

РЫНОК МЕДИЦИНСКИХ ИЗДЕЛИЙ. УПРАВЛЕНИЕ АНТИМОНОПОЛЬНЫМИ РИСКАМИ



СОДЕРЖАНИЕ

I. ВВЕДЕНИЕ.....	3
II. СГОВОР НА ТОРГАХ.....	3
1. Общая характеристика складывающейся практики	3
1.1 Практика антимонопольных органов.....	3
1.2 Судебная практика.....	4
2. Анализ практики доказывания сговора на торгах на поставку медицинских изделий	4
2.1 Анализ сложившихся тенденций правоприменительной практики	4
2.2 Анализ возможных тенденций правоприменительной практики	6
III. ТОРГОВЫЕ ПОЛИТИКИ	6
1. Субъекты рынка, находящиеся в зоне риска.....	6
2. Возможные признаки, которые могут указать на ограничение конкуренции	7
IV. ВЕРТИКАЛЬНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ И КООРДИНАЦИЯ.....	8
V. НЕДОБРОСОВЕСТНАЯ КОНКУРЕНЦИЯ.....	9
1. Пожертвования	9
1.1 Возможные критерии для определения недобросовестной практики	9
1.2 Возможные критерии для определения добросовестной практики	9
2. Иные способы недобросовестной конкуренции.....	10
VI. ВЫВОДЫ.....	10

I. ВВЕДЕНИЕ

На сегодняшний день комплаенс-политики существуют во многих компаниях, действующих на рынке медицинских изделий. Чаще всего такие политики направлены на минимизацию рисков нарушения норм международного антикоррупционного законодательства¹ и отраслевых кодексов поведения. Тем не менее указанные политики также должны быть направлены на минимизацию рисков, связанных с требованиями императивных норм российского права, и в частности норм законодательства о защите конкуренции.

Для каждой отрасли экономики существует свой «стандартный набор» антимонопольных рисков². Для сектора обращения медицинских изделий и лекарственных препаратов этот набор близок, так как речь идет о двух крайне социально чувствительных сферах.

В связи с этим ниже на конкретных примерах правоприменительной практики мы рассмотрим основные группы рисков, которые необходимо учитывать хозяйствующим субъектам, осуществляющим коммерческую деятельность в сфере обращения медицинских изделий (в том числе медицинской техники и медицинского оборудования), для целей разработки стратегии управления такими рисками.

II. СГОВОР НА ТОРГАХ

1. Общая характеристика складывающейся практики

1.1 Практика антимонопольных органов

Антимонопольные органы при рассмотрении дел о сговоре на торгах применяют выработанную ФАС России позицию о том, что для выявления картельного соглашения следует принимать не только прямые доказательства, но и «необходимую совокупность косвенных доказательств»³. Это означает, что вывод о наличии в действиях субъектов признаков картельного сговора

может быть сделан через результат предполагаемого соглашения, без ссылки на какие-либо прямые доказательства виновных действий.

Данный подход активно реализуется в административной практике. Так, из анализа решений антимонопольных органов можно выделить, например, следующие факты и обстоятельства, на которых, как правило, основываются обвинения в сговоре на торгах:

- (a) отсутствие предложений участников аукциона о цене контракта до тех пор, пока шаг аукциона не снизился до минимального⁴;
- (b) нахождение участников торгов по одному и тому же адресу / использование одного номера телефона⁵;
- (c) оформление сертификатов ключей электронной подписи обвиняемых компаний на одно и то же физическое лицо⁶;
- (d) подача заявки с одного IP-адреса и/или учетных записей, на которых создавались и изменялись файлы заявок⁷;
- (e) файлы, размещенные разными участниками на торговой площадке, созданы и/или изменены одними и теми же пользователями, и/или файлы созданы в одно и то же время⁸;
- (f) заключение договора поставки/субподряда победителем с одним из участников торгов⁹;
- (g) перепродажа предмета торгов между участниками, подавшими заявки на торги, и отказ продавца участвовать в них¹⁰;
- (h) встреча должностных лиц компаний-конкурентов накануне торгов¹¹.

Таким образом, антимонопольный орган исходит из того, что факт сговора на торгах доказывается любыми фактическими обстоятельствами, подтверждающими, что коммерческие организации, которые в ходе торгов должны конкурировать между собой, действовали в интересах друг друга или одного из участников.

¹ FCPA, международных конвенций по борьбе с коррупцией и т. д.

² При этом необходимо обратить внимание на то, что существует и ряд рисков за пределами «стандартного набора», которые являются индивидуальными для каждой компании и зависят от того, каким образом выстроены ее отношения с дистрибьюторами, лечебными учреждениями, потребителями и медицинскими специалистами. Помочь идентифицировать такие риски может внутренний антимонопольный аудит, при котором среди прочего анализируются внутренние политики и процедуры компании, внутренний документооборот, переписка сотрудников и фактические взаимоотношения подразделений.

³ См. <http://www.myshared.ru/slide/380785/> – доклад ФАС России «Итоги работы ФАС России по противодействию картелям в 2012 году», слайд 36.

⁴ См. Решение Управления ФАС по Ростовской области от 21 марта 2012 года № 1579/05, Решение ФАС России от 12 апреля 2012 года № АЦ/11369 по делу № 111/159-10.

⁵ См. Решение УФАС по Сахалинской области от 4 сентября 2012 года по делу № 08-14.

⁶ Там же.

⁷ См. http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_35455.html.

⁸ См. <http://udmurtia.fas.gov.ru/news/15356>.

⁹ См. Решение УФАС России по Свердловской области от 18 марта 2014 года по делу № 12.

¹⁰ См. Решение ФАС России от 25 мая 2012 года по делу № 111/202-11.

¹¹ См. Решение УФАС России по Свердловской области от 18 марта 2014 года по делу № 12.

1.2 Судебная практика

Судебная практика не так однородна, как административная. На сегодняшний день у судов отсутствует единообразный подход к вопросу о том, можно ли разрешать дела о сговоре на торгах исключительно на основании косвенных доказательств. Некоторые суды поддерживают ФАС России и принимают все доказательства антимонопольных органов¹². Другие суды, напротив, отказываются подтверждать обозначенную выше позицию ФАС России¹³. В то же время некоторые рынки (в частности рынок лекарственных препаратов) уже в начале 2014 года демонстрируют тенденцию принятия судами косвенных доказательств в качестве допустимых¹⁴.

2. Анализ практики доказывания сговора на торгах на поставку медицинских изделий

2.1 Анализ сложившихся тенденций правоприменительной практики

В секторе медицинских изделий практика рассмотрения дел о сговоре на торгах имеет собственные тенденции, которые мы коротко рассмотрим ниже.

Например, УФАС по Тверской области в Решении от 28 апреля 2011 года по делу № 03-6/1-39-2010 установило сговор участников торгов на поставку медицинского оборудования в связи с тем, что участники аукциона вели себя однообразно: по каждому лоту подавалось единственное предложение от одного из участников аукциона по минимальному снижению первоначальной цены лотов (0,5%), при этом второй участник отказывался от конкуренции (не подавал предложений) при объявлении каждого последующего шага снижения начальной цены, что повлекло за собой заключение контракта по максимально высокой цене, а не по максимально низкой.

Указанное решение антимонопольного органа было обжаловано в суде. Постановлением Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 19 июля 2012 года по делу № А66-8295/2011 доводы антимонопольного органа о наличии в действиях участников торгов сговора были отклонены (при этом доводы антимонопольного органа были ранее также отклонены судами первой и апелляционной инстанций).

Суды указали, что позиция антимонопольного органа не является доказанной и основана только на предположении о том, что результаты аукциона удовлетворяют интересы участников, а их действия являются согласованными и заранее известны каждому из них. Суд кассационной инстанции, в частности, указал, что снижение цены контракта всего на 0,5% и отказ участников аукциона от дальнейшего снижения начальной цены еще не свидетельствуют о безусловной доказанности их единообразных и синхронных действий. Заключение контракта на наиболее выгодных условиях является обычным поведением участников хозяйственного оборота, основной целью которых является получение прибыли. Участники аукциона вправе руководствоваться, в том числе, собственными экономическими ожиданиями в отношении оптимальных для них цен на предлагаемые к поставке товары. Суд кассационной инстанции также отметил, что действующим российским законодательством не установлена обязанность участника аукциона снижать начальную (максимальную) цену контракта.

УФАС по Челябинской области в Решении от 29 апреля 2010 года по делу № 28-03/09 установило, что при проведении аукциона на поставку лекарственных средств и изделий медицинского назначения по каждому лоту заявление по цене контракта делал лишь один участник из группы участников аукциона, при этом по 12 лотам победители аукциона заявляли согласие с ценой контракта при ее минимальном снижении на 0,5%. По мнению УФАС, отсутствие торга на аукционе и пассивное поведение участников аукциона свидетельствовали о согласованных действиях между ними, направленных на поддержание цены на торгах. При этом антимонопольный орган отметил, что рассматриваемое нарушение является формальным и определение конкретного ущерба не является обязательным (то есть для установления нарушения достаточно самой возможности наступления негативных последствий).

Указанное решение антимонопольного органа было обжаловано в суде. Постановлением Федерального арбитражного суда Уральского округа от 2 августа 2011 года № Ф09-4563/11 по делу № А76-14962/2010 доводы антимонопольного органа о наличии в действиях участников торгов сговора были отклонены

¹² См., например, Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 25 марта 2014 года по делу № А74-2372/2013, Постановление ФАС Московского округа от 22 апреля 2013 года по делу № А40-94475/12-149-866, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 3 апреля 2013 года по делу № А53-21732/2012.

¹³ См., например, Постановление ФАС Уральского округа от 2 августа 2011 года № Ф09-4563/11 по делу № А76-14962/2010, Постановление ФАС Центрального округа от 30 мая 2013 года по делу № А64-4201/2012, Определение ВАС РФ об отказе в передаче дела в Президиум от 16 сентября 2013 года № ВАС-10923/13, Определение ВАС РФ от 31 марта 2014 года № ВАС-3861/14 по делу № А40-92025/2012.

¹⁴ См., например, Определение ВАС РФ от 31 марта 2014 года № ВАС-3861/14 об отказе в передаче дела на рассмотрение Президиума ВАС РФ, Определение ВАС РФ 5 декабря 2013 года № ВАС-8933/13 об отказе в передаче дела на рассмотрение Президиума ВАС РФ, подтверждавшие выводы судов кассационной инстанции о наличии сговора на торгах фармацевтических дистрибьюторов на основании косвенных доказательств.

(при этом доводы антимонопольного органа были ранее также отклонены судами первой и апелляционной инстанций).

Отклоняя доводы антимонопольного органа, суды отметили, что:

- (а) прямой обязанности каждого из участников аукциона снижать начальную (максимальную) цену контракта законодательством не предусмотрено;
- (б) необходимое количество шагов снижения (повышения) ценных предложений о цене контракта в ходе аукциона нормативно также не закреплено;
- (с) антимонопольным органом не доказан тот факт, что неснижение участниками аукциона цены контракта более чем на 0,5% было обусловлено именно предварительным согласованием участниками аукциона своих действий;
- (d) не свидетельствует о сговоре тот факт, что часть участников аукциона не принимали активного участия в торгах;
- (е) не является доказательством сговора и то, что участниками не были отозваны заявки на участие в аукционе.

При этом суды также исходили из того, что участниками аукциона были представлены подтверждения объективной невозможности дальнейшего снижения цены контракта в ходе аукциона¹⁵. Также суды отметили, что антимонопольный орган не проводил самостоятельного изучения экономической ситуации на рынке и не доказал, что поведение участников аукциона привело к перерасходу бюджетных средств или формированию экономически необоснованной цены государственно-го контракта.

УФАС по Республике Башкортостан в Решении от 22 октября 2012 года № 147-А-82/11-12 установило в действиях участников торгов на поставку изделий медицинского назначения и расходных материалов сговор на основании следующего. После подачи коммерческих предложений со стороны нескольких юридических лиц для обоснования начальной цены контракта заявку на участие в аукционе подавал только один участник, в связи с чем аукцион признавался несостоявшимся и контракт заключался по начальной цене. По мнению антимонопольного органа, о наличии негласного антиконкурентного соглашения свидетельствовали действия участников торгов, регулярно

предоставляющих в качестве обоснования начальной (максимальной) цены контракта предложения, фактически не отличающиеся между собой, а также тот факт, что два общества использовали один и тот же контактный номер телефона.

Указанное решение антимонопольного органа было обжаловано в суде. Постановлением Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18 сентября 2013 года № 18АП-8653/2013 по делу № А07-340/2013 доводы антимонопольного органа о наличии в действиях участников торгов сговора были отклонены (при этом доводы антимонопольного органа были ранее также отклонены судом первой инстанции).

Отклоняя доводы антимонопольного органа, суды исходили из того, что:

- (а) антимонопольный орган не доказал, что участниками предпринимались превентивные меры, направленные на искусственное установление максимальной цены контракта в целях последующего предоставления преимущества одному из участников;
- (б) формальное совпадение юридических лиц, предоставлявших информацию о ценах на товарно-материальные ценности, и последующая подача одним из этих лиц заявки на участие в открытом электронном аукционе сами по себе не могут свидетельствовать о достигнутом антиконкурентном соглашении между участниками аукциона;
- (с) антимонопольный орган не предоставил доказательств взаимозависимости указанных лиц или информированности их о действиях, совершаемых друг другом;
- (d) то, что иные субъекты предпринимательской деятельности не изъявили желания участвовать в открытом электронном аукционе, не может быть признано следствием согласованности действий участников аукциона или следствием наличия какого-либо антиконкурентного соглашения.

Суды также отклонили довод антимонопольного органа о том, что о взаимосвязи участников аукциона свидетельствовало совпадение контактного номера телефона. Материалами дела было подтверждено, что причина совпадения контактных номеров телефона заключалась в своевременном невнесении одним из участников изменений в данные, содержащиеся в ЕГРЮЛ.

¹⁵ В частности, в связи с отсутствием экономической целесообразности; в связи с изменением цен закупки препаратов и изделий медицинского назначения по сравнению с моментом подачи заявки.

2.2 Анализ возможных тенденций правоприменительной практики

Практика антимонопольных органов и судов в секторе обращения медицинских изделий до сегодняшнего дня является относительно единообразной. При этом антимонопольные дела о сговоре на торгах на поставку медицинских изделий возбуждались и в 2013 году¹⁶, и в 2014 году¹⁷. Некоторые из дел возбуждались как в отношении российских участников рынка, так и в отношении хозяйствующих субъектов, зарегистрированных и располагающихся за пределами Российской Федерации. При этом с учетом тенденций практики в смежных отраслях экономики пока сложно предсказать, какими будут итоги соответствующих разбирательств.

Например, последние тенденции в секторе обращения лекарственных препаратов показывают, что суды зачастую соглашались с выводами ФАС России, сделанными на основании косвенных доказательств. Так, например, ВАС РФ в Определении от 31 марта 2014 года № ВАС-3861/14 отказал в передаче дела на рассмотрение Президиума ВАС РФ и тем самым подтвердил правомерность вынесения решения о факте сговора на торгах между фармацевтическими дистрибьюторами на основании косвенных доказательств. Аналогичное определение было вынесено ВАС РФ 5 декабря 2013 года № ВАС-8933/13, что также подтвердило допустимость косвенных доказательств наличия картельного соглашения.

В ходе антимонопольных расследований по указанным выше делам в секторе обращения лекарственных препаратов¹⁸ доказательствами являлись, в том числе, договоры перепродажи лекарств от одного участника аукциона другому, заключенные накануне либо сразу после аукциона. При расследовании данных дел также широко применялись экспертные заключения по оценке добросовестности поведения участников торгов с использованием математических методов. В таких экспертных заключениях математики и специалисты по торгам анализировали ход торгов и их результаты на основании теории вероятности, теории игр и т. д. и делали выводы о том, насколько вероятен полученный результат торгов в условиях отсутствия между их участниками антиконкурентного соглашения¹⁹.

В связи с этим мы не можем исключить риск заимствования указанных подходов к рассмотрению дел о сговоре на торгах для применения в секторе обращения медицинских изделий.

Изучение указанной выше практики важно в силу того, что антимонопольные органы уже начали новые расследования, связанные с рынком медицинских изделий. Так, 6 мая 2014 года Удмуртским УФАС России по признакам сговора были возбуждены дела в отношении участников аукционов на поставку расходных материалов для анализаторов, используемых в клинической лаборатории учреждения здравоохранения. По мнению антимонопольного органа, участники аукционов заключили картельное соглашение, которое привело к поддержанию цен на торгах, о чем свидетельствовали, в частности, следующие обстоятельства: в каждой из закупок файлы, размещенные на торговых площадках всеми участниками аукционов, были созданы и/или изменены одними и теми же пользователями, а файлы, содержащие первые части заявок, помимо вышеизложенного были созданы в одно и то же время, при этом адрес регистрации и фактического местонахождения всех участников был разным²⁰.

III. ТОРГОВЫЕ ПОЛИТИКИ

1. Субъекты рынка, находящиеся в зоне риска

Для того чтобы определить, какие хозяйствующие субъекты находятся в зоне риска, необходимо выявить критерии, по которым антимонопольный орган может определить доминирующее положение и наличие «рыночной власти». В секторе обращения медицинских изделий на сегодняшний день существует несколько устоявшихся подходов, подтвержденных правоприменительной практикой.

Например, антимонопольный орган дает оценку, подходят ли к определенному оборудованию расходные материалы только одного производителя или возможно использование расходных материалов другого производителя. Если к медицинскому оборудованию подходят расходные материалы только одного производителя (как ключ к замку), то такой производитель будет считаться монополистом. Такой же подход применим и к техническому обслуживанию медицинской техники.

¹⁶ См. <http://solutions.fas.gov.ru/documents/10060>.

¹⁷ См. <http://udmurtia.fas.gov.ru/news/15356>.

¹⁸ См. Сборник «От спичек до соли», И.Ю. Артемьев, А.Ю. Цариковский, А.Ю. Кинев (http://fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_30998.html).

¹⁹ См. там же.

²⁰ См. <http://udmurtia.fas.gov.ru/news/15356>.

На дорогостоящем высокотехнологичном оборудовании (например, томографах, линейных ускорителях), как правило, используются специальные компьютерные программы. Нередко дистрибьютор передает (продает, жертвует и т.д.) такое оборудование в лечебное учреждение, но не передает к нему необходимое программное обеспечение. Таким образом, рынок технического обслуживания такого оборудования сужается до одного или нескольких субъектов, имеющих ключ доступа. В связи с этим дистрибьюторы такой продукции тоже будут доминировать при заключении договоров на техническое обслуживание оборудования, если у других компаний не будет соответствующего ключа доступа²¹.

В остальных случаях для оценки доминирующего положения субъекта на рынке медицинских изделий применяются подходы, установленные Приказом ФАС России от 28 апреля 2010 года № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке».

2. Возможные признаки, которые могут указать на ограничение конкуренции

Одним из наиболее распространенных составов правонарушений, которые выявляются антимонопольным органом на социально чувствительных рынках, является экономически или технологически необоснованный отказ доминирующего субъекта от заключения договора с дистрибьютором или дилером²².

Исходя из сложившейся практики ФАС России и судов, признаками необоснованного отказа от заключения договора могут являться:

- (a) внутренние процедуры и политики хозяйствующего субъекта, если:
 - (i) такие процедуры и политики не содержат четких критериев выбора и одобрения контрагента²³;

- (ii) такие процедуры и политики не содержат сроков и процедуры рассмотрения предложений, а также порядка, условий работы и прекращения договорных отношений²⁴;
- (iii) такие процедуры и политики устанавливают необходимость прохождения потенциальными контрагентами дополнительных проверок («due diligence») без разъяснения условий прохождения таких проверок и без представления четких критериев оценки контрагентов по результатам проверок²⁵; или
- (iv) такие процедуры и политики предусматривают возможность отказа от заключения договора в связи с антикоррупционными рисками, выявленными самим хозяйствующим субъектом, когда хозяйствующий субъект не может представить конкретные доказательства существования таких рисков (например, решения уполномоченных государственных органов о проведении проверки в отношении потенциального контрагента или о привлечении потенциального контрагента или его должностных лиц к ответственности за нарушение норм антикоррупционного или иного законодательства РФ)²⁶;

- (b) поведение хозяйствующего субъекта и/или его официальных дистрибьюторов, если:
 - (i) рассмотрение заявки дистрибьютора на заключение очередного договора поставки является продолжительным и (или) отказ от заключения очередного договора поставки является повторяющимся²⁷;
 - (ii) отсутствует какое-либо документально зафиксированное распоряжение уполномоченного органа управления хозяйствующего субъекта о прекращении сотрудничества с дистрибьютором (при наличии действующего рамочного соглашения)²⁸;

²¹ См. Государственные закупки медицинского оборудования и медизделий в ЛПУ. Позиция ФАС. С.Г. Николаев, заместитель начальника отдела здравоохранения и социальной политики Управления контроля социальной сферы и торговли ФАС России. «Hi-Med. Высокие технологии в медицине», № 2, февраль, 2013.

²² При этом в своих комплаенс-политиках компаниям необходимо тщательно анализировать и иные составы злоупотребления доминирующим положением. Например, признаком злоупотребления доминирующим положением хозяйствующего субъекта может быть также отказ в осуществлении гарантийного ремонта медицинской техники, если при ее эксплуатации используются неоригинальные расходные материалы или запасные части (в частности, такие действия производителя или дистрибьютора/дилера могут быть квалифицированы как навязывание контрагенту условий, не относящихся к предмету договора или невыгодных для контрагента).

²³ См. Предупреждение ФАС России от 30 декабря 2013 года (http://fas.gov.ru/solutions/solutions_38702.html).

²⁴ См. Предупреждение ФАС России от 30 декабря 2013 года (http://fas.gov.ru/solutions/solutions_38702.html).

²⁵ На основании доводов ФАС России, приведенных в Решении Арбитражного суда города Москвы от 3 февраля 2014 года по делу № А40-137845/13.

²⁶ На основании доводов ФАС России, приведенных в Решении Арбитражного суда города Москвы от 3 февраля 2014 года по делу № А40-137845/13, а также доводов, содержащихся в Решении ФАС России от 30 декабря 2013 года по делу № 1 10-279/00-18-13.

²⁷ На основании доводов, содержащихся в Решении ФАС России от 30 декабря 2013 года по делу № 1 10-279/00-18-13.

²⁸ На основании доводов, содержащихся в Решении ФАС России от 30 декабря 2013 года по делу № 1 10-279/00-18-13.

- (iii) в рамках действующего соглашения для целей продолжения сотрудничества и заключения очередного договора поставки хозяйствующим субъектом заявлено требование о прохождении дистрибьютором дополнительной проверки «due diligence»²⁹; или
 - (iv) официальные дистрибьюторы хозяйствующего субъекта отказывают в заключении прямого договора поставки или не отвечают на запрос³⁰;
- (с) возможные последствия отказа от заключения договора, если:
- (i) дистрибьютор осуществляет не только продажу товара, но и определенную стадию производства товара, а также его хранение, продажу и распространение на территории РФ, а отказ от заключения с ним договора поставки может привести (или привел) к прекращению деятельности дистрибьютора по введению в оборот на территории РФ указанного товара³¹;
 - (ii) отказ хозяйствующего субъекта от поставки товара может привести (или привел) к невозможности участия дистрибьютора в аукционе, а также невозможности государственного обеспечения льготных категорий населения определенным товаром, что может поставить под угрозу жизнь и здоровье людей³²; или
 - (iii) отказ хозяйствующего субъекта от поставки товара может привести (или привел) к необходимости перевести ряд пациентов на лечение с использованием другой технологии, что может повлечь (повлекло) дополнительные финансовые затраты (бюджета и/или дистрибьютора)³³.

Таким образом, указанные риски компаниям необходимо учитывать при построении внутренних систем compliance и контроля.

IV. ВЕРТИКАЛЬНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ И КООРДИНАЦИЯ

При проведении проверок антимонопольный орган также уделяет отдельное внимание вертикальным соглашениям между производителем и дистрибьюторами/дилерами; а также тому, как фактически выстроены взаимоотношения внутри дистрибьюторской/дилерской сети³⁴. Практика проведения таких проверок позволяет выделить несколько признаков, свидетельствующих о наличии антимонопольных рисков³⁵.

Возможные признаки ограничивающего конкуренцию вертикального соглашения:

- (а) соглашение между производителем и дистрибьютором/дилером содержит положения, которые приводят или могут привести к установлению цены перепродажи медицинского изделия, за исключением случая, если производитель устанавливает для дистрибьютора/дилера максимальную цену перепродажи (аналогичный подход может быть применен к установлению цен на техническое обслуживание медицинской техники);
- (б) соглашение предусматривает, что дистрибьютор/дилер обязуется не продвигать на рынок и/или не продавать на рынке медицинские изделия других производителей³⁶.

Возможные признаки ограничивающей конкуренцию координации внутри дистрибьюторской сети (в частности для затруднения входа определенных контрагентов в дистрибьюторскую сеть):

- (а) производитель «охраняет» отношения с определенным дистрибьютором/дилером для его участия в каких-то торгах (по определенному региону или на какую-либо конкретную продукцию). Другой дистрибьютор/дилер не может купить такую продукцию, поскольку производитель препятствует тому, чтобы этот товар (аппарат и т. п.) был поставлен второй конкурирующей фирме;

²⁹ На основании доводов, содержащихся в Решении ФАС России от 30 декабря 2013 года по делу № 1 10-279/00-18-13.

³⁰ На основании Определения ВАС РФ от 13 июля 2011 года № 8032/11, Постановления ФАС Уральского округа от 29 апреля 2011 года № Ф09-1942/11-С1 по делу № А76-15244/2010-45-358.

³¹ На основании доводов, содержащихся в Решении ФАС России от 30 декабря 2013 года по делу № 1 10-279/00-18-13.

³² На основании доводов, содержащихся в Решении ФАС России от 30 декабря 2013 года по делу № 1 10-279/00-18-13.

³³ На основании доводов ФАС России, приведенных в Решении Арбитражного суда города Москвы от 3 февраля 2014 года по делу № А40-137845/13.

³⁴ Необходимо обратить внимание на то, что непосредственная квалификация соответствующих действий (как согласованных действий или координации) зависит от обстоятельств дела и позиции антимонопольного органа.

³⁵ Указанные перечни рисков не являются исчерпывающими. Более полный перечень рисков должен определяться каждой компанией индивидуально.

³⁶ См., например, Решение ФАС России от 17 февраля 2014 года № АК/40355/13 или http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_33068.html.

- (b) производитель рассылает дистрибьюторам/дилерам письма с просьбой информировать компанию о получении дистрибьюторами/дилерами заявок от потенциальных партнеров и обещает за такое информирование определенные преимущества (например, премии).

Необходимо обратить внимание на то, что в качестве доказательства координации действий (в том числе препятствующих вхождению определенной компании в дистрибьюторскую сеть) ФАС России достаточно того, что в результате этих действий субъекты рынка осуществляют единую линию поведения, что приводит к ограничению конкуренции. При этом способ, с помощью которого осуществляется такая координация (обещание скидок и преимуществ либо, наоборот, угроза негативных последствий), значения не имеет.

V. НЕДОБРОСОВЕСТНАЯ КОНКУРЕНЦИЯ

Еще одна группа комплаенс-рисков, связана с практиками, которые могут рассматриваться антимонопольным органом как недобросовестная конкуренция на рынке обращения медицинских изделий.

1. Пожертвования

Рассмотрение вопросов о признании практики пожертвования медицинского оборудования лечебным учреждениям как одного из видов недобросовестной конкуренции началось еще в 2010 году³⁷. В то же время начала складываться и правоприменительная практика, которая позволяет выделить следующие критерии добросовестного и недобросовестного поведения.

1.1 Возможные критерии для определения недобросовестной практики

- (a) Пожертвование, дарение или передача в безвозмездное пользование государственным учреждениям здравоохранения медицинского оборудования,

последующее использование которого невозможно без расходных материалов, рекомендованных изготовителем данного медицинского оборудования, либо без расходных материалов, являющихся уникальными, взаимозаменяемые товары к которым отсутствуют (если заключение договора дарения, пожертвования или передачи в безвозмездное пользование данного медицинского оборудования обуславливает в дальнейшем заключение договора поставки расходных материалов)³⁸;

- (b) наличие в договоре пожертвования, дарения или передачи в безвозмездное пользование государственным учреждениям здравоохранения медицинского оборудования положений, устанавливающих для данных учреждений обязанность по применению расходных материалов³⁹, только рекомендованных изготовителем данного медицинского оборудования, которые могут быть поставлены только определенным поставщиком или субъектами, входящими с ним в одну группу лиц⁴⁰;
- (c) при проведении в последующем аукционов на поставку расходных материалов заказчик включает в один лот с другими материалами такой уникальный расходный материал, что делает невозможным участие в торгах производителей/дистрибьюторов других расходных материалов и приводит к ограничению конкуренции⁴¹.

1.2 Возможные критерии для определения добросовестной практики

- (a) акт благотворительности (пожертвование, дарение или передача в безвозмездное пользование) не создает преимущества для дарителя в дальнейшем (в частности не создает необходимости приобретения лечебным учреждением дополнительного оборудования и/или расходных материалов либо не устанавливает условий об обязательном приобретении их у дарителя или его представителей)⁴²;

³⁷ См. Протокол № 4 заседания Экспертного совета по применению антимонопольного законодательства в части недобросовестной конкуренции от 29 июня 2010 года (http://www.fas.gov.ru/community-councils/community-protocols_107.html).

³⁸ См., например, Решение УФАС города Москвы от 30 сентября 2011 года № 1 14/165-10 (http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions_33736.html). В то же время судебная практика может исходить из другого подхода. Решение Арбитражного суда города Москва от 26 января 2012 года по делу № А40-132044/11 139-1147 указывает, что поставщик медицинского оборудования, выступая в качестве дарителя аппарата, не имел права и возможности изменять императивные требования производителя оборудования, который обладает наиболее полными сведениями об условиях эксплуатации произведенного им товара (в отношении использования расходных материалов, рекомендованных производителем). Суд также указал, что для вывода о наличии акта недобросовестной конкуренции в пожертвовании медицинского оборудования недостаточно анализа лишь одного договора дарения, заключенного дарителем.

³⁹ Например, путем установления следующих условий: (i) обязательство ЛПУ использовать только рекомендованные производителем расходные материалы; (ii) снятие с гарантийного обслуживания или отмена пожертвования в случае использования нерекондованных материалов или устройств.

⁴⁰ См. Письмо ФАС РФ от 18 апреля 2011 года № АК/14239 «О направлении информации».

⁴¹ См. Письмо ФАС РФ от 18 апреля 2011 года № АК/14239 «О направлении информации».

⁴² См. http://www.fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_31100.html.

- (b) в дар получено оборудование, аналогов которому в лечебном учреждении нет, и при этом предложения аналогичной медицинской техники на рынке ограничены, а лечебное учреждение имеет реальную потребность в таком оборудовании и возможность использовать такое оборудование;
- (c) пожертвование, дарение или передача в безвозмездное пользование совершено некоммерческой организацией, действие которой не направлено на получение преимущества при осуществлении предпринимательской деятельности⁴³.

2. Иные способы недобросовестной конкуренции

Одним из признаков недобросовестной конкуренции является также предоставление недостоверных и ложных сведений о конкурентном товаре. Например, действующие на рынке дистрибьюторы направляют в лечебные учреждения информационные письма о том, что определенный поставщик неизвестен на рынке и что такие дистрибьюторы не могут гарантировать качество его продукции (хотя у поставщика есть необходимые разрешительные документы на его продукцию). Такие письма могут быть составлены с использованием двусмысленных формулировок, наносящих вред деловой репутации поставщика-конкурента. Указанная практика направлена на формирование у представителей лечебных учреждений предвзятого отношения к определенным поставщикам, в частности не являющимся официальными дилерами определенного производителя. При выявлении подобных действий со стороны определенных хозяйствующих субъектов ФАС России возбуждает антимонопольные разбирательства по признакам осуществления недобросовестной конкуренции.

VI. ВЫВОДЫ

Выше мы рассмотрели основные признаки, влияющие на определение зон риска на рынке обращения медицинских изделий. Обращаем внимание, что квалификация описанных выше признаков и рисков зависит от конкретных обстоятельств дела и должна применяться компаниями индивидуально в соответствии с результатами внутреннего антимонопольного аудита.

В то же время мы можем выделить следующие общие для всех компаний рекомендации.

В целом система антимонопольного комплаенса должна быть направлена на нивелирование следующих рисков, связанных с:

- (a) признанием хозяйствующего субъекта злоупотребившим доминирующим положением на рынке;
- (b) выявлением в действиях хозяйствующего субъекта признаков недобросовестной конкуренции;
- (c) выявлением в действиях хозяйствующих субъектов признаков картеля, «горизонтального» антиконкурентного соглашения по установлению или поддержанию цен, разделу рынка, сокращению или прекращению производства товаров, отказу от заключения договоров, а также «сговора на торгах», то есть картеля по повышению, снижению, поддержанию цен на торгах;
- (d) заключением хозяйствующими субъектами запрещенного «вертикального» соглашения;
- (e) выявлением в действиях хозяйствующего субъекта признаков незаконной координации экономической деятельности;
- (f) выявлением в поведении хозяйствующих субъектов признаков антиконкурентных согласованных действий;
- (g) участием хозяйствующего субъекта в антиконкурентных соглашениях с органами государственной власти.

Для нивелирования перечисленных рисков мы рекомендуем компаниям, ведущим свою деятельность в секторе производства и обращения медицинских изделий, использовать следующие возможные механизмы внутреннего комплаенса:

- (a) торговые политики (правила торговой практики);
- (b) открытый диалог с антимонопольным органом и согласование текстов вертикальных соглашений;
- (c) внутренние кодексы поведения сотрудников, разъясняющие различные группы антимонопольных рисков и описывающие модели поведения, находящиеся в группе риска в соответствии с российским законодательством;
- (d) тренинги и семинары для персонала, а также тренинги и семинары для дистрибьюторов/дилеров в отношении различных групп антимонопольных рисков и моделей поведения, находящиеся в группе риска в соответствии с российским законодательством;
- (e) аттестация/сертификация по итогам прохождения тренингов, связанная с внутренними показателями эффективности сотрудников.

⁴³ См.: Коваленко А.И. Статья: «Дарение неукomплектованного оборудования как нарушение законодательства о защите конкуренции». Журнал «Современная конкуренция», выпуск № 5, 2010 год.

КОНТАКТЫ



МАРИЯ БОРЗОВА

Руководитель проектов
Фармацевтического
направления

borzova@vegaslex.ru

Подробную информацию о продуктах и услугах VEGAS LEX Вы можете узнать на vegaslex.ru

К изложенному материалу следует относиться как к информации для сведения, а не как к профессиональной рекомендации.
VEGAS LEX рекомендует обратиться за профессиональной консультацией по любому вопросу.

© Юридическая фирма VEGAS LEX

VEGAS LEX – одна из ведущих российских юридических фирм, предоставляющая широкий спектр правовых услуг. Основанная в 1995 году, Фирма объединяет более 100 юристов, офисы в Москве, Волгограде, Краснодаре и ряд региональных партнеров.

НАПРАВЛЕНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ:

- Взаимоотношения с государственными органами. Нормотворчество
- Вопросы конкуренции. Антимонопольное регулирование
- Отраслевое право. Топливо-энергетический комплекс
- Техническое регулирование
- Разрешение споров и досудебное урегулирование конфликтов. Медиация
- Проекты с иностранным элементом. Международный арбитраж. Международные сделки. Локализация
- ГЧП и инфраструктурные проекты
- Недвижимость. Земля. Строительство
- Корпоративные вопросы и M&A. Юридическая экспертиза
- Инвестиции. Проектное финансирование
- Инновационные проекты
- Комплаенс. Антикоррупционный комплаенс и противодействие корпоративному мошенничеству
- Международное налогообложение
- Налоговый консалтинг
- Ценные бумаги, листинг, секьюритизация
- Интеллектуальная собственность
- Отраслевое право. Экологическое право

ОТРАСЛИ ЭКОНОМИКИ:

- Авиация
- ЖКХ
- Информационные технологии
- Инфраструктура и ГЧП
- Машиностроение
- Металлургия
- Нанотехнологии
- Недвижимость
- Недропользование
- Пищевая промышленность
- Страхование
- Строительство
- Телекоммуникации
- Транспорт
- ТЭК
- Тяжелая и легкая промышленность
- Фармацевтика
- Финансы
- Химия и нефтехимия

ПРИЗНАНИЯ И НАГРАДЫ:

- European Legal Experts 2013
- Best Lawyers 2014
- International Financial Law Review 2014
 - ▷ Реструктуризация и банкротство
 - ▷ Слияния и поглощения
 - ▷ Проектное финансирование
- Chambers Europe 2014
 - ▷ Государственно-частное партнерство
 - ▷ Антимонопольное право
 - ▷ Разрешение споров
 - ▷ Фармацевтика
 - ▷ Энергетика и природные ресурсы
- Chambers Global 2014
 - ▷ Разрешение споров
- The Legal 500 Europe, Middle East&Africa 2014
 - ▷ Государственно-частное партнерство
 - ▷ Разрешение споров
 - ▷ Антимонопольное право
- ▷ Недвижимость
- ▷ Корпоративная практика, M&A
- ▷ Налоги
- ▷ Энергетика и природные ресурсы
- Право.Ru-300 2013
 - ▷ Антимонопольное право
 - ▷ Коммерческая недвижимость/строительство
 - ▷ Природные ресурсы/энергетика
 - ▷ Корпоративная практика/M&A
 - ▷ Налоговое право
 - ▷ Арбитраж
 - ▷ Интеллектуальная собственность
 - ▷ Международный арбитраж
- PLC which lawyer? 2012
 - ▷ Антимонопольное право
 - ▷ Страхование

НАШИ КЛИЕНТЫ:

Внешэкономбанк, РусГидро, РОСНАНО, СИТРОНИКС, Газпром нефть, Газпром добыча Астрахань, Мосэнергосбыт, МРСК Центра, МРСК Волги, Белон, ФосАгро АГ, РОСНО, Ильюшин Финанс Ко, Русские фонды, РЕКО-Гарантия, Сан ИнБев, МТС, R-Quadrat, НОСНТIEF, MAN, British Airways, Rockwool, MTD Products

СОТРУДНИЧЕСТВО:

Министерство экономического развития РФ, Министерство транспорта РФ, Министерство регионального развития РФ, Федеральная антимонопольная служба РФ, Федеральная служба по тарифам РФ, Федеральная служба по финансовым рынкам РФ, комитеты Государственной Думы и Совета Федерации, ГК Внешэкономбанк, федеральные агентства (Росморречфлот, Росжелдор, Росавтодор, Госстрой), комитеты по собственности и защите конкуренции, ГЧП и инвестициям РСПП, Комиссия по защите прав инвесторов при НФА, Агентство стратегических инициатив и т. д.

МОСКВА

Тел.: +7 (495) 933 08 00
Факс: +7 (495) 933 08 02
vegaslex@vegaslex.ru

ВОЛГОГРАД

Тел.: +7 (8442) 26 63 12/13/14/15
Факс: +7 (8442) 26 63 16
volgograd@vegaslex.ru

КРАСНОДАР

Тел.: +7 (861) 274 74 08
Факс: +7 (861) 274 74 09
krasnodar@vegaslex.ru