

Лучшие практики
построения системы
взаимодействия с
дистрибьюторами с точки
зрения антимонопольного
права

VEGAS LEX

VEGASLEX.RU

Экспертный совет ФАС России

г. Москва, 25 мая 2015г.

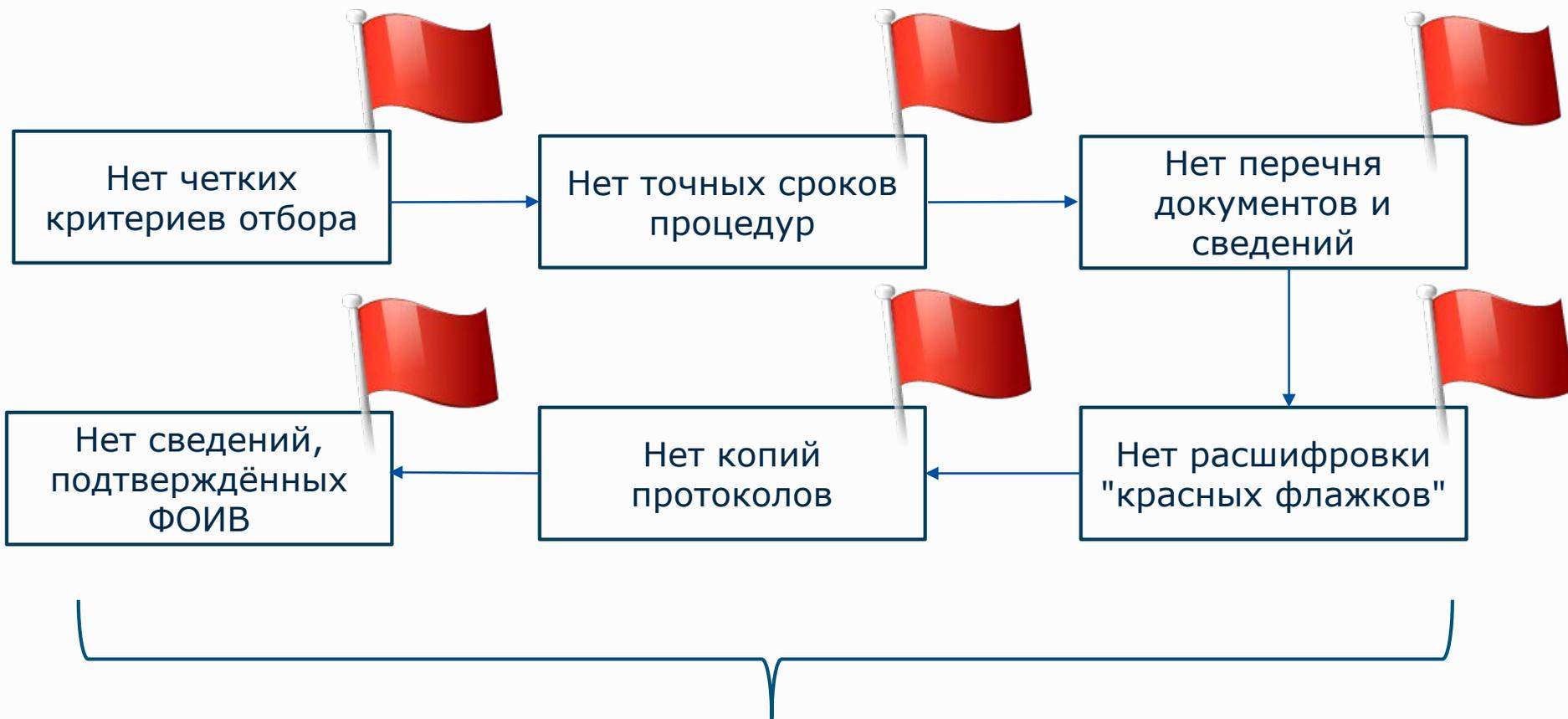
Global compliance vs. local compliance



Торговые политики: red flags с точки зрения антимонопольного права РФ

Экспертный совет по развитию конкуренции
в социальной сфере и здравоохранении

Система "красных флажков"



**Признаки
злоупотребления
доминированием**

Каких документов может быть недостаточно?



Международные НПА vs. локальные требования РФ



- Принимаемые юридическим лицом меры по соблюдению законодательства по борьбе с коррупцией не должны входить в противоречие с антимонопольным законодательством РФ*
- Принимая решение о вводе в гражданский оборот ЛП на территории РФ, компания не вправе игнорировать установленные в РФ правила оборота товаров, в том числе и в части ограничений, установленных антимонопольным законодательством**

* Постановление 9-го ААС от 26.02.2015 по делу № А40-72433/14

** Постановление ФАС МО от 18.03.2015 по делу № А40-42997/14

FCRA vs. локальные требования РФ

- Общество, созданное и осуществляющее деятельность на территории РФ в соответствии с законодательством РФ, обязано соблюдать российское законодательство, в частности российское антикоррупционное законодательство, а также НПА в сфере реализации ЛП*
- Обязанность российского общества пройти проверку по FCRA не предусмотрена законодательством РФ и не является правовым основанием для отказа (уклонения) в заключении договора поставки ЛП*

* Постановление ФАС МО от 18.03.2015 по делу № А40-42997/14

Ссылки на антикоррупционные законы РФ?

- Для целей применения ответственности в контексте Закона о противодействии коррупции необходимо установить, что противоправные деяния осуществлялись "от имени и в интересах" юридического лица
- Договор поставки с офертой, с заключением которого дистрибьютор обращается к продавцу, не предполагает возникновения указанной правовой конструкции, то есть действий "от имени и в интересах" продавца:
 - ▶ Согласно ГК РФ предметом договора поставки являются взаимные обязательства сторон: по поставке товара надлежащего качества и по приемке/оплате товара
 - ▶ Как правило, право собственности на товар переходит с момента его приемки, после чего поставщик не несет ответственности за юридическую судьбу товара
 - ▶ Действия покупателя, направленные на последующую перепродажу товара, не затрагивают права и законные интересы продавца в контексте положений законодательства о противодействии коррупции

* Решение ФАС России от 08.04.2014 по делу № 1-10-248/00-18-13; Решение АС г. Москвы от 25.03.2014 по делу № А40-154847/2013

Обстоятельства исключающие вину*

Об отсутствии вины юридического лица может свидетельствовать:

- осуществление отбора контрагентов с применением прозрачных и недискриминационных процедур
 - ▶ в части формализованных и понятных стадий отбора
 - ▶ в отношении перечня лиц, ответственных за принятие решений
 - ▶ в отношении критериев оценки потенциальных контрагентов
 - ▶ в отношении перечня контрагентов, к которым применяется процедура отбора
- детальная регламентация сроков для принятия решений при отборе потенциальных контрагентов
- детальная регламентация перечня необходимых документов и сведений, которые предоставляются потенциальным контрагентом
- исчерпывающий перечень оснований для отказа в заключении договора с потенциальным контрагентом

Вопросы доказывания противоправного поведения контрагента

Экспертный совет по развитию конкуренции
в социальной сфере и здравоохранении

Доводы, носящие характер предположений

- "Решение хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на рынке определенного товара, о заключении договора или об отказе в заключении договора с отдельными покупателями должно быть экономически или технологически обосновано, подтверждено документально и не может быть основано на субъективных предположениях"*
- "Доводы Компании о том, что реализация ЛП [...] Министерству здравоохранения РФ через [дочернее общество] выгоднее по цене конечному покупателю, является предположением [...], и не учитывает положения [действующего законодательства о защите конкуренции и о торгах]"**

* Решение ФАС России от 08.04.2014 по делу № 1-10-248/00-18-13; Постановление 9-го ААС от 26.02.2015

** Постановление ФАС МО от 18.03.2015 по делу № А40-42997/14

Надлежащие и ненадлежащие доказательства (1)

Не считаются надлежащими данные о предполагаемом поведении контрагента на торгах, представленные продавцом по итогам проведенного им самостоятельного анализа*, так как:

- такие данные могут свидетельствовать лишь о возможной проверке деятельности третьего лица компетентными на это структурами
- выводы, сделанные продавцом в рамках проведенного им самостоятельного анализа деятельности дистрибьютора, имеют значение исключительно для данного юридического лица и не имеют правового значения для рассмотрения спора в суде
- такие данные, как правило, не демонстрируют, каким образом полученная информация влияет на оценку деятельности контрагента и принятие решения об отказе в заключении договора

* Решение АС г. Москвы от 03.02.2014 по делу № А40-137845/2013

Надлежащие и ненадлежащие доказательства (2)



- Могут ли использоваться для доказательства противоправного поведения контрагента на торгах*
 - ▶ жалобы участников рынка для оспаривания результатов торгов или
 - ▶ решения уполномоченных государственных органов, свидетельствующих о нарушении заказчиком или участниками закупки антимонопольного законодательства или законодательства о торгах?

* Решение АС г. Москвы от 29.10.2014 по делу № А40-72433/2014

Надлежащие и ненадлежащие доказательства (3)

- Не считаются надлежащими*
 - ▶ данные о возникновении информации о потенциальных нарушениях принципов деловой этики действующим коммерческим партнером, если информация об оперативно-розыскных мероприятиях / возбуждении уголовных дел в отношении партнера не подтверждается через официальные источники
- Могут ли использоваться для доказательства противоправного поведения контрагента*
 - ▶ подтверждённые со стороны Прокуратуры/МВД сведения о возбуждении уголовных дел в отношении контрагента (его группы лиц)

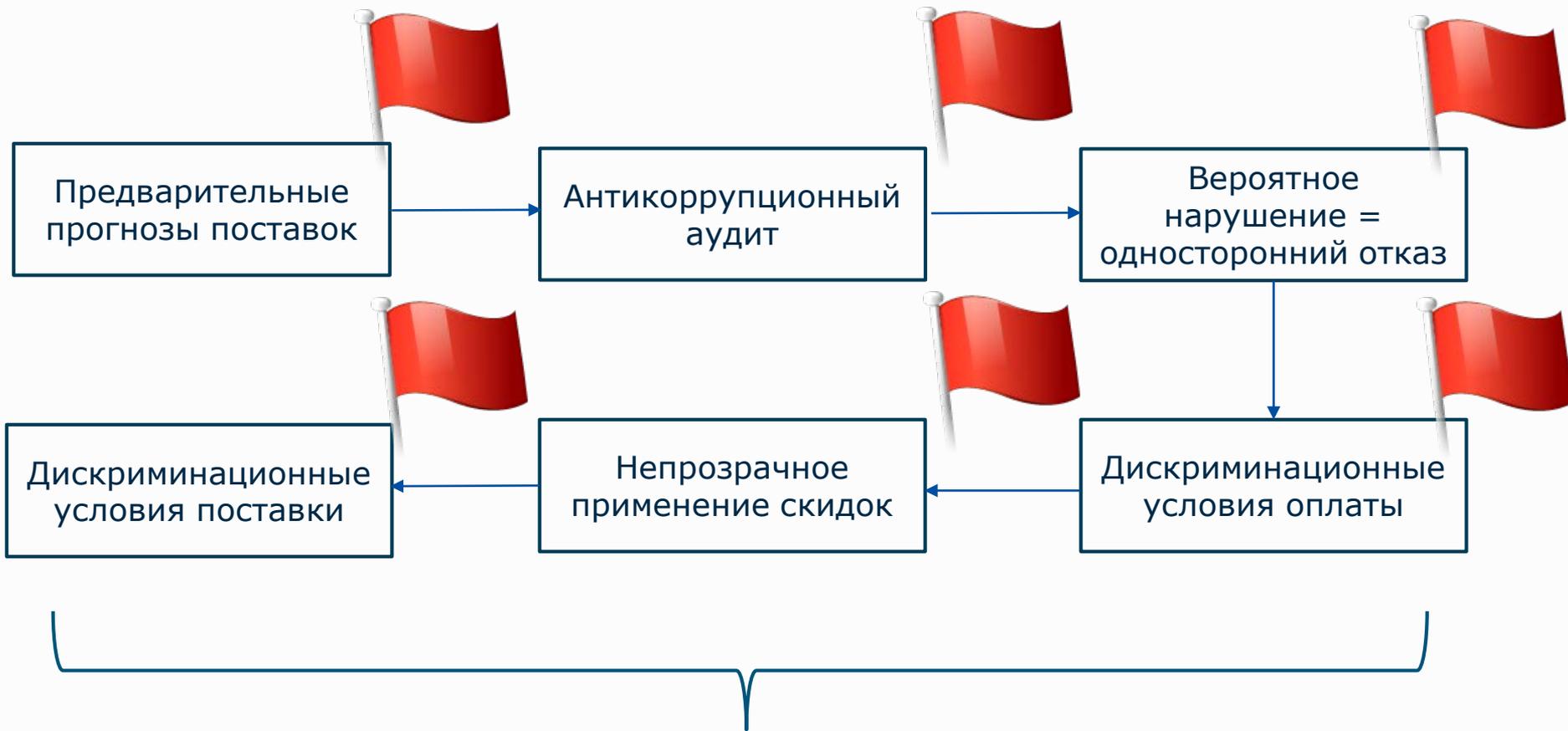
ИЛИ

- ▶ подтверждённые со стороны Прокуратуры/МВД сведения о проведении оперативно-розыскных мероприятий в отношении контрагента (его группы лиц)?

Дистрибьюторские
договоры:
red flags с точки зрения
антимонопольного
права РФ

Экспертный совет по развитию конкуренции
в социальной сфере и здравоохранении

Система "красных флажков"



Red Flags для дистрибьюторских договоров* (1)

Условия предоставления дистрибьюторами (покупателями) предварительных прогнозов поставок

- если предоставление точных прогнозов потребности в ЛП (особенно длительных - на срок три месяца) является заведомо невозможным для дистрибьютора в силу того, что:
 - ▶ закупаемые ЛП предназначены для поставок для государственных и муниципальных нужд
 - ▶ право на заключение контрактов (договоров) поставки для государственных и муниципальных нужд возникает у дистрибьюторов (поставщиков) после участия и победы в торгах

* Решение ФАС России от 06.09.2014 по делу № 1-10-349/00-18-13; Постановление 9-го ААС от 30.06.2014 по делу № А40-154847/13; Решение АС г. Москвы от 08.04.2015 по делу № А40-204844/2014

Red Flags для дистрибьюторских договоров* (2)

Условия соблюдения дистрибьюторами (покупателями) требований, не предусмотренных законодательством РФ о проведении аудита соблюдения антикоррупционных законов

- если не конкретизировано, о каких именно законах идет речь, что позволяет продавцу расширительно толковать данное положение
- если отсутствует однозначное обоснование того, что невключение положений об аудите в текст договора поставки имеет негативные последствия для продавца
- если отсутствует доказательство того, что невключение положений об аудите в текст договора лишает продавца права требовать от дистрибьютора соблюдения антикоррупционного законодательства вне рамок содержания договора

* Решение ФАС России от 06.09.2014 по делу № 1-10-349/00-18-13; Постановление 9-го ААС от 30.06.2014 по делу № А40-154847/13; Решение АС г. Москвы от 08.04.2015 по делу № А40-204844/2014

Red Flags для дистрибьюторских договоров* (3)

Неконкретизированные условия о праве продавца в одностороннем порядке отказаться от исполнения своих обязательств в случае, если он пришел к выводу о существовании вероятности нарушения дистрибьютором (покупателем) своих обязательств

- Положение является неконкретизированным, если:
 - ▶ из его содержания следует, что такой вывод зависит исключительно от волеизъявления продавца
 - ▶ отсутствуют критерии, по которым продавцом оценивается вероятность нарушения со стороны дистрибьютора
 - ▶ отсутствуют признаки вероятности
 - ▶ позволяет продавцу во всякое время при наличии любых причин отказаться от исполнения своих обязательств

* Решение ФАС России от 06.09.2014 по делу № 1-10-349/00-18-13; Постановление 9-го ААС от 30.06.2014 по делу № А40-154847/13; Решение АС г. Москвы от 08.04.2015 по делу № А40-204844/2014

Мария Борзова

Руководитель
проектов фармацевтического направления
borzova@vegaslex.ru

VEGAS LEX

VEGASLEX.RU