

ФАРМАЦЕВТИКА

Поставить под удар

Упрощенные подходы к оценке соответствия конкурентному законодательству дистрибуции в сфере поставок лекарственных средств могут ограничивать экономическую свободу и эффективность рынков

Александр ВОЗНЮК • Специально для «Юридической практики»



Антимонопольный комитет Украины (АМКУ) в рекомендационных разъяснениях по применению законодательства о защите экономической конкуренции участниками рынков лекарственных средств в вертикальных отношениях по поставкам и продвижению лекарственных средств от 21 февраля 2019 года № 5-рр (разъяснения № 5-рр) изложил свои подходы к оценке соответствия конкурентному законодательству вертикальных отношений в сфере поставок лекарственных средств, или, проще говоря, условий договоров дистрибуции в фармацевтическом секторе.

В целом это долгожданный и важный шаг. Правила конкуренции установленные на уровне Закона Украины «О защите экономической конкуренции» слишком абстрактны в силу их всеобщего характера, многообразия рыночных условий и вариантов поведения, поэтому они наполняются соответствующим содержанием только в контексте конкретных случаев. Перечень таких однотипных случаев позволяет объяснить характерные для них особенности влияния на конкуренцию на рынке, выделить значимые факторы и применимые методы анализа. Это дает возможность в дальнейшем реплицировать такие модели оценки на новые ситуации и избежать нарушения правил конкуренции. Но ценность и полезность таких разъяснений зависит от того, насколько они дают взвешенные, верные и понятные ориентиры правоприменения.

Раскрыть риски

Вслед за положениями Типовых требований АМКУ к вертикальным согласованным действиям от 12 октября 2017 года №10-рп разъяснения № 5-рр отчасти раскрывают существующие подходы в применении законодательства о конкуренции к условиям дистрибуции и очерчивают зоны возможных антиконкурентных рисков. Причем эти подходы актуальны не только для рынков фармпрепаратов — они могут быть применимы и к сфере товаров повседневного спроса (FMCG), и к поставкам бытовой техники, стройматериалов и т.д.

Но некоторые положения разъяснений № 5-рр в пунктах 30 и 38 документа относительно определения антиконкурентного эффекта скидок обращают на себя особое

внимание в связи с существующей неоднозначной практикой, в том числе судебной, и скорее запутывают, чем проясняют подходы к применению Закона Украины «О защите экономической конкуренции».

Так, в разъяснениях № 5-рр сказано, что антиконкурентный эффект имеют «скидки как инструмент обхода ценового регулирования» и ретроспективные скидки, если они не транслируются в цене перепродажи, в частности, при перепродаже в сфере публичных закупок.

Безусловно, обход ценового регулирования — практика незаконная, осуждаемая и даже, как указал однажды суд, явление прискорбное и негативное, но это еще не значит, что такой обход всегда является

заменяет их другими, которые с рыночными имеют столько же общего, сколько регулирование температуры в квартире с температурой на улице. По большому счету законодательство о ценовом регулировании и конкурентное законодательство антагонистичны в своем предмете регулирования. Регулируемая государством цена, как правило, ниже равновесной рыночной цены в силу целей ее регулирования. Поэтому установление предприятием цены выше регулируемой, даже если это может быть результатом ретроскидки, скорее отражает стремление цены к точке рыночного равновесия и по определению не может рассматриваться как нарушение конкурентного законодательства. И сколь угодно большая социальная значимость проблемы эффективности ценового регулирования



Разъяснения АМКУ отчасти раскрывают существующие подходы госорганов в применении законодательства о конкуренции к условиям дистрибуции, в том числе и для рынков фармпрепаратов

нарушением конкурентного законодательства. Его цель — защита экономической конкуренции и конкурентного ценообразования. Цена на конкурентном рынке детерминирована сложным механизмом рыночных взаимодействий и, увы, бывает высокой, а платежеспособность части населения при этом остается низкой. Государственное регулирование цен иногда позволяет решить (но кратковременно и в ущерб долгосрочной перспективе развития рынка) эту проблему в интересах определенной части населения, но тем самым оно устраняет рыночные механизмы ценообразования,

не может ее сделать объектом применения закона о конкуренции.

Скидочная ретроспектива

Тем не менее джин из кувшина был выпущен, и теперь часто можно услышать, что поскольку ретроскидки антиконкурентны, то от них лучше отказаться. Некоторые компании вообще исключили из коммерческих стратегий эти часто необходимые в конкуренции методы стимулирования контрагентов. Но нужны ли такие кардинальные решения? Как известно, дьявол кроется в деталях. К сожалению,

необходимых деталей, которые позволили бы бизнесу понять, с чем именно связаны возможные антиконкурентные эффекты, в разъяснениях № 5-рр нет.

В некоторых решениях относительно фармкомпаний и дистрибьюторов АМКУ действительно рассматривал ретроскидки к регулируемым по цене товарам как возможную причину высоких цен в сфере публичных (государственных) закупок. Но ни в этих решениях, ни в разъяснениях № 5-рр нет объяснения механизма антиконкурентного вреда таких ретроскидок, да и не все такие решения были поддержаны судами. Для желающих поиск элементов антиконкурентного вреда ретроскидок, в том числе в условиях регулирования цен, может быть интересной и познавательной задачей. Но, увы, похоже, что она не имеет решения.

Ретроспективная форма скидки, даже если она не транслируется в цене перепродажи, вряд ли способна иметь антиконкурентный эффект, например, вытеснение конкурента с рынка. Возможные проблемы для конкуренции скорее не в том, ретроспективна скидка или перспективна, а в том, являются ли по своему характеру те условия, за которые она предоставляется, при определенных рыночных обстоятельствах способными вызвать антиконкурентный эффект. Смещение акцентов с действительных причин и необходимых факторов возникновения антиконкурентных эффектов на форму и предмет скидки в результате больше запутывает, чем разъясняет правоприменительные подходы.

Упрощение сложностей

Очевидно, что разъяснения № 5-рр по своей природе предполагают некоторое упрощенное изложение и приближение к сложной области регулирования. Понятно, что любое упрощение неизбежно подвержено риску более широкого, неправомерного восприятия в силу потери связи со значимыми деталями. Но в любом случае важно объяснить, почему и при каких условиях может возникать антиконкурентный эффект. Если же очень упростить модели оценки, упустив пояснения к механизму возникновения антиконкурентных эффектов (так же называемый теорией антиконкурентного вреда), необходимые оговорки, такие модели легко начнут жить своей собственной жизнью, создавая параллельный мир ошибочных суждений, что может сдерживать бизнес от приемлемых проконкурентных решений, ограничивая экономическую свободу и эффективность рынков и невольно уводя реальное правоприменение от целей и задач правового регулирования.

Что ж, видимо, следует ожидать изменений или дополнительных разъяснений к уже изданным.

ВОЗНЮК Александр — партнер Asters, г. Киев

КОММЕНТАРИИ

Эффект отрицательный



Дмитрий ОНОСОВСКИЙ, старший юрист ЮКК «Де-Юре»

Сегодня вопрос ценообразования и надбавок в фармацевтическом секторе регулируется рядом подзаконных актов.

С 2008 года было принято восемь постановлений КМУ и приказов Министерства здравоохранения Украины, не считая многочисленных изменений. На данный момент контроль над ценообразованием и соблюдением размера надбавок лежит на плечах Государственной службы Украины по лекарственным средствам и контролю за

наркотиками, которая регулярно проводит плановые и внеплановые проверки.

Стоит отметить, что в рекомендационных разъяснениях нет упоминания о жестком государственном регулировании цен и надбавок на лекарственные средства. И в отличие от антимонопольного законодательства, в том числе указанных рекомендационных разъяснений, нормативные акты в сфере ценового регулирования распространяются на все звенья и уровни цепочки поставок, на всех субъектов, начиная от импортера и заканчивая розничными продажами, независимо от их положения, места или статуса на рынке. А введение двойного регулирования ценообразования двумя независимыми друг от друга органами, несмотря на социальную значимость вопроса, вряд ли будет иметь положительный эффект.

Порочная схема



Виталий ТЫМЧУК, адвокат АФ «Грамацкий и Партнеры»

В последнее время АМКУ все более эффективно и качественно подходит к оценке соответствия конкурентному законодательству вертикальных отношений в сфере поставок лекарственных средств.

Под особое внимание АМКУ в этот раз попали ретро-скидки. По мнению регулятора, такие скидки имеют антиконкурентный эффект, если они не транслируются в цене перепродажи, в частности,

при перепродаже в сфере публичных закупок.

АМКУ не без оснований указывает, что по своей сути ретро-скидки используются дистрибьюторами как способ дополнительного заработка и не уменьшают стоимости лекарственных средств для конечного потребителя. Другими словами, дистрибьютор получает сумму ретро-скидки после продажи товара и не учитывает ее в стоимости товара вообще, а источником ретро-скидки является не что иное, как изначально завышенная цена на лекарственные средства.

Вышеуказанной АМКУ схемы предоставления ретроспективных скидок нужно избегать. Что касается применения ретро-скидок в сфере публичных закупок, то их не следует применять, если они не учитываются в цене перепродажи.