностей по выплатам вознаграждений свыше установленного законом размера 5%.

В отдельных случаях выявлены факты, когда торговые сети формально приведя договоры с поставщиками продовольственных товаров в соответствие с требованиями законодательства, обеспечили заключение договоров на оказание услуг с иной подконтрольной организацией, что приводит к конечному установлению для поставщиков обязанностей по выплатам вознаграждений, свыше установленных законом 5%.

Выявлены факты установления вознаграждения за приобретение определенного количества продовольственных товаров, входящих в Перечень

³ Здесь и далее по тексту данные указаны по состоянию на 10 марта 2017 года.

отдельных видов социально значимых продовольственных товаров, за приобретение определенного количества которых не допускается выплата вознаграждения.

Следует отметить, что при проверках некоторых торговых сетей федерального уровня установлено, что с некоторыми поставщиками, в договоре поставки, с которыми предусмотрен максимальный размер вознаграждения за объем в размере 5%, при этом также заключены и договоры на оказание поставщикам маркетинговых услуг. Представляется, что оплата дополнительных услуг торговой сети поставщиком при максимальном вознаграждении невозможна без нарушения ограничения, предусмотренного частью 4 статьи 9 Закона о торговле (т.е. суммарное вознаграждение превысит 5%).

3. 154 нарушения (12% от общего числа выявленных нарушений) выявлено по части 1 статьи 9 Закона о торговле, связанных с раскрытием информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки продовольственных товаров и о существенных условиях такого договора на своем сайте в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

При проведении проверочных мероприятий территориальные органы ФАС России столкнулись со следующими проблемами:

1. Проверки в настоящее время не завершены и продлены, учитывая большой объем анализируемых договоров поставки и проверяемых торговых сетей.

2. Проверяемые торговые сети не предоставили истребуемую информацию, ссылаясь на сжатые сроки исполнения запросов/требований, большое количество проводимых проверок, отсутствие в поручении Правительства Российской Федерации указания проверять договоры поставки, заключенные до вступления в силу Закона № 273-ФЗ.

3. Проверки торговых сетей регионального (муниципального) значения проводились по месту регистрации юридических лиц, Инспекциями осуществлялись выездные контрольные мероприятия.

Проверки федеральных торговых сетей проводились в документальной форме, территориальными органами ФАС России проанализированы договоры поставки, заключенные с поставщиками, зарегистрированными в соответствующих регионах, предоставленные торговыми сетями в ответ на запросы информации, требования, направленные в рамках проверок.

Нарушения в большинстве случаев были выявлены в деятельности региональных и муниципальных торговых сетей, в отношении которых осуществлялись выездные контрольные мероприятия, что свидетельствует о низкой эффективности проверок в документальной форме в отношении федеральных торговых сетей, по договорам поставки, предоставленным выборочно торговыми сетями.

4. Результаты проведенных проверок свидетельствуют о низкой осведомленности как хозяйствующих субъектов, осуществляющих розничную торговлю продовольственными товарами посредством организации торговой сети (региональные и муниципальные торговые сети), так и поставщиков об изменениях, внесенных в Закон о торговой деятельности Законом № 273-ФЗ.

5. У многих региональных и муниципальных торговых сетей отсутствуют официальные сайты в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», либо не обеспечивается раскрытие информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки продовольственных товаров и о существенных условиях такого договора на своем сайте (выявлено 154 нарушения в 42 регионах Российской Федерации).

Отсутствие в Законе о торговле четкой регламентации содержания, состава информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки продовольственных товаров и о существенных условиях такого договора, предусмотренной частью 1 статьи 9 закона, стандарта раскрытия такой информации затрудняет возможность объективной оценки полноты/неполноты такой информации и квалификации ее объема и содержания с точки зрения наличия административных правонарушений. Такая ситуация порождает различные толкования применения данной нормы участниками рынка, территориальными органами ФАС России и судами.

Кроме того, что в ходе проведения проверочных мероприятий территориальными органами ФАС России проводились опросы, выборочно направлялись запросы информации в адрес поставщиков продовольственных товаров, имеющих действующие договоры с торговыми сетями.

В общей сложности на территории Российской Федерации было опрошено порядка 2 600 поставщиков.

По результатам анализа опросов поставщиков было установлено, что большинство торговых сетей федерального, регионального, муниципального уровней в установленный законодательством срок провели договорную кампанию и перезаключили договоры поставки, либо внесли изменения в действующие договоры, с учетом требований Закона № 273-ФЗ.

Число поставщиков продукции и производителей, осуществлявших поставки в соответствии с ранее действующим законодательством и прекратившими сотрудничество в связи с новыми утвержденными положениями, изменилось незначительно.

По результатам проведенных опросов в целом можно отметить положительную динамику изменения условий договоров поставки продовольственных товаров - подавляющее большинство договоров в настоящее время соответствуют требованиям действующего законодательства.

Однако, оценить на соответствие требованиям Закона о торговле (в редакции Закона № 273-ФЗ) реализацию (исполнение) тех либо иных условий договоров и в целом взаимоотношений между поставщиками и торговыми сетями не представляется возможным в столь короткий срок (например, ряд положений договоров в частности касающихся оказания услуг на момент проведения проверок не применялся, либо услуги еще не были оказаны, в связи с чем не могла быть дана оценка размеру взимаемого совокупного вознаграждения).

При проведении проверок отмечен тот факт, что большинство федеральных сетей в 2016-2017 гг. отказались от взимания вознаграждений (бонусов) за определенное количество приобретенного товара и платы за оказание услуг по

продвижению товаров, логистических услуг, услуг по подготовке, обработке, упаковке этих товаров, иных подобных услуг.

Вместе с тем, в ходе проведения проверок установлено, что федеральные торговые сети увеличили штрафные санкции за нарушение условий договоров поставки, а также вынуждают поставщиков поставлять продовольственные товары в федеральные торговые сети по ценам, отличающимся от цен на аналогичные продовольственные товары, поставляемые в региональные (муниципальные) сети.

Согласно сведениям, предоставленным одним из поставщиков, закупочная цена федеральных торговых сетей ниже закупочных цен региональных сетей, что свидетельствует о возможности со стороны федеральных торговых сетей навязывать поставщикам продовольственных товаров заключение договоров на более выгодных условиях для торговой сети.

Учитывая изложенные обстоятельства, федеральные торговые сети находятся в преимущественном положении не только по отношению к поставщикам продовольственных товаров, но и региональным (муниципальным) торговым сетям, поскольку имеют возможность закупать товар у поставщиков по более низким ценам.

По результатам опроса поставщиков и проведении проверок следует отметить тенденцию выставления торговыми сетями условий о безусловном снижении поставщиком цены поставки при ведении переговоров о заключении (перезаключении) договоров либо заключении дополнительных соглашений, связанных с приведением условий договоров в соответствие с требованиями Закона № 273-ФЗ, а также при исполнении заключенных договоров.

Соглашением сторон договора поставки продовольственных товаров может предусматриваться предоставление хозяйствующим субъектом, осуществляющим поставки продовольственных товаров, хозяйствующему субъекту, осуществляющему торговую деятельность, скидки или скидок, уменьшающих цену товара способами и по основаниям, согласованным сторонами этого договора.

По мнению ФАС России, предоставление скидки или скидок в отношении товара, ранее поставленного хозяйствующему субъекту, осуществляющему торговую деятельность, не допустимы, за исключением случаев, если стороны договорились о предоставлении такой скидки или скидок в договоре поставки.

При этом при предоставлении скидок должны соблюдаться положения части 1 статьи 13 Закона о торговле, которые могут быть нарушены в том числе путем злоупотребления предоставлением скидок на товар, поставленный либо приобретенный в предыдущие периоды.

При всех обстоятельствах устойчивость договора обладает самостоятельной ценностью в экономических отношениях и нуждается в защите.

По мнению ФАС России, вопросы предоставления скидок, уменьшающих цену поставки товара, требуют дополнительного исследования с точки зрения влияния на устойчивость соглашений и экономических последствий.

Обращает на себя внимание тот факт, что в договорах поставки ряда торговых сетей с поставщиками предусмотрено право потребовать проведение торговой сетью или указанным ей третьим лицом аудита поставщика, то есть проверки деятельности поставщика, позволяющей установить исполнение последним требований

нормативных актов к процессам производства, хранения и транспортировки товаров. При этом поставщик обязан обеспечить проведение такого аудита. Аудит проводится на возмездной основе за счет поставщика. Аудит производится относительно документации, описывающей процессы производства, а также зданий и сооружений, непосредственно используемых в процессах производства, хранения, перевозки, реализации сырья и готовой продукции. Отказ поставщика от обеспечения аудита является основанием для отказа торговой сетью от исполнения договора.

Также установлено ужесточение торговыми сетями требований, касающихся факторинга и связанных с ним вопросов обмена электронными документами, например:

- установления штрафа для поставщиков при изменении получателя платежа по договору поставки (т.е. за факт использования факторинга);

- введение условия об использовании факторинга при одновременном снижении поставщиком цены поставки (при попытке поставщика воспользоваться факторингом без соответствующего снижения цены принимаются меры, направленные на расторжение договора с таким контрагентом);

- введение платной регистрации каждой факторинговой сделки у специального оператора электронного документооборота, в случае отказа фактора от такого «сотрудничества» оказывает давление на поставщика с целью перехода к более «лояльному» фактору;

- требование о предоставлении неограниченного сверху поручительства банка за поставщика по оплате услуг и штрафов при использовании факторинга.

Следует отметить, что с июля 2016 года ФАС России ведется комплексная работа по адвокатированию и подготовке разъяснений по вопросам применения Закона о торговле в редакции Закона № 273-ФЗ.

Работа над разъяснениями ведется в том числе в рамках созданной при ФАС России Рабочей группы по разработке рекомендаций по предоставлению скидок на товар (далее — Рабочая группа), в состав которой входят представители Минпромторга России, а также представители ассоциаций и объединений, работающих в сфере розничной торговли, и другие участники рынка.

В сентябре 2016 года на официальном сайте ФАС России размещен первый пакет разъяснений ФАС России по некоторым вопросам применения Закона о торговле в редакции Закона № 273-ФЗ для неопределенного круга лиц (исх. АК/60976/16 от 05.09.2016).

18 ноября 2016 года ФАС России состоялось заседание Рабочей группы, итогом которого стало опубликование на сайте ФАС России второго пакета разъяснений ФАС России по некоторым вопросам применения Закона о торговле в редакции Закона № 273-ФЗ для неопределенного круга лиц (исх. АК/79913/16 от 18.11.2016).

Подготовка второго пакета разъяснений стала итоговым проектом Рабочей группы, в связи с тем, что изначально созданная группа с немногочисленным составом участников в настоящее время переросла в формат Экспертного совета по торговле. В будущем состав Рабочей группы продолжит работу в рамках Экспертного совета ФАС России по развитию конкуренции в сфере розничной торговли.

Кроме того, в целях единообразного применения территориальными органами ФАС России положений Закона о торговле ЦА ФАС России в адрес руководителей территориальных органов были направлены разъяснения по вопросам применения Закона о торговле, в том числе о порядке осуществления контроля (надзора) за соблюдением положений статей 9, 13-15 Закона о торговле (исх. № АК/50406/16 от 22.07.2016, исх. № АК/63121/16 от 13.09.2016).

Следует отметить, с 4 июля 2016 года Законом о торговле предусмотрены «иммунитеты» для малого и среднего бизнеса. Так, положения статей 13 и 14 Закона о торговле не распространяются на хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность, хозяйствующих субъектов, осуществляющих поставки продовольственных товаров, выручка которых (их группы лиц, определяемой в соответствии с антимонопольным законодательством) от реализации товаров за последний календарный год не превышает 400 млн. руб., а также хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность посредством организации торговой сети, совокупная выручка от реализации товаров которых в рамках одной торговой сети за последний календарный год не превышает 400 млн. руб.

Учитывая сроки реализации поручения Правительства Российской Федерации представленные в настоящем докладе данные носят предварительный характер.

В связи с чем, окончательные выводы о практике применения положений Закона о торговле и дать объективную оценку правоотношениям между поставщиками продовольственных товаров и торговыми сетями возможно будет после завершения соответствующих проверок торговых сетей и анализа необходимых документов и сведений. В случае выявления признаков нарушения Закона о торговле антимонопольными органами будут приняты соответствующие меры антимонопольного реагирования в рамках предоставленных полномочий в соответствии с установленными законом сроками и процедурами.