

КОММЕРЧЕСКИЕ ПОЛИТИКИ ПРОИЗВОДИТЕЛЕЙ ЛЕКАРСТВЕННЫХ ПРЕПАРАТОВ И МЕДИЦИНСКИХ ИЗДЕЛИЙ: НОВЫЕ УРОКИ ДЛЯ БИЗНЕСА



Практика ФАС России и судов в отношении необоснованных отказов от заключения договора продолжает развиваться. Несколько дел, рассмотренных ФАС России и судами в конце 2013 – начале 2014 года, содержат новые выводы и подходы к правоприменительной практике¹.

Кто находится в зоне риска?

Антимонопольный орган при проведении анализа состояния конкуренции дает оценку следующим обстоятельствам:

- (a) условиям доступа на товарный рынок;
- (b) долям хозяйствующих субъектов на рынке определенного товара;
- (c) соотношению долей покупателей и продавцов товара; и
- (d) периоду существования возможности оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на рынке.

Таким образом, потенциально в зоне риска находятся, в частности²:

- (a) крупнооптовые продавцы с долей рынка более 50% в географических границах РФ;
- (b) производители с долей рынка, которая дает возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем рынке; и
- (c) эксклюзивные дистрибьюторы иностранных компаний, являющиеся единственными продавцами товара на территории РФ.

Как антимонопольный орган подтверждает долю рынка?

На определение доли рынка могут влиять различные факторы. Например, в качестве фактора, свидетельствующего о доминирующем положении хозяйствующего субъекта, может рассматриваться:

- (a) невозможность заменить расходные материалы одного производителя расходными материалами другого производителя;
- (b) отсутствие на российском рынке аналогов определенного лекарственного препарата; и
- (c) невозможность замены определенного препарата лекарственными средствами иных производителей в тех случаях, когда врачом принимается решение о необходимости применения именно данного препарата.

При проведении анализа конкуренции антимонопольный орган также учитывает, на каком рынке (оптовом или

розничном) осуществляет деятельность хозяйствующий субъект. В целях более точного определения доли рынка хозяйствующего субъекта антимонопольный орган также часто обращается за консультациями к экспертным учреждениям³.

Какие признаки могут указывать на ограничение конкуренции?

Практика показала, что признаками необоснованного отказа от заключения договора могут являться:

- (a) внутренние процедуры и политики хозяйствующего субъекта, если такие процедуры и политики:
 - не содержат четких критериев выбора и одобрения контрагента;
 - не содержат сроков и процедуры рассмотрения предложений, а также порядка, условий работы и прекращения договорных отношений;
 - устанавливают необходимость прохождения потенциальными контрагентами дополнительных проверок («due diligence») без разъяснения условий прохождения таких проверок и без представления четких критериев оценки контрагентов по результатам проверок; или
 - предусматривают возможность отказа от заключения договора в связи с антикоррупционными рисками, выявленными самим хозяйствующим субъектом. При этом 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 (его должностных лиц) к ответственности за нарушение норм антикоррупционного или иного законодательства РФ);
- (b) поведение хозяйствующего субъекта и/или его официальных дистрибьюторов, если:
 - рассмотрение заявки дистрибьютора на заключение очередного договора поставки является продолжительным и (или) отказ от заключения очередного договора поставки является повторяющимся;

¹ См., например, http://fas.gov.ru/solutions/solutions_38702.html, <http://kad.arbitr.ru/Card/b3bad694-2a11-4755-a713-9937ea6bbfa8>.

² Обращаем внимание, что ФАС России использует специальную методику для определения долей рынка хозяйствующих субъектов, содержащуюся в Приказе ФАС России от 28 апреля 2010 года № 220.

³ Так, по одному из дел, Общероссийская общественная организация нефрологов Российского диализного общества в ответ на запрос антимонопольного органа указала, что лекарственное средство одной из иностранных фармацевтических компаний относится к категории специальных растворов и не имеет аналогов других производителей.

- отсутствует какое-либо документально зафиксированное распоряжение уполномоченного органа управления хозяйствующего субъекта о прекращении сотрудничества с дистрибьютором (при наличии действующего рамочного соглашения);
 - несмотря на действующее рамочное соглашение, для целей продолжения сотрудничества и заключения очередного договора поставки хозяйствующим субъектом заявлено требование о прохождении дистрибьютором дополнительной проверки «due diligence», при условии, что сроки и процедура такой проверки непрозрачны; или
 - официальные дистрибьюторы хозяйствующего субъекта отказывают в заключении прямого договора поставки или не отвечают на запрос;
- (с) возможные последствия отказа от заключения договора, если:
- 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 товара;
 - 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 (например, лекарственным препаратом), что может поставить под угрозу жизнь и здоровье людей; или
 - отказ хозяйствующего субъекта от поставки товара может привести (или привел) к необходимости перевести ряд пациентов на лечение с использованием другой технологии, что может повлечь

(повлечло) дополнительные финансовые затраты (бюджета и/или дистрибьютора).

По мнению правоприменителей, для равного доступа к товару, обеспечения конкуренции на государственных закупках, а также снижения начальной (максимальной) цены контракта хозяйствующий субъект должен подтвердить поставку товара на отлагательных условиях (поставить препарат в случае победы дистрибьютора на аукционе) всем обратившимся к нему потенциальным контрагентам. При этом, согласно логике антимонопольного органа, хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на товарном рынке и необоснованно отказывающийся в поставке товара иным хозяйствующим субъектам:

- (a) создает препятствия к доступу на соответствующий товарный рынок;
- (b) оказывает решающее влияние на условия реализации товара;
- (c) заранее в одностороннем порядке устанавливает условия обращения товара, определив тот или иной уровень цены на него; а также
- (d) ущемляет интересы потенциальных участников рынка.

Что делать дальше?

В связи с тем что в практике ФАС России и судов вырабатываются единообразные подходы к рассмотрению дел об отказе в заключении договоров с дистрибьюторами, участникам рынка необходимо проверить существующие внутренние процедуры и политики взаимодействия с дистрибьюторами на предмет соответствия новым тенденциям правоприменительной практики. Также, при необходимости, следует адаптировать внутренние процедуры «комплаенса» к соответствующим изменениям. Одним из инструментов в данном случае может выступать система тренингов для персонала в отношении допустимых с точки зрения антимонопольного законодательства действий, а также в отношении потенциальных зон риска.

КОНТАКТЫ



ЮЛИЯ ТОРМАГОВА

Руководитель
Коммерческой группы

tormagova@vegalex.ru



МАРИЯ БОРЗОВА

Руководитель проектов
Фармацевтического
направления

borzova@vegalex.ru

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

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
- Metallургия
- 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 2012
- International Financial Law Review 2014
 - ▷ Реструктуризация и банкротство
 - ▷ Слияния и поглощения
 - ▷ Проектное финансирование
- Chambers Europe 2013
 - ▷ Государственно-частное партнерство
 - ▷ Антимонопольные вопросы
 - ▷ Разрешение споров
- The Legal 500 Europe, Middle East&Africa 2013
 - ▷ Государственно-частное партнерство
 - ▷ Разрешение споров
 - ▷ Недвижимость
 - ▷ Корпоративная практика, M&A
- ▷ Налоги
- ▷ Энергетика и природные ресурсы
- Право.Ru-300 2013
 - ▷ Антимонопольное право
 - ▷ Коммерческая недвижимость/строительство
 - ▷ Природные ресурсы/энергетика
 - ▷ Корпоративное право/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, РЕСО-Гарантия, Сан ИнБев, МТС, R-Quadrat, НОСНТИЕФ, 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 др.

МОСКВА

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

ВОЛГОГРАД

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

КРАСНОДАР

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