

Лиса и журавль: парадоксы дискриминации



Светлана АВДАШЕВА,
профессор НИУ ВШЭ



Вадим НОВИКОВ,
старший научный сотрудник
РАНХиГС при Президенте РФ

Статья 13 Федерального закона от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее – Закон о торговле) запрещает продовольственным торговым сетям и их поставщикам «создавать дискриминационные условия». Антимонопольные органы стали активно использовать эту норму сразу после вступления ее в силу 1 августа 2010 г. Как представлялось сотрудникам ФАС России, закон дал им простой способ находить нарушения и возбуждать дела: достаточно взять договоры торговой сети (или поставщика) с контрагентами, нажать в Word кнопку «сравнить версии», и выявить в договорах отличия в величине сроков оплаты, розничной наценки или бонусов. Эти отличия и будут необходимым и достаточным свидетельством дискриминации, «царицей доказательств».

Отождествление отличий в условиях договоров с неравным подходом к контрагентам интуитивно убедительно, однако суды, как показывает складывающаяся практика, такую интерпретацию отвергли. Из шести известных нам судебных дел, в которых ФАС России обосновывала наличие дискриминации различиями в текстах договоров и которые закончились вынесенными решениями, ФАС проиграла в первой инстанции четыре дела¹ и еще в одном случае² благоприят-

¹ См. решение Арбитражного суда Чувашской республики по делу № А79-742/2011, оставленное без изменения апелляционной и кассационной инстанциями; решение Арбитражного суда Чувашской республики по делу № А79-743/2011, оставленное без изменения Первым арбитражным апелляционным судом; решение Арбитражного суда Брянской области по делу № А09-5591/2011, а также решение Арбитражного суда Тамбовской области по делу № №А64 – 7738/2011. Здесь и далее данные о вынесенных решениях и постановлениях приводятся по состоянию на 13 января 2012 г.

² См. постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда по делу № 07АП-5857/11, оставленное без изменения постановлением ФАС Западно-Сибирского округа.

ное для ведомства решение суда первой инстанции было пересмотрено в апелляционной инстанции¹. Еще в двух делах ФАС сравнивала не условия договоров торговых сетей с разными поставщиками, а сравнивала выгодность отдельных условий договоров для поставщиков (как класса) и для торговой сети: в одном случае этот подход был отвергнут в первой инстанции², в другом – в апелляционной³.

Очевидно, суды сочли, что дела о дискриминации нельзя разрешать, опираясь только лишь на сопоставление отдельных статей договоров. Среди факторов, которые, по мнению судов, также необходимо принимать во внимание, назывались особенности реализуемой контрагентами продукции и разная привлекательность товаров для потребителей⁴, различия в деловых характеристиках самих поставщиков⁵ и в характере обязательств⁶. Отличия в одном влекут и делают оправданными отличия в другом. Наиболее развернуто эта идея была изложена судьей О.И. Бойко в деле ЗАО «Тандер», которое обвинялось в дискриминации поставщиков гречневой крупы:

¹ Из шести дел, о которых идет речь, позиция ФАС России была последовательно поддержана судами исключительно в деле ООО «Аквамаркет»: решение Арбитражного суда Кемеровской области по делу № А27-2209/2011 было оставлено без изменения апелляционной и кассационной инстанциями.

² См. решение Арбитражного суда Оренбургской области, дело № А47-10047/2010, оставленное без изменения апелляционной и кассационной инстанциями. В этом деле ФАС России сочла дискриминацией поставщиков наличие в договорах поставки пункта о праве торговой сети на возврат нереализованного товара.

³ Девятый арбитражный апелляционный суд в постановлении по делу № 09АП-25545/2011 не согласился с тем, что несимметрично высокие санкции за нарушение условий договоров в отношении поставщиков являются дискриминационными: «в силу того, что в рамках договора поставки у поставщика и у покупателя различные по своему характеру обязательства, то не может быть «симметричных» (сопоставимых) условий в части санкций за их нарушение». Этот вывод суда важен, несмотря на то, что требование ООО «Ашан» и ООО «Атак» о признании недействительными вынесенного решения и предписания ФАС России осталось без удовлетворения.

⁴ Решения по делам № А79-742/2011 и А79-743/2011.

⁵ Постановление по делу № 07АП-5857/11.

⁶ Постановление по делу № 09АП-25545/2011.

Отождествление отличий в условиях договоров с неравным подходом к контрагентам интуитивно убедительно, однако суды, как показывает складывающаяся практика, этот подход отвергли.

«Само по себе отличие сроков оплаты не является дискриминацией остальных поставщиков... Необходимо провести анализ остальных положений договоров, поскольку отдельное условие, являющееся более выгодным, может нивелироваться другими условиями... Нельзя говорить о предоставлении преимущества одному поставщику только исходя из одного условия договора без исследования остальных положений договора, а также без проведения анализа рынка с целью установления влияния данного условия на положение поставщиков – конкурентов»⁷.

Суды не обошли стороной и возможные последствия избранного ФАС России подхода. Так, Седьмой арбитражный апелляционный суд в деле ООО «Розница-1» указал на то, что применение ст. 13 Закона о торговле «таким образом, каким ее применяет антимонопольный орган» приведет к неприемлемому результату, который к тому же противоречит заявленным в Законе о торговле целям:

«Взаимоотношения хозяйствующих субъектов» станут «невозможными», «целью заключения договоров будет не взаимовыгодное сотрудничество, а поиск контрагентов, работающих на одинаковых условиях с уже имеющимися поставщиками и покупателями»⁸.

Обозначив, что «само по себе отличие» отдельных условий договоров нельзя отождествлять с дискриминацией и указав на опасность такой трактовки, суды тем не менее сформулировали, что же именно считать дискриминацией и как идентифицировать ее на практике. Цель настоящей статьи – предложить ответы на эти вопросы.

⁷ Решение по делу № А79-742/2011.

⁸ Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда по делу № 07АП-5857/11.

Дифференциация и дискриминация

Международная и российская практика применения антидискриминационных норм позволяют прояснить ставшее основным предметом спора соотношение между дифференциацией (в интересующем нас случае – условий договора) и дискриминацией (в нашем случае – поставщиков).

Прежде всего наличие дифференциации не является *достаточным* условием дискриминации. Так, согласно разъяснению профильным Комитетом ООН антидискриминационного положения Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (ратифицирован СССР), «*дифференцированное* обращение на запрещенных основаниях будет считаться *дискриминационным*, если обоснование дифференциации не является *разумным и объективным*»¹. В судебной практике применения предусмотренного «антидискриминационной» ст. 14 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ратифицирована Россией) это положение понимается так же: «принцип равенства в обращении будет нарушен, если различие не имеет *объективного и разумного* обоснования»². Сходный подход сложился и в российской практике трудовых споров. Статьи 2 и 3 Трудового кодекса РФ запрещают дискриминацию в сфере труда, однако таковыми считаются не любые различия в приеме на работу или в условиях договора, а лишь такие, которые «не связаны с деловыми качествами работника» (ст. 2 ТК РФ), что является аналогом положения о «разумных и объективных» основаниях дифференциации.

Пример «дифференциации без дискриминации» представлен в американском деле «*Boyce v Safeway*

Дифференциация не является ни достаточным, ни необходимым условием дискриминации.

Stores, Inc» (1972), в котором суд установил, что дифференциация в корпоративном стандарте максимальной длины волос сотрудников в зависимости от пола, дискриминирует на основе пола не больше, чем «требование к мужчинам и женщинам пользоваться разными уборными»³.

Однако дифференциация не является и *необходимым* условием дискриминации. В разъяснении Комитета ООН по экономическим, социальным и культурным правам говорится о возможности «*косвенной дискриминации*», которая «связана с наличием законов, политики или практики, которые на первый взгляд кажутся нейтральными» (так как предусматривают одинаковые требования ко всем), но имеют несоразмерно серьезные последствия для отдельных групп. О возможности «косвенного ограничения прав» или «установления преимуществ» говорит и ст. 64 Трудового кодекса РФ. Известная басня «Лиса и журавль» описывает именно такую косвенную дискриминацию, которая основана на формально равном подходе. В обоих случаях контрагентам предлагалось есть из одинаковой посуды – не обращая внимание на неудобство для журавля плоского блюда, а для лисы – кувшина с узким горлом.

Пример «дискриминации без дифференциации» содержится в деле ЕСПЧ «*Thlimmenos v Greece*» (2000). Истец, Иаковос Тлимменос, входя в религиозную общину Свидетелей Иеговы, отказался служить в армии и был осужден. Впоследствии, когда он захотел стать сертифицированным бухгалтером, ему на основе закона было в этом отказано в связи с наличием судимости. Тлимменос, не согласный с этим, подал в ЕСПЧ и выиграл. По мнению Суда, цель, которая стоит за запретом для судимых людей становится бухгалтерами, не оправдывала запрет на профессию для человека, чьи моральные убеждения не позволя-

¹ Замечание общего порядка № 20. Недискриминация экономических, социальных и культурных прав (пункт 2 статьи 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах), E/C.12/GC/20, 2 июля 2009 г. (<http://www1.umn.edu/humanrts/russian/gencomm/Rescgencom20.html>).

² The case «Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» // Series A. N 6. Para. B. 10 (<http://www.javier-leon-diaz.com/discrimination/Belgian%20Linguistic%20case1.pdf>).

³ http://dc.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19721204_0000106.DDC.htm/qx

ют брать в руки оружие, и, следовательно, законодатель должен был сделать исключение из стандартных правил. Как отметил суд, разное обращение в аналогичной ситуации без объективных и разумных оснований «не является единственным аспектом запрета на дискриминацию в статье 14. Право не быть дискриминируемым в использовании гарантированных Конвенцией прав также нарушается, когда государства без объективного и разумного основания отказываются обращаться по-разному к людям, чьи ситуации значительно отличаются».

Таким образом, общепринятое определение дискриминации в определенном отношении является более узким, чем предлагающийся антимонопольными органами подход. Под него не подпадают случаи дифференциации похожие на «*Boyce v. Safeway Stores, Inc*», где дифференциация имеет объективные и разумные основания. В то же время в другом отношении оно является более широким. Под него подпадают случаи наподобие «*Thlimmenos v. Greece*», где дифференциации нет и где именно у равного подхода отсутствуют объективные и разумные основания. В свете этого определения возможен парадоксальный на первый взгляд результат – отстаиваемая ФАС России унификация условий договоров торговых сетей с поставщиками будет вести к дискриминации, так как деловые характеристики поставщиков, предлагаемые ими товары и ситуации, в которых они находятся, обычно отличаются.

С практической точки зрения из этого определения вытекает следующее: чтобы установить, являются ли те или иные договорные условия дискриминационными по отношению к данному хозяйствующего субъекта, антимонопольный орган должен сравнить их с договорными условиями других хозяйствующих субъектов, а затем – выйти за пределы анализа текста договоров и выяснить, дает ли хозяйственная жизнь объективные и разумные основания для найденного различия или равенства условий договоров. Иными словами, сравнение договоров должно быть дополнено экономическим анализом.

Экономический анализ в делах о дискриминации

В трудовых отношениях правомерное действие работодателя, основанное на «деловых качествах» работника или соискателя, от неправомерного, основанного на предубеждении, отличается тем, что последнее не мотивировано деловыми качествами работника, которые понимаются как его способность «выполнять определенную трудовую функцию»¹. В этой связи дискриминация не может не вредить деловым интересам компании. Гэри Беккер, лауреат Нобелевской премии и автор классической работы «Экономика дискриминации», отмечает, что дискриминируемый вынужден «чтобы иметь дело только с одними группами людей, но не с другими... либо платить за это деньги, либо жертвовать частью потенциального дохода»². С ним согласен и другой лауреат Нобелевской премии, Милтон Фридман: бизнесмен, который дискриминирует, «находится в невыгодном положении», его расходы будут больше, чем у тех, кто руководствуется исключительно соображениями экономической эффективности, а потому у этих лиц в ходе конкуренции «есть хороший шанс вывести его из игры»³.

Сказанное верно и для отношений торговых сетей и поставщиков. Если торговая сеть при выборе между полученными от поставщиков предложениями руководствуется не требованиями конкуренции за потребителя, а субъективными соображениями, она теряет прибыль и рискует разорением. Такие действия не исключены, однако они маловероятны, а потому к выводам о наличии дискриминации необходимо относиться очень осторожно.

Возьмем случай поставщика, условия договора которого с торговой сетью порождают предпо-

¹ См. п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2.

² См.: Беккер Г.С. Человеческое поведение. Экономический подход. М.: ГУ ВШЭ, 2003. С. 201.

³ См.: Фридман М. Капитализм и свобода. М.: Новое издательство, 2006. С. 134.

жение о его дискриминации. Чтобы проверить это предположение, необходимо сравнить то, что он получает от торговой сети, с тем, что за поставленный им товар принято или нормально получать на этом рынке.

Это требует, во-первых, вычисления чистой отпускной цены товара. Из валовой цены, которая записана в договоре, необходимо вычесть все прямые и косвенные скидки (например потери от отсрочки платежа). Договоры, отдельные условия которых отличаются, могут оказаться идентичными с точки зрения конечного результата. Скажем, валовая цена 1 млн руб. в сочетании со скидкой в 2% эквивалентна цене в 980 тыс. руб. при отсутствии скидки.

Во-вторых, необходимо определить характеристики предоставляемых поставщиком товаров и услуг, которые влияют на ценность его предложения для торговой сети: как оценивают товар потребители? товар рекламируется или нет? товар рассчитан на покупателей дискаунтера или магазина премиум-класса? насколько высока надежность поставок? поставщик доставляет товары непосредственно в магазины или в распределительный центр? по какой цене можно продать товар с учетом его цены в магазинах других компаний, и т.д.

В-третьих, требуется провести оценку стоимости предоставляемых поставщиком товаров и услуг по примеру той, что делается оценщиками недвижимости, компаний и других активов. Эта оценка может опираться на сложившуюся на рынке стоимость этих и аналогичных товаров и услуг, на их вклад в финансовые показатели торговой сети или на затраты на их предоставление. Стоит учитывать, что даже при наличии идеальных данных результаты применения различных методов наверняка не будут совпадать, а несовершенство (субъективность, неточность) данных и неполнота учета факторов, которые влияют на цены, вносят дополнительную погрешность, и эта погрешность будет тем больше, чем менее стандартным, привычным для данного рынка является предложение данного поставщика. Как следствие, результатом оценки будет не столько конкретная рыночная

величина цены, сколько диапазон цен, которые являются наиболее вероятными и которые можно считать «естественными» для данного рынка.

Только если получаемая поставщиком цена значительно (или незначительно, но устойчиво) ниже нижней границы этого диапазона, можно говорить о том, что это расхождение свидетельствует скорее о дискриминации поставщика, чем о неточности оценки.

В свете того, что такая оценка наличия дискриминации нередко трудоемка, следует отметить, что во многих случаях проще сделать достаточно надежные выводы об ее отсутствии.

Прежде всего необходимо проверить, существует ли в торговой сети формальная система вознаграждения менеджеров по закупкам. Характеристики этой системы позволяют судить, каким образом заключение договоров с поставщиками отражает интересы торговых сетей. Деловые же интересы торговых сетей в главном соответствуют не только интересам поставщиков, но и общим критериям экономической эффективности. В той степени, в которой розничные продавцы заинтересованы в отборе лучших поставщиков, их действия приводят к повышению конкурентоспособности сектора в целом. С этой точки зрения, если правила отбора поставщиков ориентированы на отбор и сохранение лучших, они должны признаваться объективными и разумными. Если при этом премия, выплачиваемая по результатам работы менеджеров по закупкам, составляет существенную часть их доходов, то наличие дискриминации маловероятно, так как менеджер финансово заинтересован в том, чтобы смотреть на всех поставщиков с точки зрения конкурентоспособности их продукции и добросовестности выполнения контрактных обязательств.

Кроме того, следует убедиться в том, что торговая сеть в принципе имеет возможность для дискриминации. Дискриминация подразумевает, что торговая сеть за счет тех или иных условий договора недоплачивает поставщику по сравнению с тем, что на данном рынке получают другие поставщики. Эко-

номическая теория знает всего два случая, когда это возможно. Один случай – наличие у торговой сети способности в одностороннем порядке оказывать влияние на рынок, индикатором которой можно считать сочетание высоких барьеров входа на рынок и высокой доли торговой сети на рынке. Другой случай – злоупотребление зависимостью в двусторонних отношениях. Если поставщик в рамках отношений с торговой сетью осуществил такие инвестиции, ценность которых при альтернативном использовании мала (например, начал выпускать продукцию, которая не востребована другими розничными торговцами), торговая сеть может вынудить его согласиться на недостаточно выгодные условия, которые были бы отвергнуты, будь они предложены до осуществления этих инвестиций. Как правило, наличие или отсутствие таких инвестиций может быть легко установлено.

И, наконец, стоит отметить, что дискриминация не просто состоит в действиях вопреки требованиям конкуренции. С учетом п. 8 ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» дискриминация также предполагает, что затронута позиция поставщиков на рынке. Очевидно, оно является более стабильной характеристикой, нежели условия конкретного договора, а потому в антимонопольном контексте дискриминация предполагает наличие негативного и устойчивого эффекта, искажающего нормальные для данного рынка условия конкуренции.

Выводы

Вопреки предлагаемой ФАС России трактовке дифференциация сама по себе не означает дискриминацию. Считать, что различные подарки для взрослых и детей говорят о дискриминации, – значит, употреблять это слово в том смысле, в каком сложно

понять, чем плоха дискриминация и как законодатель вообще мог решиться ее запретить. Пытаясь на основе данной трактовки «исправить» хозяйственную практику и принудить компании к унификации условий договоров, ФАС парадоксальным образом способствует именно тому злу, с которым взялась бороться. Формально равное обращение с теми, кто подобно лисе и журавлю находятся в разных ситуациях, в правовой практике заслуженно принято считать дискриминацией.

Представляется, что альтернативный подход, который основан на зарубежной и российской практике антидискриминационных дел, лишен указанных недостатков. Допуская дифференциацию и унификацию там и только там, где для них есть объективные и разумные основания, он позволяет и лисе, и журавлю есть из подходящей для них посуды.

