

# Поставка товаров в розничную сеть. Как избавиться от нагрузки в виде платы за маркетинговые услуги

**Зона риска:** поставки продовольственных товаров в розничную торговую сеть |  
**Участники:** ритейлер и поставщик | **Негативные последствия:** навязывание поставщику  
наряду с договором поставки договора возмездного оказания услуг

## Сделка

Когда поставщики продовольственных товаров заключают договор поставки с розничной торговой сетью, им, как правило, приходится соглашаться еще и на договор, согласно которому торговая сеть оказывает различные дополнительные услуги, связанные с продвижением товаров поставщика. Часть 12 статьи 9 Федерального закона от 28.12.09 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ» (далее – закон о торговле) запрещает торговым сетям навязывать поставщикам дополнительные услуги. Однако эта статья полностью запрещает включать условия о таких услугах в договоры поставки. Заключать отдельный договор об услугах можно (п. 11 ст. 9 закона о торговле). В то же время торговым сетям запрещено понуждать поставщиков к заключению договора оказания услуг (то есть обуславливать заключение договора поставки обязательным заключением договоров о каких-либо дополнительных услугах).

Разумеется, доказать факт навязывания договора оказания услуг непросто. В действительности же у поставщиков, как правило, нет возможности заключить договор поставки без дополнительной нагрузки в виде договора оказания услуг по продвижению товаров. Зачем этот договор нужен торговым сетям, понять нетрудно. До принятия закона о торговле была широко распространена практика взимания торговыми сетями со своих поставщиков вознаграждений за приобретение у них определенного количества товаров. То есть, закупая у поставщика товар для реализации, торговая сеть одновременно требовала с поставщика вознаграждение за то, что она предоставляет ему хорошую возможность для сбыта своей продукции. После появления закона о торговле эта практика не прекратилась, но специальная норма установила предел для подобного вознаграждения – его размер



**Алексей Дарков,**  
ведущий юрист департамента  
консультаций и судебной защиты  
юридической фирмы «АВЕНТА»

не может превышать 10 процентов от цены приобретенных продовольственных товаров (ч. 4 ст. 9 закона о торговле). Выйти за этот предел торговым сетям как раз зачастую помогают договоры об оказании поставщикам маркетинговых услуг – по ним размер вознаграждения не ограничен. Торговая сеть зачитывает сумму вознаграждения за свои услуги в счет оплаты товаров, причитающейся поставщику по договору поставки, и поставщик получает меньшую сумму, чем получил бы в случае отсутствия договора оказания услуг.

## Риски

В условиях экономического кризиса любая дополнительная финансовая нагрузка становится критичной для рентабельности бизнеса, поэтому у руководства компании-поставщика может возникнуть вопрос о том, как избавиться от договора оказания маркетинговых услуг (если компания не видит в нем практической пользы), какие аргументы можно использовать в переговорном процессе и какова целесообразность доведения спора до суда. Особенно остро проблема проявляется в случае увеличении объема или повышении стоимости услуг, оказанных розничной сетью в рамках соответствующего договора.

Казалось бы, возможно элементарное решение проблемы. **Заказчик вправе в любое время немотивированно отказаться от договора возмездного оказания услуг, оплатив исполнителю фактически понесенные им расходы** (п. 1 ст. 782 ГК РФ). Но в действительности это не выход – у розничной сети есть свои рычаги давления на поставщиков. Она может просто перестать направлять контрагенту заявки на отгрузку товаров по основному договору поставки, тем самым фактически приостанавливая его действие, хотя и без расторжения. Формально такие действия (точнее, бездействие) розничной сети не нарушают ни закон, ни договор поставки, но поставщик при этом несет убытки в связи утратой возможности сбыта своей продукции.

## Меры противодействия

В описанной ситуации поставщик может прибегнуть к административным способам влияния на ритейлера и пожаловаться в антимонопольный орган. Основание – нарушение запрета, установленного частью 12 статьи 9 закона о торговле. А именно запрета понуждать поставщика при заключении договора поставки к заключению договора возмездного оказания услуг, направленного на продвижение товаров. Торговой сети грозит за это нарушение довольно серьезный штраф – от 3 до 5 млн рублей (ч. 6 ст. 14.42 КоАП РФ). До того как решить вопрос о привлечении к административной ответственности, антимонопольный орган, как правило, выносит предписание о прекращении нарушения (ч. 2 ст. 16 закона о торговле, п. 2 ч. 1 ст. 23 Федерального закона от 26.07.06 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»), что само по себе может принести поставщикам пользу, если торговая сеть это предписание исполнит.

 Правда, право на немотивированный отказ от договора может быть обусловлено специальной платой. Арбитражная практика и раньше признавала такую возможность (п. 4 постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.14 № 16 «О свободе договора и ее пределах»), а с 1 июня 2015 года она прямо предусмотрена в Гражданском кодексе (п. 3 ст. 310 ГК РФ).

## Рискованная сделка

При использовании такого варианта борьбы с практикой навязывания договоров на оказание услуг важна активность сразу нескольких поставщиков товаров одной категории. Во-первых, в таком случае ниже риск того, что из-за конфликта торговая сеть прекратит отношения по поставкам (потеря сразу целого ряда поставщиков более ощутима для сети, чем потеря только одного поставщика). Во-вторых, это поможет сформировать необходимую доказательственную базу для антимонопольного органа.

Как уже отмечалось выше, доказать факт понуждения к заключению договора оказания услуг не так просто. Но тем не менее это возможно. Однако важно

### Дифференцированная плата за услуги как дискриминация поставщиков

В договорах оказания услуг по продвижению товаров есть еще один нюанс, который может привлечь внимание антимонопольного органа. Правда, нет гарантии, что это внимание может принести ощутимую пользу поставщикам.

Чаще всего цена услуг устанавливается в процентах от общей цены товаров, поставленных по договору поставки. То есть налицо неразрывная связь договора поставки и договора оказания услуг. Антимонопольные органы считают такие условия договоров оказания услуг дискриминационными для тех поставщиков, которые платят за услуги больше других из-за более высокого товарооборота. Логика такого подхода заключается в следующем: если не доказано, что объем и состав услуг были разными, то получается, что за одни и те же услуги, оказанные в одинаковом объеме, разные поставщики платят разную цену. Те, кто заплатил больше, оказываются в дискриминированном положении по отношению к тем, для кого цена услуг оказалась ниже. В законе о торговле есть норма, прямо запрещающая торговым сетям создавать дискриминационные условия для поставщиков (п. 1 ч. 1 ст. 13 закона о торговле). За нарушение этой нормы предусмотрен штраф в размере от 2 до 5 млн рублей (ч. 1 ст. 14.40 КоАП РФ).

Но поставщикам важно понимать, что, во-первых, дискриминированными в такой ситуации считаются только крупные контрагенты торговой сети (те, у кого самые высокие объемы поставок), а не все поставщики. Во-вторых, суды не всегда разделяют мнение антимонопольных органов. Одни суды подтверждают позицию УФАС относительно того, что дифференци-

рованная цена за одни и те же услуги – это дискриминация (см. постановление ФАС Московского округа от 10.04.14 по делу № А40-55495/12-21-533). Но есть и другое мнение: чтобы расценить такое условие в качестве дискриминационного для конкретных поставщиков, необходимо анализировать сведения не только об объеме их товарооборота, но и о финансовом положении. Кроме того, торговая сеть может предложить иную точку зрения, и не исключено, что суд ее поддержит: дискриминационной является не дифференцированная цена на услуги, а, наоборот, твердая цена. Твердая цена поставила бы в неравное положение разных поставщиков, потому что они несли бы разные расходы по отношению к своему товарообороту (доходам от поставок товаров), тогда как дифференциация цены в зависимости от товарооборота позволяет сделать ее в равной степени справедливой для всех (постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 03.09.12 по делу № А56-1963/2012).

В-третьих, нужно понимать, что даже если суд займет ту же позицию, что и УФАС, и посчитает цену услуг в процентах от товарооборота дискриминационной, то все, что это даст поставщикам, – это только пересмотр торговой сетью условий о цене услуг, но не избавление от договора оказания услуг в целом. Причем не факт, что новая твердая цена услуг окажется для поставщиков более выгодной.

учитывать, что даже если антимонопольный орган найдет основания для предписания и возбуждения дела об административном нарушении, то торговая сеть скорее всего оспорит в суде и предписание, и постановление. Поэтому важен не только и не столько сам факт вынесения антимонопольным органом соответствующего постановления, а чтобы в этом постановлении были отражены все необходимые аргументы, на которые обращают внимание арбитражные суды. Сбором и анализом доказательств занимается антимонопольная служба, но в интересах поставщиков оказать ей в этом содействие.

**Доказывание навязывания услуг.** В качестве иллюстрации можно привести удачный пример, когда решение антимонопольного органа о привлечении торговой сети к ответственности по части б статьи 14.42 Кодекса об административных нарушениях в дальнейшем устояло и в суде. Это дело № А56-34718/2012.

В данном деле были следующие обстоятельства. Территориальное управление ФАС России (далее – УФАС) проверило торговую сеть и установило, что помимо договоров поставки торговая сеть заключала с поставщиками договоры оказания услуг по продвижению поставляемых товаров. Эти услуги включали, в частности, специальные акции в новых торговых комплексах (размещение товара в таком магазине на специальном оборудовании в течение согласованного срока), специальные акции для новых товаров, которые конкретный поставщик ранее в торговую сеть не поставлял, акции при обновлении товара, а также промоушен-услуги.

Плату за эти услуги поставщики отдельно не перечисляли, торговая сеть просто засчитывала стоимость услуг как свои встречные требования при оплате товаров поставщиков. При этом договоры поставки предусматривали вознаграждение торговой сети за приобретение у поставщиков определенного количества продовольственных товаров, и размер этого вознаграждения не превышал максимально возможных 10 процентов от цены товаров.

УФАС пришло к выводу, что фактически договоры поставки и оказания услуг представляли собой один пакет документов (заключение договора поставки невозможно без заключения договора оказания услуг) и вознаграждение по этим двум договорам суммировалось. Следовательно, действительный размер вознаграждения превышал установленные законом 10 процентов. УФАС привлекло торговую сеть к ответственности, но она обжаловала это постановление в суде. Первая и апелляционная инстанции посчитали вмененное заявителю нарушение недоказанным, но кассация отменила эти судебные акты и поддержала позицию УФАС (постановление ФАС Северо-Западного округа от 07.10.13 по делу № А56-34718/2012, определением ВАС РФ от 24.01.14 № ВАС-19836/13 отказано в передаче дела на пересмотр в надзоре). Рассмотрим те аргументы, которые убедили суд в том, что торговая сеть навязывала своим поставщикам договоры оказания услуг.

Во-первых, УФАС сопоставило финансовые данные относительно оплаты, полагавшейся разным поставщикам за поставленные товары, и размера оплаты, полагавшейся от поставщиков торговой сети по договорам оказания услуг. Ока-

## Nota bene!



Перед тем как обратиться в антимонопольный орган, поставщику имеет смысл вступить в переписку с торговой сетью, заявив о своей незаинтересованности в действии договора оказания услуг. При удачном развитии событий вопрос удастся урегулировать путем переговоров, и отказ от услуг не отразится на действии договора поставки. В случае негативного настроения торговой сети такая переписка тоже может пригодиться, если в ней проявится намерение торговой сети «заморозить» договор поставки из-за отказа от услуг. Для антимонопольного органа это послужит дополнительным доказательством взаимосвязанности договоров поставки и оказания услуг, а также навязывания последнего поставщику.

## Рискованная сделка

### Nota bene!

 **Обстоятельства, которые могут убедить суд в том, что договор оказания услуг поставщикам навязан:**

- 1) договоры поставки и оказания услуг заключены в одно время «в одном пакете» и не были расторгнуты поставщиками;
- 2) оплата за услуги составляет значительную часть от выручки поставщиков по договорам поставки;
- 3) оплата услуг происходит не путем перечисления средств торговой сети, а через зачет обязательств по основному договору поставки.

залось, что у разных поставщиков годовой размер оплаты услуг по отношению к размеру оплаты товаров составлял от 31,5 до 82,5 процента. В двух случаях этот показатель и вовсе составил 139 и 776 процентов, то есть поставщики «ушли в минус» (в первом случае поставщик поставил товар на сумму 70 200 рублей, а за услуги заплатил 97 710 рублей, во втором случае поставщик поставил товар на сумму 17 600 рублей, а за услуги заплатил 136 500 рублей). При этом чистая прибыль торговой сети за анализируемый период составила свыше 2,9 млрд рублей. Следовательно, поставщики вступали в экономически невыгодные для себя отношения.

Во-вторых, суд учел, что суммы вознаграждений не оплачивались поставщиками, а зачитывались торговой сетью как встречные требования от денежных сумм в рамках договоров поставки (это подтверждало, что договор поставки и договор оказания услуг шли единым пакетом документов и имели общую цель).

В-третьих, торговая сеть направляла своим контрагентам договор оказания услуг вместе с договором поставки, и их необходимо было подписать одновременно. Это следовало из пояснений ряда поставщиков. Интересно, что некоторые поставщики дали объяснения в пользу торговой сети – по их словам, они имели возможность отказаться от заключения договоров оказания услуг. Именно этот факт лег в основу выводов нижестоящих судов о недоказанности навязывания услуг поставщикам. Однако кассационная инстанция отметила, что это еще не свидетельствует об отсутствии нарушений в отношении других поставщиков. Нарушение, выразившееся в навязывании заключения договора, может проявляться и применительно к отдельным поставщикам.

В-четвертых, кассационная инстанция согласилась с еще одним косвенным доказательством неразрывности двух договоров. А именно: по итогам анализируемого года ни один поставщик не расторг договор оказания услуг, несмотря на его явную экономическую невыгодность. Следовательно, расторжение этого договора автоматически повлекло бы за собой расторжение договора поставки.

Кстати, в другом деле успешно сработал еще один косвенный аргумент УФАС в пользу того, что торговая сеть вынуждала поставщиков заключать договоры оказания услуг: у торговой сети не оказалось ни одного договора поставки, который не сопровождался бы договором оказания услуг (постановление ФАС Московского округа от 10.02.12 по делу № А40-10728/11-119-106). В этом деле сработал еще и тот факт, что по условиям договора перечень услуг, их количество и сроки предоставления исполнитель (торговая сеть) определял самостоятельно. Причем конкретный состав услуг так и не был назван ни в договоре, ни в актах их оказания.

**Меры защиты в плоскости гражданского права.** Иногда поставщики предпринимают попытки избавиться от договора оказания услуг по продвижению товаров, используя для этого гражданско-правовые основания. В судебной практике очень мало примеров, когда поставщики прибегали к такому способу защиты своих прав. Вероятно, это связано с тем, что попытка «нейтрализовать» договор оказания услуг через применение норм о недействительности договора

возникает лишь в случае серьезного конфликта – если поставщик решил прекратить сотрудничество с торговой сетью и при этом он рассчитывает только на свои силы (другие поставщики боятся испортить отношения с торговой сетью, поэтому нет возможности массово обратиться в УФАС).

Имеющаяся судебная практика поставщиков не поддерживает. Так, в одном деле поставщик требовал признать договор оказания услуг по продвижению товара ничтожным из-за противоречия закону о торговой деятельности (ст. 168 ГК РФ). Суд отказал в этом требовании, сославшись на свободу договора (ст. 421 ГК РФ). По мнению суда, спорный договор не нарушал закон о торговле, так как поставщик не смог доказать факт понуждения к заключению этого договора (постановление Поволжского округа от 29.07.13 по делу № А65-9864/2012).

После реформы Гражданского кодекса оспорить такой договор стало еще сложнее, если поставщик какое-то время своими конклюдентными действиями подтверждал его действие (подписывал акты оказания услуг, не возражал против удержания суммы оплаты за услуги из сумм, причитающихся за поставленные товары, подтверждал действие договора в переписке с контрагентом и т. д.). Оспариванию договора в таких обстоятельствах препятствуют абзац 3 пункта 2 статьи 166, а также пункт 2 статьи 431.1 Гражданского кодекса.

Но в то же время, возможно, теперь стоит подумать о применении новых норм, которые предусматривают защиту слабой стороны от несправедливых условий договора (п. 2, 3 ст. 428 ГК РФ). Согласно этим нормам, сторона договора, которая в силу явного неравенства переговорных возможностей (далее – слабая сторона) была поставлена в положение, существенно затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора, разработанных другой стороной, вправе потребовать расторжения или изменения договора. Основание такое: хотя договор и не противоречит закону и иным правовым актам, но он лишает слабую сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, либо содержит явно обременительные для слабой стороны условия, которые она исходя из своих разумно понимаемых интересов не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора.

Главное, чем такой вариант отличается от обычного немотивированного отказа от договора (п. 1 ст. 782 ГК РФ), – это то, что при применении пункта 2 статьи 428 Гражданского кодекса договор не просто расторгается на будущее, а считается не действовавшим с момента его заключения. А значит, можно вернуть деньги.

Основная сложность, которая возникнет в таком споре, связана с вопросом, можно ли применять пункты 2 и 3 статьи 428 Гражданского кодекса применительно к тем ситуациям, когда договор не содержит обременительных условий как таковых, а обременительным является сам по себе весь договор в целом. Иными словами, можно ли рассматривать договор оказания услуг как обременительное условие договора поставки, учитывая, что поставщик поставлен в положение, затрудняющее возможность заключения договора поставки без «дополнения» в виде договора оказания услуг? Вероятно, подход судов будет зависеть от возможности доказать неразрывную связь этих двух договоров. *ак*

 Согласно действующей редакции статьи 168 Гражданского кодекса, договор, нарушающий закон, по общему правилу оспорим, а не ничтожен.

## Nota bene!

 19 мая Госдума приняла в первом чтении законопроект № 704631-6, который должен скорректировать сложившуюся практику взимания вознаграждений за услуги про продвижению товаров. Во-первых, проект ограничивает совокупный размер вознаграждения торговой сети за приобретение товаров и платы за ее услуги про продвижению товаров тремя процентами от цены приобретенных товаров. Во-вторых, проект ужесточает административную ответственность торговых сетей за эти нарушения.