Коммерческая политика фармкомпании: цели и условия

АПРЕЛЬ 2018

VEGAS LEX

Коммерческая политика фармкомпании: цели и условия

Обзор требований ФАС России к коммерческим политикам фармкомпаний

На протяжении последних лет интерес участников фармацевтической отрасли к вопросам, связанным с составлением и применением коммерческих политик, не угасает. Несмотря на оживлённые обсуждения, до конца не решенным остается вопрос о том, какие критерии являются допустимыми, стоит ли направлять коммерческую политику в ФАС России для ознакомления и как относиться к имеющимся противоречиям между положениями Кодекса добросовестных практик в фармацевтической отрасли (далее — Кодекс) и Рекомендациями ФАС России по разработке и применению коммерческих политик хозяйствующими субъектами, занимающими доминирующее положение на рынках лекарственных средств и рынках медицинских изделий (далее — Рекомендации). В рамках настоящего обзора мы постараемся ответить на некоторые из актуальных вопросов.

Когда нужна коммерческая политика

Коммерческая политика прежде всего нужна компаниям, которые занимают доминирующее положение на рынке. Так, в соответствии с Рекомендациями ФАС России компаниям следует определить потенциально неконкурентные рынки, доли на таких рынках, разработать и внедрить коммерческую политику, а также сделать ее доступной неограниченному кругу лиц.

Наличие коммерческой политики, соответствующей требованиям антимонопольного законодательства, может защитить интересы компании при наличии подозрений о злоупотреблении ею своим доминирующим положением в отношении контрагентов, в частности, в следующих формах: дискриминация, установление различных цен, отказ или уклонение от заключения договоров, навязывание невыгодных условий, создание препятствий доступу на товарный рынок.

Вместе с тем отсутствует законодательное требование о наличии коммерческой политики. Соответственно, само по себе наличие коммерческой политики является желательным, а не обязательным для компаний. В то же время в практике ФАС России присутствуют прецеденты, когда отсутствие единых критериев отбора дистрибьютора, а также единой и прозрачной процедуры отбора контрагентов, закрепленной документально, рассматривалось регулятором в качестве одного из критериев наличия признаков нарушения антимонопольного законодательства[1].

Согласно Рекомендациям ФАС России важно, чтобы коммерческая политика включала критерии отбора контрагентов, порядок их проверки (описание процессов), обуславливающий принятие решений, перечень и полномочия лиц, участвующих в процедурах одобрения или отказа от коммерческих отношений, лиц, принимающих такие решения. Рекомендуется также включать положения о сроках и порядке рассмотрения заявок контрагентов, условий сотрудничества, определяющих стоимость товара, объем поставок, условия оплаты, скидки, премии и прочее.

Интересным для участников является вопрос о публикации коммерческой политики на своих сайтах, без размещения информации о ценах и коммерческих условиях. Представляется, что, если компании будут следовать единому прайс-листу при взаимодействии с контрагентами, отсутствие информации о ценах в опубли-

[1] Решение ФАС России от 08.04.2014 по делу № 1-10-248/00-18-13, постановление Арбитражного суда Московского округа от 23.06.2015 по делу № А40-72433/2014.

кованной версии коммерческой политики является допустимым и не порождает дополнительных антимонопольных рисков.

Самого по себе наличия коммерческой политики, включающей все необходимые положения, недостаточно для признания поведения компании правомерным, если компания не соблюдает данные условия. Например, это может выражаться в игнорировании/затягивании процесса рассмотрения заявки потенциального контрагента, в запросе документов, не предусмотренных коммерческой политикой.

Категоризация контрагентов

Деление контрагентов, например на дистрибьюторов, аптеки и учреждения, является достаточно распространенной практикой. В представлении бизнес-сообщества к данным контрагентам не должны применяться одинаковые требования и условия работы, так как они реализуют продукцию по-разному: дистрибьюторы — на оптовом рынке, аптеки — на розничном, а учреждения используют продукцию при осуществлении медицинской деятельности. Однако регулятор зачастую считает по-другому: поскольку продавец реализует продукцию на одном рынке (оптовом), то на условия продажи не может влиять то, каким образом данная продукция будет использоваться или реализовываться в будущем. Соответственно, категоризация контрагентов с высокой степенью вероятности будет рассматриваться ведомством как дискриминирующее условие по отношению к тем контрагентам, для которых установлены менее выгодные условия.

Вместе с тем надлежащим образом обоснованная категоризация контрагентов может быть признана допустимой. Таким образом, компаниям, желающим включить в коммерческую политику условия по категоризации, рекомендуется согласовывать такое включение с ФАС России.

Критерии оценки контрагентов и отказ от сотрудничества

Обращаясь к вопросу оценки контрагентов на соответствие различным критериям, компаниям прежде всего необходимо соблюдать единство подходов. На практике встречаются ситуации, когда заявку от контрагента получают представители бизнеса; и при отсутствии заинтересованности они могут проигнорировать ее, отказать по телефону или запросить ту информацию, которая интересна бизнесу для принятия решения, но не имеет отношения к критериям, установленным в коммерческой политике. Такое поведение может быть признано злоупотреблением доминирующим положением в форме необоснованного отказа или уклонения от заключения договора с контрагентом, установления дискриминационных условий.

В целях соблюдения антимонопольного законодательства критерии оценки контрагентов должны быть едиными и должны применяться в равной степени ко всем контрагентам. Кодекс и Рекомендации содержат следующие критерии, которые, согласно подходам ФАС России, являются надлежащим образом обоснованными.

Кодекс	Рекомендации
Наличие необходимых лицензий и (или) иных разрешений уполномоченных госорганов в случаях, когда такая лицензия необходима	Наличие необходимых лицензий
Отсутствие решений уполномоченных госорганов о приостановлении деятельности	Деятельность контрагента не приостановлена
Отсутствие задолженности по налогам и сборам	Отсутствие задолженности по налогам и сборам
Отсутствие среди лиц, занимающих руководящие должности контрагента (или) способных оказывать решающее влияние на принятие решений, а также их семей, лиц, занимающих должности госслужбы, при конфликте интересов	Отсутствие среди лиц, занимающих руководящие должности контрагента и его учредителей, а также их семей, лиц, замещающих госдолжности и имеющих конфликт интересов
Отсутствие судимости у лиц, занимающих руководящие должности и (или) способных оказывать решающее влияние на принятие решений (учредители, акционеры и т.д.)	Отсутствие судимости и уголовного преследования у лиц, занимающих руководящие должности контрагента и его учредителей
Отсутствие возбужденной процедуры ликвидации или банкротства	Отсутствие процедуры ликвидации или банкротства

В то же время участники рынка стремятся расширить представленный перечень предъявляемых к потенциальному контрагенту критериев. В частности, Кодекс закрепляет более полный перечень критериев и допускает предъявление к контрагенту также следующих требований:

- отсутствие документально установленных фактов нарушения контрагентом (владельцами, лицами, занимающими руководящие должности) национального, международного/иностранного законодательства о противодействии коррупции;
- отсутствие нарушений в области поставок контрафактных, фальсифицированных и недоброкачественных ЛС, содержащих признаки правонарушений по УК РФ[2];
- отсутствие фактов включения в реестр недобросовестных поставщиков[3] за последние 3 года;
- технологически обоснованные требования к модели ведения бизнеса (соблюдение холодовой цепи);
- отсутствие фактов участия в картелях, содержащих признаки правонарушений, предусмотренных УК РФ[4];
- обоснованные требования к техническому оснащению помещения, квалификации персонала.

[2] Нарушение должно быть подтверждено вступившим в силу решением суда (3 года).

[3] В соответствии со ст. 104 федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд".

[4] Нарушение должно быть подтверждено вступившим в силу решением суда (3 года).

Останавливаясь на критериях, установленных Кодексом, прежде всего важно отметить требование о соблюдении национального, международного/иностранного законодательства о противодействии коррупции. Отказ контрагенту во взаимодействии на основании данного критерия допустим лишь при наличии документального подтверждения нарушения. Более того, в Рекомендациях указано, что подобное нарушение должно быть установлено решением уполномоченного государственного органа. Вместе с тем подозрения о коррупционной деятельности контрагента не могут основываться на субъективных предположениях[5], публикациях в СМИ и других неподтвержденных источниках.

Представители ФАС России периодически высказывают позицию, что компании не должны предъявлять к потенциальному контрагенту требования, которые дублируют лицензионные. Соответственно, мы рекомендуем учитывать данный подход регулятора при определении требований к модели ведения бизнеса, техническому оснащению помещений, несмотря на то, что данные критерии закреплены в Кодексе.

Коммерческие условия

Коммерческие условия должны также строиться на равных принципах и подходах. Соответственно, любое отхождение от единого подхода ко всем контрагентам при доминировании, равно как и навязывание контрагентам условий, не относящихся к предмету договора, порождают риски квалификации такого поведения в качестве злоупотребления доминирующим положением.

Отмечаем, что установление различных коммерческих условий по отношению к контрагентам сопряжено преимущественно с риском злоупотребления доминирующим положением в форме установления дискриминационных условий.

Вместе с тем Кодекс разграничивает понятия дискриминации и дифференциации. Кодекс допускает дифференциацию и установление различных коммерческих условий, если параметры совершаемых сделок являются неэквивалентными. Таким образом, Кодекс допускает различные условия сделок (включая разные цены), если контрагенты находятся на разных товарных рынках или в рамках одного товарного рынка, но параметры совершаемых сделок являются неэквивалентными, в силу чего различия в предоставляемых контрагентам условиях являются обоснованными. В частности, экономически обоснованным является устанавливать различные цены при большем объеме закупки, при расчетах по предоплате и при закупках со склада. Условия также могут варьироваться в зависимости от продуктов.

Дискриминация, в свою очередь, — это установление различных условий и, соответственно, неравного положения контрагентов между собой без надлежащего на то экономического обоснования. Примером дискриминации может быть установление различных условий работы с контрагентом в зависимости от количества регионов представленности, возможности контрагента предоставлять дополнительные услуги (например, маркетинговые) или установление различных условий сотрудничества в зависимости от категории контрагента (дистрибьютор, аптека, учреждение), наличия определенной клиентской сети, если отсутствует надлежащее обоснование.

Примеры негативных условий

Важно отметить, что ФАС России в Рекомендациях выделяет обязательное условие о предоставлении прогнозов продаж контрагентами как нежелательное. По

[5] Решение ФАС России от 08.04.2014 по делу № 1-10-248/00-18-13, постановление Арбитражного суда Московского округа от 23.06.2015 по делу № А40-72433/2014.

мнению регулятора, данное условие может свидетельствовать о координации экономической деятельности контрагентов, а также о возможном согласовании участия контрагентов в государственных закупках. Во избежание указанного нарушения компании вывели данное обязательство в бонусную часть коммерческих политик или заказывают отчеты по договорам оказания услуг, не зависимым от условий коммерческой политики.

Условие закупки, где покупка одного продукта опосредована покупкой другого, также может рассматриваться регулятором как недобросовестное. Допустимость такого требования будет зависеть от возможности контрагентов купить продукцию по отдельности. Если такая возможность присутствует, то скидочное предложение при совместной покупке, вероятно, будет признано допустимым. Если же возможность купить продукцию по отдельности отсутствует, то такое условие с высокой вероятностью может быть признано навязыванием невыгодных условий.

Установление обязательства по приросту в качестве условия продолжения сотрудничества на будущие периоды также потенциально несет риски нарушения антимонопольного законодательства. Вместе с тем предложение компаниями бонусов за прирост без установления зависимости между приростом и продолжением сотрудничества не должно рассматриваться в качестве недопустимого положения. При этом уровень прироста не должен устанавливаться на индивидуальной основе для различных контрагентов. Наиболее прозрачным является установление единого процента прироста закупок контрагента по отношению к уровню предыдущих закупок.

Согласование условий коммерческой политики в ФАС России

Как известно, ФАС России напрямую не согласовывает текст коммерческих политик. Заинтересованные компании могут направить обращение в ФАС России с просьбой ознакомиться с положениями коммерческой политики. ФАС России в порядке рассмотрения обращения может принять к сведению текст документа и выразить свое мнение о соответствии его положений требованиям антимонопольного законодательства.

Важно отметить, что поскольку порядок рассмотрения политик не регламентирован, то отсутствует единый перечень требований к подаваемым документам и порядку их рассмотрения. В процессе рассмотрения обращения антимонопольная служба допускает внесение в проект коммерческой политики изменений, в частности исключение противоречивых, с точки зрения ведомства, условий.

В порядке общих рекомендаций сотрудники ФАС России советуют компаниям избегать употребления в коммерческих политиках выражений с использованием "и/или", "как правило", "вправе", "имеет право". По мнению службы, данные выражения могут быть истолкованы по-разному и, таким образом, использованы компаниями для выбора выгодного для них поведения при необходимости.

Направление коммерческой политики в ФАС России является желательным, когда компания потенциально занимает доминирующее положение, а также каким-либо образом категоризирует или классифицирует своих контрагентов, устанавливает минимальные объемы закупки, применяет региональные программы, ограничивает число контрагентов и так далее.

Среди преимуществ направления проекта коммерческой политики в ФАС России можно выделить прежде всего понимание допустимости используемых компанией подходов в работе со своими контрагентами и возможность защититься от необоснованных претензий с их стороны.

Контакты

АЛИНА МАМАЕВА

Руководитель проектов
Фармацевтического
направления

mamaeva@vegaslex.ru

Подробную информацию об услугах VEGAS LEX Вы можете узнать на сайте www.vegaslex.ru

Настоящая публикация носит исключительно информационный характер и не является письменной консультацией по правовым вопросам. VEGAS LEX не несет никакой ответственности за применение всех или отдельных рекомендаций, изложенных в настоящей редакции. В случае необходимости VEGAS LEX рекомендует обратиться за профессиональной консультацией.