

## Дистрибьюторские договора в фарме: игра на грани



**Андрей Горбатенко,**  
адвокат, ассоциированный  
партнер Юридической компа-  
нии «Правовой Альянс»

**К**огда стороны заключают дистрибьюторский договор, в первую очередь они обсуждают такие коммерческие условия, как цена товара, сроки и порядок поставки, минимальная сумма заказа, скидки и т. д. Как юрист, который сопровождал заключение большого количества дистрибьюторских договоров, могу вас заверить, что стороны крайне редко задаются вопросом о том, как те или иные условия договора могут влиять на конкуренцию на соответствующем рынке. Более того, понимание ситуации, когда в результате выполнения условий договора с рынка будут вытеснены почти все конкуренты, может искренне радовать заинтересованную сторону. Однако вместе с радостью может прийти и огромное огорчение, связанное с расследованием со стороны конкурентного ведомства и наложенным штрафом. Особенно это актуально для так называемых социально значимых рынков, к которым, в частности, относится рынок лекарственных средств. Безусловно, эта информация станет сигналом для компаний, на которые распространяется сфера действия Закона США о коррупции за рубежом (the Foreign Corrupt Practices Act, далее – FCPA). Принимая во внимание экстра territorialное действие FCPA, а также пристальное внима-

ние к странам с низким индексом восприятия коррупции (среди которых Украина по данным 2014 г. занимает 142-е место) и, в частности, к фармацевтическому сектору, руководителям компаний следует со всей ответственностью подойти к разработке и внедрению антикоррупционных мер. В данном случае речь идет как о персональных рисках (привлечение к уголовной ответственности), так и о материальных и репутационных рисках для компании.

Рынок лекарственных средств Украины характеризуется высокой импортозависимостью как в сегменте готовой продукции (в наших аптеках большинство препаратов импортного производства), так и в сырьевом сегменте (большая часть отечественных лекарственных средств производится из импортных активных фармацевтических ингредиентов). В результате падение курса гривни сразу отражается на цене для потребителей, как вы понимаете, не в лучшую сторону. Кроме того, ряд законодательных инноваций, таких как введение НДС и импортного сбора на лекарственные средства (вопреки ожиданиям идейных вдохновителей данных инноваций), также привело к росту цен на лекарственные препараты.

Стремительный рост цен стал причиной того, что в ситуации на рынке решил разобраться Антимонопольный комитет Украины (АМКУ) и проверить, не связан ли данный рост цен с нарушениями или злоупотреблениями со стороны участников рынка.

АМКУ проводит исследование рынка лекарственных средств как в разрезе производитель – дистрибьютор, так и в разрезе дистрибьютор – аптека. По результатам исследования рынка АМКУ выявил ряд потенциальных нарушений и начал расследования в отношении

некоторых поставщиков и дистрибьюторов. Поскольку автор этих строк в качестве консультанта принимает непосредственное участие в ряде таких расследований, их детали придется оставить за скобками.

Цель данной статьи – описать риски и возможные нарушения конкурентного законодательства, которые могут возникнуть в одной из цепей движения лекарственных средств, а именно в дистрибьюторских договорах.

В первую очередь необходимо учитывать, что нарушения конкурентного законодательства – это нарушения в сфере бизнеса. Нарушители конкурентного законодательства, как правило, преследуют одну цель – получить дополнительную прибыль (в текущий момент или в обозримом будущем).

Задача конкурентного ведомства – выявить нарушителя, отобрать у него излишне полученную прибыль и, сверх того, наложить штраф, чтобы «неповадно было».

Конкуренция – это экономический термин, поэтому конкурентное право представляет собой некий гибрид экономики и правовых норм. В результате конкурентное законодательство выглядит очень неконкретным.

Основу конкурентного законодательства составляет Закон Украины «Об экономической конкуренции» (Закон о конкуренции). Данный Закон, в том числе, определяет основные нарушения в сфере конкуренции.

Справедливости ради стоит также упомянуть Закон Украины «О защите от недобросовестной конкуренции». Хотя данный Закон и определяет ряд нарушений в сфере конкуренции, но это скорее «ария из другой оперы», не связанная напрямую с отношениями поставки лекарственных средств (например, распространение информации, вводящей в заблуждение). Поэтому в данной статье к Закону Украины «О защите от недобросовестной конкуренции» мы обращаться не будем.

Итак, Закон о конкуренции предусматривает два вида нарушений:

1. Антиконтурентные согласованные действия.
2. Злоупотребление монопольным (доминирующим) положением на рынке.

Прежде чем мы проанализируем, как эти нарушения могут проявляться в дистрибуторских договорах, нужно описать их ключевые признаки.

*Антиконтурентные согласованные действия* – фактически любая согласованная деятельность (бездеятельность) субъектов, которая привела или может привести к недопущению, устранению либо ограничению конкуренции (читайте – с целью подзаработать).

Обратите внимание, что нарушением считаются не все согласованные действия, а лишь те, которые негативно влияют на конкуренцию. Закон о конкуренции содержит перечень согласованных действий, которые, как правило, носят антиконтурентный характер. Не будем их приводить в виде списка, а органично включим далее по тексту.

Разберемся также в характере *злоупотребления монопольным (доминирующим) положением*. Обобщив, можно сказать, что монопольным (доминирующим) положением обладает субъект, который:

1. Не имеет конкурентов на рынке.
2. Не испытывает существенной конкуренции из-за ограниченности возможности доступа на рынок иных субъектов.

Монополистом может быть признан субъект, который обладает долей рынка 35 % и более, кроме случаев, когда такой субъект докажет, что испытывает существенную конкуренцию.

Монополистом также могут признать субъекта с долей рынка менее 35 %, если будет доказано, что он не испытывает существенной конкуренции.

В то же время билет в категорию «монополисты» можно выиграть не только в одиночку, но и вместе с коллегами по цеху. Существует такое явление, как коллективная монополия. Монополистами могут быть признаны дуэт или трио, которые совокупно занимают 50 % рынка и более. Также монополистами считается «банда» до пяти субъектов, которые обладают 70 % и более рынка. Таким образом, можно стать обладателем громкого титула «монополист», владея небольшой долей рынка, иногда 3 – 5 %.

Само по себе наличие монополиста (-ов) на рынке не является нарушением, но это повод для пристального внимания АМКУ к такому рынку, а для монополиста – основание для проведения дополнительной проверки каждого своего бизнес-движения на соответствие требованиям конкурентного законодательства, поскольку законом преследуется злоупотребление монопольным положением. Как и в случае с антиконтурентными согласованными действиями, Закон о конкуренции содержит перечень действий, которые рассматриваются как нарушение, в данном случае в виде злоупотребления монопольным (доминирующим) положением. Также не будем приводить их перечнем, а органично ... (ну, вы поняли).

Для удобства восприятия будем идти в порядке, в котором те или иные положения встречаются в дистрибуторских договорах.

Если вы думаете, что преамбулы договоров скучны и в них ничего нельзя нарушить, то спешу вас разуверить в этом. Как правило, в преамбулу договора помещают глоссарий терминов. Дистрибуторские договоры, в свою очередь, содержат такой термин, как «территория», обозначающий территорию, на которой будет осуществляться дистрибуция товаров. Как опытных специалистов нас с вами должны настораживать любые ограничения, которые налагаются на любую из сторон. Чем существеннее ограни-

чены дальнейшие действия дистрибутора с товаром, тем выше риск нарушения конкурентного законодательства. Итак, если в договоре установлено, что дистрибуция должна осуществляться на территории Киева, то существует большая вероятность того, что могут иметь место антиконтурентные согласованные действия в виде распределения рынков по территориальному принципу. Подтверждением наличия данного нарушения будет ситуация, когда дистрибутор способен осуществлять и осуществляет дистрибуцию иных подобных товаров на других территориях. Нужно помнить, что распределение рынков (по территории, ассортименту, объему реализации или приобретения, кругу продавцов или потребителей и т. д.) до добра не доведет.

Однако не всегда указание конкретного региона или города в качестве территории дистрибуции будет свидетельствовать о распределении рынков. Дело в том, что рынок имеет несколько характеристик (границ), которые отделяют одни рынки от других, а именно:

- товарные границы;
- территориальные границы;
- временные границы;
- ценовые границы.

Итак, если дистрибуторский договор заключен с локальным дистрибутором, который способен и обеспечивает дистрибуцию, например, исключительно в Киеве, то наличие в договоре ограничения территории дистрибуции Киевом вряд ли можно рассматривать как распределение рынков по территориальному принципу, хотя определенная доля риска остается. В таком случае об отсутствии или наличии нарушения будет свидетельствовать поведение производителя с другими дистрибуторами. Если производитель осуществляет поставки по всей территории Украины, привлекая только региональных дистрибуторов (игнорируя общеукраинских или ограничивая их в территории

дистрибуции), то такие действия с большой вероятностью будут квалифицироваться как распределение рынков.

Следует также отметить, что бывают случаи, когда ограничение на поставку товаров в ту или иную страну также считается нарушением конкурентного законодательства в виде распределения рынков. Это применимо к ситуации, когда рынки нескольких стран представляют собой один консолидированный рынок вследствие отсутствия препятствий (преимущественно таможенных) для движения товаров, например рынок ЕС. В ЕС существует впечатляющий массив практики Еврокомиссии (конкурентное ведомство ЕС), посвященный данному вопросу. Поскольку цены на лекарственные средства в разных странах ЕС могут отличаться ввиду различных факторов, существует практика, когда дистрибьюторы стран ЕС, в которых стоимость лекарственных средств более низкая, поставляют их в страны ЕС с более высокой стоимостью препаратов. Производители какое-то время пытались ограничивать данную практику дистрибьюторов путем прямого ограничения территории дистрибуции в договорах или ограничения количества поставляемых лекарственных средств. Однако такие ограничения со стороны производителей были признаны Еврокомиссией нарушающими экономическую конкуренцию. Этот подход базируется на Директиве 89 / 104 / ЕЭС от 21 декабря 1988 г.

Следует отметить, что данную практику ЕС пока нельзя применить к Украине. На сегодняшний день ограничение территории дистрибуции территорией Украины нельзя рассматривать как нарушение, поскольку рынок Украины является обособленным. Кроме того, об этом свидетельствует тот факт, что сфера применения Закона о конкуренции, согласно части 2 статьи 2 данного Закона, ограничивается исключительно отношениями, которые влияют или могут повлиять на экономическую конкуренцию на территории Украины. Одна-

ко такая практика может иметь место в будущем, когда рынки Украины и ЕС консолидируются.

В предмете договора, как, впрочем, и в преамбуле, можно встретить ссылку на расшифровку такого термина, как «товары» (как правило, в виде отсылки к спецификации). Здесь также стоит помнить о распределении рынков, но уже по ассортименту. Настораживать должна ситуация, когда спецификации разных дистрибьюторов отличаются. У АМКУ это может вызвать вполне закономерный вопрос: «Почему?» Причины могут быть разными, но в некоторых случаях это может привести к штрафу. Здесь необходимо напомнить, что, какими бы благими намерениями не руководствовались стороны договора, если договор ведет к недопущению, устранению или ограничению конкуренции, то его заключение может быть признано антиконкурентными согласованными действиями. Если товар пользуется спросом, не стоит осуществлять его поставки посредством «избранного» дистрибьютора. В отношении лекарственных средств, которые пользуются спросом, производитель должен быть готов к открытости для всех. Конечно, со всеми и сразу работать невозможно. Отбор дистрибьюторов-партнеров должен осуществляться на основе прозрачных и обоснованных критериев.

Здесь следует упомянуть об эксклюзивных договорах. Дочитав до этого места, вы могли уже поставить крест на таком явлении, как эксклюзивный договор. Если вы действительно так считаете, то смею вас заверить, что этот вывод был поспешным. Эксклюзивность действительно сопряжена с рисками в сфере конкуренции, но это лишь повод более внимательно относиться к такого рода договорам, а не избегать их. Здесь я хотел бы отметить, что одним из проявлений симбиоза экономики и закона в конкурентном праве является то, что для квалификации действий субъектов хозяйствования необходимо понимать экономические мотивы таких

действий и их последствия для конкуренции, которые также лежат и в экономической плоскости. Поэтому одни и те же действия в различных ситуациях могут квалифицироваться по-разному.

Если речь идет о рынке, на котором какой-то товар находится в числе бестселлеров, и производитель такого товара заключает эксклюзивный договор дистрибуции с одним из дистрибьюторов, то, скорее всего, такие действия будут квалифицироваться как распределение рынков, например, по кругу продавцов, а также, вполне возможно, и как существенное ограничение конкурентоспособности иных субъектов без оправданных на то причин, что влечет за собой ограничение конкуренции на рынке.

Однако если производитель выводит на рынок новый товар и планирует разделить свои усилия, направленные на его продвижение, с одним из дистрибьюторов, то заключение эксклюзивного договора вполне может быть экономически обоснованным, поскольку дистрибьютор будет вкладывать свои усилия в продвижение. Было бы неправильным, если бы другие дистрибьюторы пожинали плоды его усилий.

Отметим, что когда такой новый продукт займет свою «нишу» на рынке и его доля на соответствующем рынке станет ощутимой, стоит задуматься о смене эксклюзивной модели на открытую. «Что такое ощутимая доля?» – спросите вы. На данный вопрос можно ответить только после проведения экономического анализа. Но этот момент также можно описать следующим образом: когда вы поймете, что этап лонча пройден плюс полгода-год для закрепления эффекта. Учтите, что для рынков всеукраинской дистрибуции АМКУ определяет временные границы, как правило, в рамках года.

Особенно интересны во всех отношениях разделы контракта, которые касаются цены и условий поставки, в том числе с точки зрения конкурентных рисков. Но не все сразу. Об этом вы прочтаете в следующей статье. ■