



ФЕДЕРАЛЬНАЯ АНТИМОНОПОЛЬНАЯ СЛУЖБА
Управление контроля социальной сферы и торговли

**Рекомендации ФАС России
по разработке и применению коммерческих политик
хозяйствующими субъектами, занимающими доминирующее
положение на рынках лекарственных средств и рынках
медицинских изделий**

1. Общие положения.

Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) содержит запрет на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением.

Понятие и признаки доминирующего положения содержатся в статье 5 Закона о защите конкуренции. Доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Само по себе доминирование на рынке определенного товара не является нарушением антимонопольного законодательства, между тем обязывает хозяйствующий субъект не злоупотреблять своим положением.

Злоупотребление доминирующим положением применительно к отношениям, связанным со взаимодействием доминирующего хозяйствующего субъекта с контрагентами (потенциальными контрагентами), квалифицируется в соответствии со статьей 10 Закона о защите конкуренции. ФАС России обращает внимание, что перечень действий доминирующего хозяйствующего субъекта, которые могут быть признаны злоупотреблением, открыт.

Риски доминирующих хозяйствующих субъектов в отношениях с контрагентами (потенциальными контрагентами) содержатся в нескольких составах антимонопольных правонарушений, предусмотренных статьей 10 Закона о защите конкуренции, а именно:

- навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не



относящихся к предмету договора (экономически или технологически не обоснованные и (или) прямо не предусмотренные федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товара, в котором контрагент не заинтересован, и другие требования) (часть 3);

- экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара, а также в случае, если такой отказ или такое уклонение прямо не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами (часть 5);

- экономически, технологически и иным образом не обоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, если иное не установлено федеральным законом (часть 6);

- создание дискриминационных условий (часть 8);

- создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам (часть 9).

Во избежание преследования со стороны антимонопольных органов ФАС России рекомендует хозяйствующим субъектам соотнести свою деятельность с нормами антимонопольного законодательства, определить товарные рынки, потенциально являющиеся неконкурентными, разработать и внедрить внутренний документ (торговую политику) по отбору контрагентов, взаимодействию с ними, а также прекращению работы с контрагентами.

Пример:

По итогам судебного разбирательства с ООО «Ново Нордиск» была выявлена проблема трактовки иностранными фармацевтическими компаниями требований ФАС России как противоречащих американскому законодательству о коррупции (Foreign Corrupt Practices Act, далее - FCPA) и закону Великобритании о взятках (UK Bribery Act, далее - UBA).

В то же время ФАС России считает, что FCPA и UBA являются частью антимонопольного законодательства, поскольку запрещают компаниям покупать и иным образом влиять на действия и решения должностных лиц или государственных органов для получения преимуществ на рынке. В Российской Федерации запрет на покупку преимуществ реализуется через запрет на коррупцию (статьи 291 и 291.1 Уголовного кодекса Российской Федерации, статья 19.28 Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях) и через антимонопольное законодательство (статья 10 Закона о защите

конкуренции).

ФАС России было выявлено, что под предлогом исполнения законодательства FCPA и UBA и предупреждения привлечения к ответственности за нарушение FCPA и UBA отдельные доминирующие на российском рынке фармацевтические компании проводят незаконную селекцию своих дистрибьюторов, в ходе которой нарушают российское законодательство о защите конкуренции. Это выражается в предъявлении излишних необоснованных требований к дистрибьюторам и их репутации, субъективной оценке при принятии компаниями решений о сотрудничестве с дистрибьюторами, отказах от заключения или продолжения дистрибьюторских договоров с теми или иными дистрибьюторами и др.

Позиция ФАС России заключается в необходимости предоставления недискриминационного доступа к товарам, а также в необходимости исключения требований к покупателям (дистрибьюторам), носящих субъективный характер, так как такие требования дают возможность хозяйствующему субъекту, занимающего доминирующее положение на товарном рынке, необоснованно отказывать или уклоняться от заключения с покупателями договоров купли-продажи.

2. Определение товарного рынка.

Немаловажно хозяйствующему субъекту определить, находится ли его деятельность в зоне риска нарушения запретов, предусмотренных статьей 10 Закона о защите конкуренции. Для этого необходимо определить занимаемые доли товарных рынков, на которых действует хозяйствующий субъект.

Антимонопольный орган при проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке руководствуется Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденным приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220, а также Административным регламентом Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией, утвержденным приказом ФАС России от 25.05.2012 № 345.

В соответствии со статьей 4 Закона о защите конкуренции товарный рынок — сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров (далее — определенный товар), в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами.

Хозяйствующие субъекты зачастую ошибочно рассчитывают занимаемую

ими долю исходя из объема проданного всей номенклатуры товаров в натуральном выражении либо на основании объема полученной выручки в денежном выражении по отношению к конкурентам.

Вместе с тем, ФАС России обращает внимание на необходимость разделения хозяйствующими субъектами всей номенклатуры товаров на товарные рынки определенного товара в соответствии с признаками понятия товарного рынка. Такими признаками являются: сфера обращения товара (товаров), границы (в том числе географические) рынка, а также возможность потребителя приобрести товар.

При определении товарного рынка необходимо установить наличие либо отсутствие взаимозаменяемых товаров. Согласно статье 4 Закона о защите конкуренции взаимозаменяемые товары — товары, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене и другим параметрам таким образом, что приобретатель действительно заменяет или готов заменить один товар другим при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях).

Таким образом, товарный рынок может состоять из товаров не только одного производителя (поставщика), но и товаров конкурирующих производителей (поставщиков), если такие товары являются взаимозаменяемыми, что обуславливает наличие либо отсутствие иных участников рынка.

Примеры:

Как установлено ФАС России, товарный рынок диализаторов (медицинских изделий, применяемых при процедуре гемодиализа) состоит из диализаторов различных производителей (Гамбро, Фрезениус, Б. Браун, Бакстер, Белко, Нипро, Асахи и др.), вместе с тем, потребительские свойства отдельных видов диализаторов различны, на что влияет: материал мембраны, объем заполнения, коэффициент ультрафильтрации, площадь поверхности мембраны, стерилизация. В результате исследования установлено, что определенные виды диализаторов различных производителей являются взаимозаменяемыми и формируют один товарный рынок.

И напротив, при использовании аппаратов искусственной почки используются кровопроводящие магистрали, которые также независимо от производителя могут применяться на аппаратах различных производителей, при этом имеются аппараты искусственной почки с так называемой «закрытой системой», использование которых возможно только с кровопроводящими магистралями определенного производителя. Указанные во втором случае кровопроводящие магистрали, не имеющие взаимозаменяемых товаров, формируют отдельный товарный рынок, состоящий из одного товара определенного производителя (продавца), который по всем признакам может занимать доминирующее положение на рынке кровопроводящих магистралей для определенного аппарата искусственной почки в географических границах Российской Федерации.

Показательным является так же рынок лекарственных препаратов. Применительно к нефрологии, а именно проведению процедуры перитонеального

диализа, используются лекарственные препараты в форме раствора различных производителей, вместе с тем, как установлено ФАС России и поддержано судом, лекарственный препарат «Экстранил» (МНН Икодекстрин) производства компании Бакстер Хелскеа С.А., Ирландия, относится к категории специальных растворов для перитонеального диализа, созданных для повышения адекватности перитонеального диализа, и не имеет аналогов других производителей. Соответственно, в тех случаях, когда врачом принимается решение о необходимости применения именно этого раствора, заменить его лекарственными препаратами иных производителей не представляется возможным. Отличительной особенностью «Экстранила» является его высокая биосовместимость. Лекарственный препарат «Экстранил» содержит вместо глюкозы полимер глюкозы айкодекстрин, который практически не всасывается. Возможность замены на лекарственные препараты других производителей отсутствует. Вместе с тем, представители ЗАО Компания «Бакстер» (юридическая фирма «Бейкер и Макензи») ошибочно рассчитывали долю лекарственного препарата «Экстранил» из расчета иных лекарственных препаратов для перитонеального диализа, в том числе иных производителей.

Таким образом, очевидно, что указанная продукция производства компании Бакстер Хелскеа С.А., Ирландия, формирует отдельный товарный рынок: рынок лекарственного средства «Экстранил» (МНН Икодекстрин).

Приведенные примеры свидетельствуют о важности определения товарного рынка, на котором осуществляет свою деятельность хозяйствующий субъект, определения взаимозаменяемых товаров, состава участников рынка и определение долей каждого из них.

3. Выбор контрагента и работа с ним.

Хозяйствующим субъектам, потенциально являющимися доминирующими на рынке определенного товара и находящимися в зоне антимонопольных рисков, предельно важно принять и использовать документ (торговая политика), содержащий критерии отбора контрагентов, порядок проведения проверки (описание процессов), обуславливающий принятие решений, перечень и полномочия лиц, участвующих в процедурах одобрения или отказа от коммерческих отношений, лиц, принимающих такие решения, сроки и порядок рассмотрения заявок контрагентов (потенциальных контрагентов), а также условий сотрудничества с контрагентами, определяющими стоимость товара, объем поставок, условия оплаты, скидки, премии и прочее.

Любая торговая политика помимо перечисленного выше, должна включать в себя стандартный (типовой) договор со всеми существенными условиями договора (шаблон которого находится в свободном доступе в телекоммуникационной сети «Интернет» для свободного доступа всех потенциальных и действующих контрагентов), форму заявки контрагента (потенциального контрагента). При этом условия договора и положения торговой политики не должны противоречить друг

другу.

Пример:

ФАС России в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ООО «Ново Нордиск» было установлено, что на сайте ООО «Ново Нордиск» стандартный договор не размещен и не является приложением к торговой политике. Следовательно, потенциальный контрагент ООО «Ново Нордиск» не имел возможности заранее ознакомиться с условиями договора. Кроме того, условия стандартного договора ООО «Ново Нордиск» противоречат положениям торговой политики.

3.1. Критерии отбора.

Отбор контрагента представляет собой процесс проверки хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, потенциального контрагента установленным в документе (торговой политике) требованиям.

Перечень требований, на соответствие которых хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, проверяет контрагента (потенциального контрагента), а также перечень запрашиваемых документов для проведения проверки контрагента должны быть исчерпывающими, критерии должны быть четко сформулированными, ясными, однозначно толковаться. Требования к контрагенту могут затрагивать правовые, финансовые и деловые аспекты деятельности контрагента.

Критериями отбора контрагентов могут быть, в том числе:

- наличие регистрации в качестве юридического лица (индивидуального предпринимателя);
- отсутствие задолженности по налогам и сборам;
- отсутствие процедуры ликвидации или банкротства контрагента;
- деятельность контрагента не приостановлена;
- наличие у контрагента необходимых лицензий;
- отсутствие судимости и уголовного преследования у лиц, занимающих руководящие должности контрагента и его учредителей;
- отсутствие среди лиц, занимающих руководящие должности контрагента и его учредителей, а также членов их семей, - лиц, замещающие государственные должности, и имеющие конфликт интересов;
- иные объективные критерии.

Хозяйствующему субъекту, занимающему доминирующее положение на товарном рынке, важно самому добросовестно соблюдать свою торговую политику и не дискриминировать контрагентов, не злоупотреблять правами при проведении проверок в отношении потенциальных и действующих контрагентов.

В случае если перечень критериев отбора потенциального контрагента не исчерпывающий, критерии сформулированы не четко, не понятно, могут быть истолкованы по-разному, то при наличии жалобы на действие хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, по признакам статьи 10 Закона

о защите конкуренции, антимонопольный орган может квалифицировать такие действия как злоупотребление доминирующим положением.

Пример:

При рассмотрении дела в отношении ООО «Ново Нордиск» по признакам нарушения антимонопольного законодательства, предусмотренного пунктами 3, 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, было установлено, что в соответствии с положениями Стандартного договора ООО «Ново Нордиск» в качестве одного из оснований имело право приостановить поставки товара и не размещать заказ контрагента в производство в случае наличия просроченного долга у дистрибьютора, до момента получения долга по оплате товара в полном объеме. Однако ООО «Ново Нордиск» этим правом не воспользовалось в 2012 г. и пролонгировал договор с контрагентом на 2013 г., а также приняло заказы на поставку лекарственных препаратов.

Вместе с тем, когда ООО «Ново Нордиск» приняло решение отказать своему контрагенту в поставке лекарственных препаратов, основным доводом отказа было наличие просроченной задолженности в 2012 г., которая как было установлено была погашена в 2012 г. Тем не менее ООО «Ново Нордиск» с требованиями по взысканию пеней обратился в суд 07.02.2014, то есть намного позже приостановки (август 2013 г.) поставок в адрес контрагента, после возбуждения ФАС России дела о нарушении антимонопольного законодательства, а также после истечения срока действия договора. При этом к остальным контрагентам, находившимся в аналогичной ситуации, данные меры со стороны ООО «Ново Нордиск» предприняты не были.

Торговой политикой ООО «Ново Нордиск» установлено, что в случае возникновения информации о потенциальных нарушениях принципов деловой этики действующим коммерческим партнерам в рамках договорных взаимоотношений ООО «Ново Нордиск» вправе предпринять все необходимые разумные действия для уточнения информации и ее подтверждения (опровержения).

ООО «Ново Нордиск» в обосновании прекращения поставок товара контрагенту, представило в ФАС России информацию о проводимых полицией оперативно-розыскных мероприятиях в отношении контрагента. Между тем, уполномоченные государственные органы, на территории которых зарегистрирован контрагент, Прокуратура Калининградской области и Отдел полиции по Озерскому району МО МВД России «Гусевский» на запрос ФАС России представили информацию об отсутствии возбужденных уголовных дел и проводимых оперативно-розыскных мероприятий в отношении сотрудников контрагента.

Иногда хозяйствующие субъекты, занимающие доминирующее положение на товарном рынке, имеющие торговую политику, не желая сотрудничать с тем или иным контрагентом, злоупотребляют своими правами. В связи с чем ФАС России обращает внимание на важность не только наличия самой торговой политики, но и ее содержания (наличия четкого понятийного аппарата и прозрачных недискриминационных критериев отбора контрагентов и сотрудничества с ними в

такой политике), доступности политики для неограниченного круга лиц, а также практики исполнения доминирующим хозяйствующим субъектом данной политики.

Ошибочно хозяйствующие субъекты, занимающие доминирующее положение на товарном рынке, считают возможным отказывать дистрибьюторам в заключении договоров купли-продажи в случае наличия подозрений о нарушении покупателем законодательства о коррупции, основанных на данных о контрагентах, полученных из неофициальных источников (интернет-публикации, сообщения в СМИ, звонки по телефону и пр.) и не подкрепленных официальными решениями по выявленным фактам уполномоченных органов государственной власти. При этом, компании не считают необходимым передавать имеющиеся у них материалы, содержащие признаки нарушения законодательства, включая законодательство о коррупции, в соответствующие компетентные органы.

ФАС России считает, что такой порядок принятия решений о заключении договоров купли-продажи носит субъективный и коррупционный характер, а существование такого права может стимулировать распространение заведомо ложной информации о дистрибьюторах как их конкурентами, так и самими компаниями-импортерами, в случае их нежелания сотрудничать с тем ли иным дистрибьютором.

В соответствии со статьей 49 Конституции Российской Федерации каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда. ФАС России обращает внимание, что при оценке деловой репутации контрагента, хозяйствующие субъекты, занимающие доминирующее положение, зачастую самостоятельно делают выводы о причастности (непричастности) контрагента (потенциального контрагента) и/или его группы лиц к возможным коррупционным правонарушениям, которые не были предметом рассмотрения уполномоченными государственными органами Российской Федерации. В случае обнаружения такой информации, хозяйствующие субъекты, занимающие доминирующее положение, вправе обратиться в уполномоченные государственные органы Российской Федерации с соответствующим заявлением.

Между тем во избежание антимонопольных рисков ФАС России рекомендует хозяйствующим субъектам, занимающим доминирующее положение, не приостанавливать поставки товара и не отказывать в заключении договора с контрагентом, до тех пор, пока уполномоченный государственный орган Российской Федерации не примет соответствующий акт о совершении контрагентом правонарушения, которое не соответствует критериям отбора контрагентов и не позволяет сотрудничать с ним.

3.2. Описание процесса отбора контрагентов.

Немаловажным фактором, влияющим на определение антимонопольным органом наличия либо отсутствия признаков нарушения антимонопольного

законодательства, является качество описания процессов отбора контрагентов.

Процесс отбора контрагентов должен быть изложен детально, с раскрытием всех возможных стадий рассмотрения заявок о сотрудничестве (о заключении договора), раскрытием информации о лицах (должностях), которые влияют на принятие решений, принимают решения, входят в комиссию по рассмотрению заявок (при наличии), о предельном сроке рассмотрения таких заявок, о сроках рассмотрения заявок на каждой стадии проверки, о возможности продления сроков проверки на каждой стадии с обоснованием возможных причин.

Наличие и соблюдение хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, детально изложенного процесса рассмотрения заявок о заключении договоров и заявок (предложений) о покупке товаров значительно снижает антимонопольные риски.

ФАС России не рекомендует хозяйствующим субъектам, занимающим доминирующее положение, пренебрегать важностью установления и соблюдения предельных сроков рассмотрения заявок.

Пример:

При рассмотрении дела в отношении ООО «Ново Нордиск» ФАС России было установлено отсутствие четких процедур и сроков проверки потенциальных контрагентов для заключения договоров. Торговой политикой был предусмотрен общий срок анализа документации с учетом предоставления разъяснений потенциального контрагента на поставленные вопросы, который не должен превышать 3 месяца. Вместе с тем, в случае, если срок ответа потенциального контрагента на поставленный вопрос превыша 14 календарных дней, общий срок анализа заявки автоматически продлевался на период для предоставления ответа потенциальным контрагентом, превышающий 14 календарных дней. Следовательно, антимонопольный орган пришел к выводу, что в торговой политике ООО «Ново Нордиск» отсутствовали предельные максимальные сроки рассмотрения заявок.

3.3. Описание процесса работы с контрагентами.

Процесс работы с контрагентами, а также коммерческие условия, включающие объемы поставок, ассортимент товаров, цены, условия оплаты, размеры и условия предоставления скидок и премий, должны быть подробно изложены в соответствующем документе (торговой политике) хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение.

ФАС России допускает обоснованное разделение хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, условий работы с контрагентами. Если такие условия экономически обоснованы, например:

- при большем объеме закупок товара в натуральном выражении цена за единицу товара может быть ниже цены товара, закупаемого меньшими партиями;
- при расчетах по предоплате, цена за товар может быть ниже цены при предоставлении коммерческого кредита;

– при закупках товара со склада либо неликвидного товара цена может быть снижена.

ФАС России не рекомендует хозяйствующим субъектам, занимающим доминирующее положение, включать в условия работы с контрагентом требование о предоставлении подробных прогнозов закупок лекарственных препаратов, предназначенных для участия контрагента в государственных закупках, с указанием регионов планируемых поставок. Во-первых, контрагент не может обладать информацией о результатах торгов до их проведения, а, во-вторых, такая информация может использоваться для координации поставок на торгах и недопущения одновременного участия нескольких определенных контрагентов в одних торгах. ФАС России исходит из того, что хозяйствующие субъекты, занимающие доминирующее положение, в большинстве случаев самостоятельно осуществляют планирование своей деятельности исходя из информации о прошлых и прогнозируемых объемах потребностей государственных заказчиков в соответствующих лекарственных препаратах и проводимых торгах в течение календарного года (в том числе используя информацию о количестве больных, получающих определенные лекарства).

Пример:

В договорах компании ООО «Ново Нордиск» с дистрибьюторами в 2010 году содержались требования о предоставлении дистрибьюторами отчетов об остатках, об отгрузках с указанием покупателей и регионов, наименований и объемов продуктов, дат и номеров накладных, аукционной документации, прогнозов отгрузок на квартал и скорректированных прогнозов на месяц с указанием наименований и объемов товаров, периодов и регионов планируемых поставок. Предоставление дистрибьюторами информации о прогнозируемых объемах и регионах поставки каждого лекарственного средства давало возможность ООО «Ново Нордиск» координировать поставки дистрибьюторами лекарственных средств как по объемам, так и по регионам поставки, что приводило к разделу товарного рынка по территориальному принципу, отсутствию конкуренции и поддержанию цен на торгах. Анализ результатов региональных торгов, предметом которых являлась закупка инсулинов Ново Нордиск, выявил ряд субъектов Российской Федерации, в которых постоянными победителями являлись одни и те же компании – уполномоченные дистрибьюторы ООО «Ново Нордиск» или их постоянные покупатели. Это является признаком отсутствия в данных субъектах Российской Федерации полноценной конкурентной борьбы на торгах, следствием чего происходит поддержание цен на торгах.

ФАС России не исключает систематическую проверку хозяйствующим субъектом, занимающих доминирующее положение, действующих контрагентов на предмет соответствия условиям торговой политики.

Наличие и соблюдение хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, детально изложенных условий работы с контрагентами значительно снижает антимонопольные риски.

Пример:

Одним из доводов для принятия решения ФАС России о признании нарушения ЗАО Компания «Бакстер» антимонопольного законодательства явилось отсутствие у ЗАО Компания «Бакстер» локальных документов, предусмотренные Международной антикоррупционной политикой Бакстер, а именно Региональных правил, наличие которых предусматривало детальное изложение методов оценки и необходимых элементов надлежащей проверки, перечень сотрудников и функциональные группы, ответственных за оценку и обработку полученных результатов, а также перечень требуемой документации, которая будет использоваться для принятия решения по всем новым и существующим отношениям с контрагентами для обеспечения соблюдения политики.

Кроме того, Региональные правила должны были включать в себя, в том числе, надлежащую проверку и установление индикаторов риска (процесс внутреннего утверждения и проверки третьих лиц, процесс получения необходимой информации от третьих лиц для проведения надлежащей проверки, список факторов риска и соответствующих индикаторов риска, с помощью которых будет определяться, какие правила надлежащей проверки используются, процесс проверки списка рекомендаций), критерии оценки рисков для надлежащей проверки, процедуру оценки благонадежности и одобрения контрагента (процесс установления и рассмотрения критериев оценки), процесс одобрения и утверждения. Процедуры комплексной проверки контрагента и иные представленные ЗАО Компания «Бакстер» в ФАС России документы не содержат критериев выбора и одобрения дистрибьютора, сроков и процедуры рассмотрения предложений, порядка и условий работы с ним и прекращения дистрибьюторских отношений, критериев принятия того или иного решения, сроков принятия решений. В связи с этим, потенциальному контрагенту оценить возможность своего соответствия требованиям дистрибьютора, а также условий работы дистрибьюторов не представляется возможным.

3.4. Делопроизводство.

Хозяйствующему субъекту, занимающего доминирующее положение, при выполнении порядков, описанных в пунктах 3.2 и 3.3 настоящих рекомендаций, важно документировать каждый этап процесса. Кроме того, необходимо обращать особое внимание на обязательную регистрацию входящей и исходящей корреспонденции, с указанием корреспондента, темы и реквизитов писем, краткого содержания.

Процессы по рассмотрению заявок о сотрудничестве, а также решения по результатам их рассмотрения на каждом этапе, должны фиксироваться в соответствующих документах (анкетах, типовых формах, справках, рапортах, протоколах) с подписями и указанием лиц, принимающих участие в управленческих решениях.

Результатом анализа хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее

положение, деятельности контрагента (потенциального контрагента) на соответствие критериям, установленным торговой политикой, должно являться решение об отказе в заключении либо о заключении (продлении) договора в порядке и в сроки, установленные торговой политикой.

Материалы, собранные при рассмотрении заявок контрагентов (потенциальных) контрагентов, рекомендуется учитывать и хранить в течении периода от пяти лет с момента прекращения процедур проверок, по результатам которых принималось решение о сотрудничестве, об отказе в сотрудничестве либо о прекращении коммерческих отношений.

Ведение надлежащего делопроизводства по регистрации корреспонденции, сохранении информации, содержащейся во внутренних документах хозяйствующего субъекта (справках сотрудников, отчетах и протоколах управленческих органов хозяйствующего субъекта), свидетельствует о добропорядочности и открытости хозяйствующего субъекта, снижает антимонопольные риски и может в дальнейшем обосновать принимаемые им решения в рамках проводимого антимонопольным органом исследования.

Пример:

Так, например, при оценке деятельности и принятии решения ФАС России о нарушении ЗАО Компания «Бакстер» антимонопольного законодательства по необоснованному отказу в заключении договора, ФАС России установлены следующие перечни процедур, использованных ЗАО Компания «Бакстер» при проведении Комплексной проверки, Дополнительной комплексной проверки и иных видов проверок потенциального контрагента: запрос и получение анкеты предполагаемого делового партнера; проведение интервью с генеральным директором потенциального контрагента; рассмотрение информации, собранной независимой компанией (без указания этой компании); представление рекомендаций Финансовым директором, Директором по правовым вопросам, региональным советником по корпоративному регулированию и контролю процедур; принятие окончательного решения Генеральным директором.

Вместе с тем, кроме общего указания на Международную антикоррупционную политику в отношении третьих лиц и Глобальную процедуру комплексной проверки, ссылки на соответствующие положения документов, которые предусматривают и описывают эти процедуры, ЗАО Компания «Бакстер» не представило.

Решение Генерального директора ЗАО Компания «Бакстер» об отказе сотрудничества с потенциальным контрагентом было основано на обсуждениях с Финансовым директором, Директором по правовым вопросам, Региональным советником по корпоративному регулированию и контролю процедур, которые давали свои рекомендации по данному вопросу. При этом документы, подтверждающие проведение каждого этапа процедур принятия решений, а также письменные документы, отражающие такие рекомендации ЗАО Компания «Бакстер» в ФАС России не представлены.

Копии документов, в которых зафиксировано проведение и результаты

проведения каждого этапа Комплексной проверки, Дополнительной комплексной проверки и иных видов проверок потенциального контрагента, включая копию файла Комплексной проверки (Анкета для собеседования с кандидатом, Форма типовой оценки и обоснования третьего лица, запросы и ответы по выполнению стандартных справочных деловых проверок и медийного поиска негативной информации о третьем лице, а также сравнительного анализа и др.) помимо анкеты предполагаемого делового партнера, конспекта интервью с генеральным директором потенциального контрагента и письмо ЗАО Компания «Бакстер» в адрес потенциального контрагента об отказе в сотрудничестве, не представлены. При этом, Форма типовой оценки и обоснования риска третьего лица, в которой содержатся отметки об обоснованности/необоснованности предполагаемого сотрудничества, не представлена по причине увольнения сотрудников ЗАО Компания «Бакстер», которые могли обладать такой информацией, внутренним поиском ЗАО Компания «Бакстер» документ не обнаружен, кроме того ЗАО Компания «Бакстер» не представлены подтверждающие документы об увольнении ключевых сотрудников, обладающих искомой и необходимой ФАС России информацией.

ФАС России рекомендует направлять письма (запросы, ответы с принятым решением) в адрес контрагентов (потенциальных контрагентов) с дальнейшим уточнением информации о доставке его адресату посредством уведомления по электронным каналам связи либо курьером с уведомлением о вручении или по почте с уведомлением о вручении.

Так, например, торговая политика ООО «Ново Нордиск» предусматривала направление уведомления о принятом решении коммерческому партнеру посредством электронной, факсимильной или почтовой связи, что не гарантировало получение письма коммерческим партнером. В рамках рассмотрения ФАС России жалоб представлены случаи, когда ООО «Ново Нордиск» с целью затягивания процедуры рассмотрения, отправляло письма на «ошибочные» адреса.

4. Прекращение работы с контрагентами.

Порядок и основания прекращения работы хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, с контрагентом должен быть детально прописан в соответствующем документе (торговой политике). Перечень оснований должен быть исчерпывающим, обоснования четко сформулированными, ясными, однозначно толковаться.

Основаниями для прекращения работы с контрагентом могут быть, например:

- ликвидация контрагента;
- наступление обстоятельств, в связи с которыми контрагент перестал отвечать утвержденным критериям отбора контрагента и работы с ним;
- прекращение ведения контрагентом хозяйственной деятельности;
- по соглашению сторон;

- возникновение сверенной и подтвержденной задолженности по оплате товара с определением одинакового порогового значения суммы долга и невозможностью (отказом) контрагента погасить ее.

В случае наличия соглашения о сотрудничестве, если хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, экономически или технологически необоснованно отказывает (уклоняется) от выполнения обязательств по такому соглашению, антимонопольный орган может признать такие действия не соответствующими антимонопольному законодательству.

Пример:

Компания TEVA PHARMACEUTICAL INDUSTRIES LIMITED заключила Рамочное Соглашение с российским хозяйствующим субъектом о долгосрочном (пятилетнем) сотрудничестве в поставках лекарственного препарата «Копаксон» в упаковке «in bulk». В свою очередь, контрагент предпринимает все необходимые действия, направленные на участие в размещаемых в Российской Федерации заказах/тендерах/аукционах, на которых может быть предложен к поставке лекарственный препарат «Копаксон». Как установлено ФАС России, стороны добросовестно выполняли свои обязательства с ноября 2010 г. по август 2013 г.

В соответствии с преамбулой Рамочного Соглашения — Рамочное Соглашение является генеральным соглашением и основой для заключаемых сторонами индивидуальных договоров в отношении лекарственного препарата «Копаксон» в упаковке «in bulk», в том числе в отношении его купли-продажи и хранения.

Вместе с тем, Компания TEVA PHARMACEUTICAL INDUSTRIES LIMITED отказала в поставке лекарственного препарата контрагенту в пользу своего дочернего предприятия ООО «Тева». При этом Рамочное Соглашение действовало, сторонами не иницировалось расторжение соглашения по предусмотренным в нем основаниям, в том числе в одностороннем порядке, контрагент был заинтересован в покупке товара, о чем неоднократно направлял оферту продавцу.

В рамках рассмотрения дела, возбужденному по признакам нарушения пункта 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, Комиссией ФАС России было установлено следующее.

Компания TEVA PHARMACEUTICAL INDUSTRIES LIMITED обусловила продолжение сотрудничества с контрагентом прохождением им полномасштабной проверки на предмет соблюдения требований антикоррупционного законодательства иностранного государства посредством привлечения иностранных специалистов. При этом, прохождение проверки контрагентом не предоставляет ему каких-либо гарантий продолжения сотрудничества с ним, даже в случае успешного прохождения этой проверки.

Кроме того, Компанией TEVA PHARMACEUTICAL INDUSTRIES LIMITED не было представлено какого-либо документально зафиксированного распоряжения уполномоченного органа управления Ответчика о прекращении сотрудничества с контрагентом, а также не было указано на какие-либо решения уполномоченных

государственных органов о проведении проверки в отношении контрагента или привлечение его к ответственности за нарушение норм антикоррупционного или иного законодательства.

ФАС России отмечает, что контрагент является обществом, созданным и осуществляющим деятельность на территории Российской Федерации в соответствии с законодательством Российской Федерации. В связи с этим на нем лежит обязанность по соблюдению российского законодательства, в частности, российского антикоррупционного законодательства, а также нормативных правовых актов в сфере реализации лекарственных препаратов. Обязанность контрагента пройти проверку по антикоррупционному законодательству иных стран не предусмотрена законодательством Российской Федерации.

Комиссия ФАС России пришла к выводу, что доводы Ответчика о необходимости прохождения контрагентом внезапной антикоррупционной проверки иностранного государства не является экономическим, технологическим или иным законодательно предусмотренным обоснованием для отказа или уклонения от заключения договора. Факт реализации товаров внутри группы лиц не означает, что входящие в эту группу хозяйствующие субъекты утрачивают самостоятельность в гражданско-правовых отношениях. Данная позиция подтверждена постановлением Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.05.2010 №16678/09.

В рамках Аукциона, рассматриваемого на Комиссии ФАС России, были поданы две заявки – контрагента и дочерней компании ООО «Тева». Вместе с тем, в результате отказов в поставке товара со стороны Ответчика, контрагент был вынужден отозвать свою заявку с Аукциона в связи с невозможностью исполнения государственного контракта и рисками его включения в реестр недобросовестных поставщиков в случае определения в качестве победителя и неисполнения им условий контракта.

По мнению Комиссии ФАС России, Компанией TEVA PHARMACEUTICAL INDUSTRIES LIMITED была предотвращена потенциальная конкуренция, которая могла возникнуть в рамках проведения Минздравом России Аукциона на поставку лекарственного препарата «Копаксон», между его дочерним предприятием ООО «Тева», контрагентом, а также иными хозяйствующими субъектами, изъявившими желание участвовать в закупке. Для равного доступа к товару, обеспечения конкуренции на Аукционе и снижения начальной (максимальной) цены контракта, Ответчик должен был подтвердить поставку лекарственного препарата «Копаксон» на отлагательных условиях (поставить препарат в случае победы на Аукционе) всем обратившимся к нему хозяйствующим субъектам.

Таким образом, Комиссия ФАС России пришла к выводу о том, что действия Компании TEVA PHARMACEUTICAL INDUSTRIES LIMITED, занимающей доминирующее положение на товарном рынке лекарственного препарата «Копаксон», а именно отказ от заключения договора с контрагентом, противоречат пункту 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции и привели к ущемлению интересов контрагента.

Заключительные положения.

ФАС России обращает внимание, что документ (торговая политика) хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, а также типовой договор и заявка на сотрудничество должны быть в актуальной редакции, опубликованы и доступны в открытом доступе для неопределенного круга лиц в телекоммуникационной сети Интернет.

Дифференцированное применение торговой политики или ее отдельных положений при отборе потенциальных контрагентов или при работе с действующими контрагентами имеет признаки создания дискриминационных условий.

Указанный документ (торговая политика), разработанный иностранной компанией с учетом положений Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), Bribery Act и т.п., применяемый на территории Российской Федерации в отношении хозяйствующих субъектов, являющимися резидентами Российской Федерации, не должен противоречить требованиям российского законодательства.

Наличие документа (торговой политики) не отменяет возможности выдачи антимонопольным органом предупреждения в порядке статьи 39¹ Закона о защите конкуренции и возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства по признакам статьи 10 Закона о защите конкуренции с привлечением к ответственности хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение.

В случае внесения хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, изменений в торговую политику или в ее отдельные положения целесообразно предусмотреть переходный период вступления измененных положений в силу и предупредить о внесенных изменениях действующих и потенциальных контрагентов.