

# Как обойти запрет на посредников при работе с торговыми сетями

В каких случаях антимонопольный запрет не действует

В чем преимущества посреднических сделок

Что грозит компании в случае нарушения запрета

Маргарита Шевченко, ведущий специалист компании «Опцион-Аудит»

**П**оставщики продовольственных товаров и торговые сети не вправе

заключать между собой посреднические договоры. В том числе договоры комиссии, поручения, агентские договоры, а также смешанные сделки, включающие в себя элементы этих договоров ([п. 5 ч. 1 ст. 13 Федерального закона от 28.12.09 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ»](#), далее — [Закон](#) о торговле).

Нарушителям грозит штраф ([ст. 23.48 КоАП РФ](#)). Должностным лицам — от 10 тыс. до 50 тыс. руб., юридическим — от 1,5 млн до 4,5 млн руб. ([п. 5 ст. 14.40 КоАП РФ](#)). Поэтому, даже если компании быть посредником выгодно, для оптовых поставок продовольственных товаров в розничные торговые сети она использует иные способы. А зря — запрет действует не для всех и не всегда.

## Когда запрет на использование посредников не действует

До 15 июля 2016 года действовала другая редакция запрета ([Федеральный закон от 03.07.16 № 273-ФЗ](#)). Продавцы продовольственных товаров и торговые сети были не вправе заключать договор комиссии или смешанный договор, содержащий элементы договора комиссии. В соответствии с пояснительной запиской к [законопроекту № 704631-6](#) цель изменений — распространить запрет на договоры поручения и агентские договоры.

Казалось бы, правки носят технический характер. В то же время в пояснительной записке указано, что нормы о запрете направлены на борьбу со складывающейся негативной практикой. Торговые сети навязывают невыгодные для поставщиков условия путем заключения посреднических договоров.

Запрет распространяется на поставщиков продовольственных товаров и торговые сети. Поставщик — это лицо, которое вступает в договорные отношения с сетью. Запрет на заключение посреднических договоров нельзя трактовать как ограничение прав поставщиков на заключение агентских договоров в принципе.

Заключение между торговой организацией (агентом) и производителем (принципалом) агентского договора по типу комиссии на реализацию товара торговым сетям не противоречит запрету. В этом случае чиновники не вправе привлечь стороны договора к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства ([п. 5 ст. 14.40 КоАП РФ](#)).

Заключение посреднического договора между поставщиком и торговой сетью допустимо, если это происходит ([п. 5 ч. 1 ст. 13 Закона о торговле](#)):

- внутри одной группы лиц ([ст. 9 Федерального закона от 26.07.06 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»](#));
- между хозяйствующими субъектами, образующими торговую сеть.

Компании вправе представить доказательства, что их действия не ограничивают конкуренцию ([ч. 2 ст. 13 Закона о торговле](#)). При этом следует доказать, что в рамках агентского договора:

- стороны не способствовали устранению конкуренции на соответствующем товарном рынке;
- на третьих лиц не налагаются ограничения, не соответствующие целям, заявленным в договоре.

Результатом исполнения договора может быть стимулирование реализации товаров, повышение конкурентоспособности российских товаров на мировом рынке. Ограничения, перечисленные в [части 1](#) статьи 13 Закона о торговле, носят антимонопольный характер. А если угрозы конкуренции нет и компания сможет обосновать чиновникам свою позицию, то она вправе использовать договор комиссии в отношениях с торговыми сетями. Положения [статьи 13](#) Закона о торговле не распространяются на случаи, когда речь идет о поставщиках и сетях, чья выручка от реализации не превышает 400 млн рублей за последний год ([ч. 4.1 ст. 1 Закона о торговле](#)).

## Преимущества посреднических договоров

[Гражданский кодекс](#) выделяет три вида посреднических договоров: договор поручения, комиссии и агентский договор (гл. [49](#), [51](#), [52](#) ГК РФ). Агент совершает действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала. По сделке, совершенной агентом с третьим лицом от имени и за счет принципала, права и обязанности возникают у принципала ([ст. 1005 ГК РФ](#)).

Если агент действует от своего имени (заключает сделки, осуществляет расчеты, передает товар), то в этом случае применяются правила договора комиссии ([ст. 990 ГК РФ](#)). Если агент действует от имени принципала, на основании доверенности от него, то применяются правила договора поручения (ст. [971](#), [1011](#) ГК РФ). Общий признак для всех посреднических договоров — агент не приобретает права на имущество принципала, будь то товары, денежные средства или иные активы.

Выручка посредника — это его вознаграждение, зафиксированное в договоре. За счет этого он может применять спецрежим. Это одно из преимуществ посреднического договора. Стороны могут установить вознаграждение в твердой сумме, в процентах от сделки.

Зачастую посредником выступает компания на упрощенке. Комиссионер, осуществляющий розничную торговлю, вправе применять ЕНВД ([письмо Минфина России от 14.11.14 № 03-11-06/3/57822](#)). Аналогичной точки зрения придерживаются и суды ([постановления ФАС Поволжского от 14.12.12 № А57-3863/2012](#), [Северо-Западного от 22.12.11 № А05-3975/2011](#), [Восточно-Сибирского от 02.02.11 № А69-1135/2010](#) округов).

Налоговая база по единому налогу при УСН включает лишь вознаграждение посредника. Даже если агент применяет общую систему налогообложения, то НДС и налог на прибыль он исчисляет только с суммы вознаграждения ([ст. 156](#), [подп. 9 п. 1 ст. 251 НК РФ](#)). Сумма вознаграждения без учета НДС — выручка от реализации посреднических услуг ([п. 1 ст. 248](#), [п. 1 ст. 249 НК РФ](#)). Посредник признает доходы в виде вознаграждения на дату утверждения отчета независимо от поступления денежных средств ([п. 3 ст. 271 НК РФ](#), [ст. 1008 ГК РФ](#)).

Выручка от реализации за минусом агентского вознаграждения — доход принципала — собственника товара. Вещи, поступившие к комиссионеру от комитента либо приобретенные комиссионером за счет комитента, — собственность последнего ([п. 1 ст. 990 ГК РФ](#)).

Агент уплачивает с суммы вознаграждения единый налог по ставке 6 или 15 процентов. Объект «доходы минус расходы» агенты используют, если несут существенные затраты. В некоторых регионах действуют льготные ставки по УСН ([ст. 346.20 НК РФ](#)). Если посредник применяет ЕНВД, то уплачивает налог в фиксированном размере ([п. 1 ст. 346.29 НК РФ](#)). Агент на спецрежиме не уплачивает НДС ([п. 2 ст. 346.11](#), [п. 4 ст. 346.26 НК РФ](#)). Но есть исключения. Например, деятельность в рамках договора простого товарищества или доверительного управления. Спецрежимники не уплачивают налог на имущество. Исключение — объекты, в отношении которых налог исчисляется исходя из кадастровой стоимости.

Еще одно преимущество посреднического договора — агент должен оплатить товары, переданные на реализацию, только после их продажи. Предоплата в силу правовой природы агентского договора невозможна. Если агент перечислит деньги принципалу за полученный от него товар, то фискалы могут переквалифицировать посредничество в куплю-продажу.

Принципал всегда видит наценку агента, поскольку тот представляет ему отчеты в сроки, установленные договором ([ст. 1008 ГК РФ](#)). В рамках дилерского договора некоторые крупные производители контролируют наценку дилера, запрещая ему продавать товар дороже определенной цены.

## Налоговые риски в случае нарушения запрета

Представим, что компания проигнорировала запрет и заключила агентский договор с торговой сетью. Розничная сеть может выступать как агентом, так и принципалом. Что, кроме штрафа, грозит компании? С 1 января 2017 года условия договоров, противоречащие [Законоу](#) о торговле, признаются утратившими силу ([ч. 3 ст. 3 Федерального закона от 03.07.16 № 273-ФЗ](#)). Эти правоотношения можно признать недействительной сделкой — ничтожной или оспоримой ([ст. 166 ГК РФ](#)).

Если отношения между компаниями реальны, налоговики попытаются переквалифицировать посреднический договор в куплю-продажу. В зоне риска окажется агент — контролеры признают его выручкой всю стоимость полученного от принципала товара. Как правило, вознаграждение агента составляет не более 5–20 процентов от стоимости проданных товаров. Если агент применяет упрощенку, то он может слететь со спецрежима из-за превышения лимита по выручке в 150 млн рублей ([п. 4 ст. 346.13 НК РФ](#)). В этом случае он обязан перейти на общий режим. Если агент не сохранял счета-фактуры, то ему придется заплатить НДС со всей суммы реализации без учета вычетов.

## Меры, способствующие снижению рисков

Исполнение посреднического договора важно подтвердить документально (платежные поручения, отчеты агента и т. д.). В договоре не должно быть

положений, противоречащих природе посреднических сделок ([п. 1 информационного письма Президиума ВАС РФ от 17.11.04 № 85](#)).

Зачастую в договоре комиссии встречается условие о том, что комитент должен оплатить товар не позднее определенного срока вне зависимости от того, продал он его конечному покупателю или нет. Это условие не соответствует понятию посреднической сделки. Принимая на себя обязательство оплатить товар не позднее определенной даты, комиссионер соглашается на риск невозможности дальнейшей продажи товара. Следовательно, договор, в котором есть данное условие, является договором купли-продажи. Тогда как договор комиссии предполагает, что комиссионер обязан перечислить комитенту выручку за реализацию товара, полученную непосредственно от третьих лиц ([ст. 990 ГК РФ](#)).

Нередко стороны указывают в контракте, что комиссионер обязан перечислять комитенту платежи согласно графику. Комиссионер обязуется исполнять график платежей независимо от реализации товара на определенную сумму. Но договор комиссии должен исполняться за счет комитента ([п. 1 ст. 990 ГК РФ](#)).

Перечисление ему денежных средств до реализации товара свидетельствует о том, что договор исполняется за счет комиссионера. Это противоречит правовой природе посреднических отношений, поэтому такой договор не является договором комиссии ([постановление ФАС Уральского округа от 14.07.09 № Ф09-4806/09-С3](#)).

Нередко в договоре стороны фиксируют, что цена закупаемого для комитента товара увеличивается, если он просрочит платеж. Это условие противоречит [Гражданскому кодексу](#). Комиссионер не может увеличить цену продукции, которая приобретается за счет комитента ([ст. 992 ГК РФ](#)). Эту сделку контролеры могут переквалифицировать из посреднической в куплю-продажу ([постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 07.02.11 № А70-3392/2010](#)). Зачастую компания позиционирует себя в качестве посредника, хотя ни один из заключенных договоров не позволяет сделать данный вывод. В этом случае налоговики считают, что спорная сделка была куплей-продажей, а не посреднической операцией. Они настаивают на приоритете поставки над посредничеством.

Документооборот при комиссионных сделках ведут следующим образом: сначала заключают договор, а затем остальные соглашения, регламентирующие обязательства посредника. Если происходит наоборот и стороны заключают договор комиссии после подписания комиссионером иных соглашений, то данный договор не посреднический ([п. 6 информационного письма Президиума ВАС РФ от 17.11.04 № 85](#)).

Президиум ВАС РФ указал, что действие договора комиссии не распространяется на прошлый период, поскольку тогда между сторонами еще не было соответствующих отношений. Сделка во исполнение комиссионного поручения, совершенная до заключения договора комиссии, не считается исполнением посреднических обязательств. Последствиями такого нарушения могут быть не только переквалификация договора комиссии, но и отказ комитента от выплаты комиссионного вознаграждения.

Если компания внезапно без видимой деловой цели переходит со своими поставщиками на агентские соглашения, то суд может прийти к выводу о нереальности операций. Ведь ранее общество работало с этими контрагентами по договору поставки.

Для снижения рисков стороны сделки также должны представить поручения на закупку или реализацию с указанием количества и наименования товара, а также диапазона цен, по которым принципал поручает закупить или реализовать товар. Агент не может произвольно увеличить или уменьшить цену. В одном из дел проверяющие переквалифицировали договор комиссии в куплю-продажу. В спецификациях к договорам комиссии было сказано об увеличении цены на продукцию в случае просрочки платежа. Контролеры заявили, что комиссионер не может увеличить цену продукции, которая приобреталась за счет комитента ([гл. 51 ГК РФ](#)).

В договорах определено, что поручением на заключение комиссионером сделок в пользу комитентов была заявка. В этом документе должны быть указаны общее количество продукции в групповом ассортименте и отгрузочные реквизиты. Однако ни одной такой заявки налогоплательщик, претендующий на статус комиссионера, не представил. Руководители контрагентов в ходе допросов пояснили, что компании-комитенты намеревались заключить договоры купли-продажи, а не посреднические. Стороны фактически исполняли договор купли-продажи. Судьи пришли к выводу об отсутствии комиссионных отношений. Они указали, что к ним нужно применить правила, регулирующие договор купли-продажи ([постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 07.02.11 № А70-3392/2010](#)).

+

Чтобы опровергнуть довод налоговиков об увеличении цены, комиссионер может сослаться на положения [статьи 992](#) ГК РФ. Согласно данной норме, принятое поручение комиссионер обязан исполнить на наиболее выгодных для комитента условиях в соответствии с указаниями последнего. Если комиссионер совершил сделку на условиях более выгодных, чем те, которые указал комитент, дополнительная выгода делится между комитентом и комиссионером поровну.

