

ТРУДНОСТИ ПЕРЕВОДА

Первичное условие – конкуренция на рынке

Переходя к теме злоупотребления доминирующим положением, А. Кашеваров еще раз подтвердил, что просрочка оплаты товара является обоснованием для отказа поставщика от работы с таким покупателем. Однако, когда у одного контрагента задолженность составляет 1 руб. и компания расторгает с ним договор, при этом у компании есть контрагенты, которые должны ей 1 млн руб. и с ними компания продолжает работать, отказ компании не будет признан обоснованным. Необязательно устанавливать твердую сумму просрочки, после которой компания прекращает отношения с любым покупателем, можно устанавливать гибкую формулу или другие критерии оценки, но ключевым вопросом всегда будет единообразие применения данных механизмов, то есть одинаковое поведение компании со всеми своими контрагентами.

В отношении правомерности предоставления привилегий дочерним компаниям А. Кашеваров выразил значительные сомнения. По его словам, при рассмотрении дел антимонопольный орган может применять критерий группы лиц опционально. Если же компания хочет продавать товар своей «дочке» по льготным условиям, ей следует создать одно юридическое лицо и уже внутри него устанавливать любые цены, тогда вопросы к ней у антимонопольного органа не возникнут.

Однако, если, например, несывающаяся компания создает новое производство, которого раньше не было на этой территории, антимонопольный орган готов рассмотреть обоснования установления сниженной цены для «дочки». Первичным же для антимонопольного органа остается состояние конкуренции на рынке, в данном случае на рынке, на котором работает «дочка».

По вопросу возможности отказа в заключении договора с контрагентом по причине того, что компании достаточно контрагентов, А. Кашеваров выразил непонимание, почему такая ситуация может возникнуть. Если компания-производитель не может повысить маржу (вследствие запрета на монополю высокие цены), то компания заинтересована продать как можно больше. Однако желание компании фокусироваться на определенной категории клиентов А. Кашеваров признал нормальным. В таком случае компания должна выработать объективные критерии отбора и применять их единообразно.

Представители бизнеса – участники круглого стола поделились проблемой, состоящей в том, что крупные компании платят авторский сбор, а мелкие импортеры – нет. А. Кашеваров согласился с тем, что подобное положение дел несправедливо и платить сбор должны все.

Участники встречи вернулись к вопросу предыдущего дня о повышении цен, в частности, в торговых сетях, адресовав его заместителю начальника управления контроля соцсферы и торговли ФАС России Е. Урюкиной. ФАС России отслеживала цены на продовольственные товары с августа 2014 года по февраль 2015 года и пока никаких монополю высоких цен не обнаружила. Безусловно, колебание курса является экономическим обоснованием, которое антимонопольный орган принимает, но возможны и злоупотребления, например когда цены повышаются в связи с повышением курсом, но затем после падения курса цены остаются на завышенном уровне.

Другой пример – повышение цен на все товары независимо от того, что при их изготовлении использовались только российские компоненты.

Далее Е. Урюкина сказала, что все цены рассматриваются в динамике и антимонопольный орган допускает политику компании, например, по удержанию цен на наиболее значимые и необходимые товары за счет

большого повышения цен на другие товары. Е. Урюкина также подтвердила, что само по себе заявление о повышении цен не является правонарушением. Однако, если оно было сделано публично и привело к повышению цен у конкурентов, антимонопольный орган может рассматривать эти действия как признак антимонопольного нарушения.

Комментируя недавний случай с выдачей предостережения за опубликование рейтинга туроператоров, Е. Урюкина обратила внимание на следующее. Выдача предостережения не означает привлечения к ответственности, поэтому говорить о том, что антимонопольный орган признал опубликование этого рейтинга актом недобросовестной конкуренции, нельзя. В данном случае по жалобе компании антимонопольный орган обратился к опубликовавшему рейтинг лицу и запросил критерии и сведения, на основании которых рейтинг был составлен. Никакие обоснования рейтинга в антимонопольный орган не были представлены, в связи с чем было решено направить соответствующее предостережение.

Не путаем рекламу со спамом

Участники встречи отметили, что существует неопределенность касательно применения требований к рекламе, если реклама является социальной или дается некоммерческой организацией, и антимонопольного регулирования в том случае, если заказчиком рекламы формально является не конкурент. По словам А. Кашеварова и заместителя начальника управления контроля рекламы и недобросовестной конкуренции И. Василенковой, любая реклама должна отвечать определенным требованиям и то, что формально рекламодатель не является конкурентом, не всегда считается препятствием для квалификации действий в качестве нарушения требований Закона о рекламе или по ст. 14 Закона о защите конкуренции. Подобный случай будет рассматриваться антимонопольным органом с учетом конкретных обстоятельств дела.

Минувший, 2014 год прошел под знаком борьбы со спамом. На сегодняшний день в Законе о связи и Законе о рекламе предусмотрены схожие нормы о том, что пользователь должен дать предварительное согласие на получение рекламной рассылки. После введения этой нормы количество жалоб в ФАС на незаконную рассылку резко снизилось с рекордных показателей – 700 заявлений в день. Представители ФАС подтвердили предположения бизнеса о том, что в случае с рассылкой критерий неопределенного круга лиц для квалификации информации в качестве рекламной не применим. Сообщение может начинаться с персонализированного обращения к абоненту, но, если характер информации будет рекламный, тогда такое сообщение будет оценено как реклама.

А. Кашеваров уточнил, что штраф за незаконную рекламную рассылку начисляется за каждое СМС-сообщение. Такое жесткое регулирование не распространяется на мессенджеры и электронную почту по двум критериям: услуги по получению СМС в отличие от электронных сообщений предоставляются оператором связи на основе договора о предоставлении услуг связи; в мессенджерах и электронной почте в отличие от СМС есть возможность поставить фильтры и не читать рекламных сообщений.

Участники дискуссии затронули тему рекламы алкогольной продукции. Представители бизнеса интересовались, имеет ли право магазин информировать своих покупателей о том, что в его ассортименте появился алкоголь, или это будет считаться рекламой? Так как не будет указано, какой именно алкоголь, то объект рекламирования не будет определен, поэтому, по мнению

бизнеса, такое информирование допустимо. И. Василенкова не согласилась с таким подходом, указав, что данные дела необходимо анализировать, исходя из конкретных обстоятельств. Например, может получиться так, что объектом рекламирования будет являться продавец, и такая реклама может рассматриваться как незаконная. А. Кашеваров подтвердил, что реклама, размещенная внутри торгового объекта, которая видна снаружи, все равно будет оцениваться как наружная.

Вместе с тем представители ФАС России сказали, что страница компании или товара в социальной сети рассматривается как официальный сайт компании, а не как реклама.

С опровержениями в рекламных делах ситуация не изменилась, этот институт по-прежнему не работает, так как согласовать оптимальный текст опровержения на практике очень сложно.

И. Василенкова обратила внимание на то, что рекламное утверждение, основанное на исследованиях, должно прямо следовать из результатов этих исследований. На вопрос, что делать при наличии двух противоположных заключений по рекламному делу, А. Кашеваров ответил, что раньше чаще проводились повторные экспертизы, иногда это делала и сама ФАС России. Однако на практике случаи с противоположными заключе-

ниями встречаются редко, и решающим является мнение экспертного совета по рекламе при ФАС России.

В завершение встречи А. Кашеваров отметил, что более 99,5% решений антимонопольных органов по рекламным делам поддерживаются судами, а также обозначил несколько тенденций в регулировании рекламы: повышение ответственности операторов; полный запрет рекламы товаров, которые сейчас ограничены для рекламы; регулирование интернет-торговли.

Материал подготовлен пресс-службой НП «Объединение Корпоративных Юристов»

ПАРАЛЛЕЛЬНЫЙ ИМПОРТ – КАТАЛИЗАТОР ПРОБЛЕМ КАЧЕСТВА?



Сергей КЛИМЕНКО,
руководитель группы
«Медицина и здравоохранение»,
компания «Пепеляев Групп»,
г. Москва



Юрий ЯХИН,
руководитель группы прантинки
интеллектуальной собственности
и товарных знаков, компания
«Пепеляев Групп», г. Москва

Для конечного потребителя очевидна и наиболее важна проблема, связанная с контролем качества импортируемой продукции – как с точки зрения качества подлинных препаратов, так и в аспекте возможной фальсификации. Например, одноканальная система ввоза фармацевтической продукции, полностью контролируемая производителем до момента передачи товара оптовым игрокам внутреннего рынка, дает определенные гарантии защиты от фальсификации товара как минимум на стадии ввоза.

В основном, как показывает практика, взаимодействие контролирующего органа и представителей производителя позволяет установить, что фальсификат в подавляющем большинстве случаев имеет российский происхождение, то есть вбрасывается в оптовую или розничную сеть. Для целей выявления фальсификата используется сравнение упаковок, отслеживание товаропроводящей цепи, тесное взаимодействие с импортером. Однако в рамках профессионального опыта работы с индустрией, анализа практики регулирования деятельности дистрибьюторов и правоприменения становится ясно, что даже при одноканальном импорте возникают серьезные трудности с выявлением слабого звена в цепи. Это объясняется как организационными, так и правовыми причинами: нескоординированностью работы, недостатками технической базы и, что особенно показательно, критическим дефицитом регулирования деятельности в этом направлении Росздравнадзора, государственного органа, отвечающего за контроль качества лекарственных средств в гражданском обороте, что создает немало проблем по обнаружению фальсификата и без параллельного импорта. Правда, нельзя не отметить активную работу ведомства по оптимизации контроля качества лекарственных средств в обороте.

В случае же с параллельным импортом независимо от того, реализован он по модели переупаковки или по упрощенной вторичной регистрации, количество проблемных узлов возрастает.

Во-первых, необходим эффективный механизм установления подлинности ввозимого товара, самостоятельного приобретенного дистрибьютором по ту сторону границы, уже на этапе импорта. Говоря о специализированных таможенных постах, ФАС и ФТС России должны понимать, какая ответственность ляжет на плечи таможенного инспектора. При допуске на рынок препаратов по модели, требующей переупаковки, необходимо минимизировать все риски, связанные с подобными производственными операциями, осуществляемыми за пределами РФ на мощностях дистрибьютора (если будет избран такой способ). При переупаковке же в России потребуются реализовать механизм контроля подлинности препаратов, поступающих в нашу страну для последующей переупаковки, а также исключить возможность проникновения на рынок препаратов в исходной зарубежной упаковке.

При этом переупаковка без согласия правообладателя товарного знака является очевидным нарушением исключительного права, поскольку именно правообладатель выбирает, в какой форме будет распространяться товар. К настоящему времени инициативы по ограничению исключительного права на товарный знак в этой части отсутствуют. Таким образом, возможно, что от идеи переупаковки регулятор откажется в пользу переупаковки (с помощью стикеров или иных средств).

Во-вторых, в случае, если несколькими дистрибьюторами будут ввозиться партии одной и той же производственной серии, например, из Германии, то при обнаружении фальсификата или проблем с качеством подлинной продукции выявление нарушителей и причин возникновения таких инцидентов будет в российских реалиях весьма затруднительным. Поскольку вероятность подобных фактов при параллельном импорте, бесспорно, возрастет, побочным следствием может стать участвующая блокировка серий в обороте, что будет наносить ущерб добросовестным дистрибьюторам, а также медицинским учреждениям, аптекам и в конечном счете пациентам. Поэтому даже существующая система контро-

ля качества препаратов в российском обращении, не говоря уже о необходимых дополнительных мерах контроля, требует предварительного серьезного усовершенствования для исключения ситуации, в которой с повышением доступности препаратов потребитель получит доступный фальсификат. В то же время, если будет разрешен параллельный импорт, это, возможно, послужит катализатором процессов усовершенствования правовых механизмов контроля над обращением лекарственных средств на территории РФ.

Исследования стран Евросоюза в части вопросов качества не столь показательны, так как разрешен параллельный импорт только из других государств ЕС, что снижает процент фальсификата в условиях схожего регуляторного пространства и достаточного уровня контроля. Также в рамках европейских исследований установлено, что сочетание регулирования предельных оптовых и розничных надбавок (что характерно для России в случае с ЖНВЛП) и параллельного импорта может дать неожиданные результаты. В ряде случаев доли оригинальных продуктов, поставляемых структурами производителя, больше доли параллельных импортеров, что, напротив, несвойственно странам с системой лекарственного возмещения. Также сама по себе идея параллельного импорта по более низкой цене вступает в конфликт с системой предельных надбавок, которая делает наиболее интересной для продавца именно высокую цену. Помимо этого, выяснилось, что параллельный ввоз в меньшей степени влияет на рынок с большим госпитальным сектором. Фактически может сложиться такая ситуация, когда дистрибьютору просто не будет выгодно продавать дешево, так как последующие покупатели в цепочке до потребителя не будут заинтересованы в низкой прибыли с дешевого препарата ЖНВЛП.

Все это снижает итоговое воздействие параллельного импорта на конечную цену и в настоящее время весьма актуально для России с ее отсутствием системы возмещения, новым регулированием, вымывающим дешевые препараты, и огромным сектором государственных закупок.

Многие международные исследования также свидетельствуют о том, что роль параллельного импорта в объеме импортируемого фальсификата далеко не последняя, особенно если в государстве установлен международный принцип исчерпания права, что предлагается реализовать в России. Опыт Грузии, где тоже действует международный принцип, как следует из публикаций, показывает, что проблема качества стоит остро, но признается неизбежным злом, ведь способов активизировать торговлю всем спектром препаратов на небольшом рынке в 200 млн долл. не так уж много. Вопрос в том, надо ли подвергать таким угрозам российский рынок, входящий в десятку крупнейших в мире, ради одного только ценового эффекта, который еще нужно доказать. ▀