



Основы EU competition law

Валовой Андрей

General Counsel

Россия, СНГ, Центральная и
Восточная Европа

Eli Lilly

- 2003-2008- автомобильная индустрия (Тойота, Ниссан)
- 2008-2011 – Abbott, Россия, СНГ
- 2011-2014- Eli Lilly, Руководитель юридического департамента Россия, СНГ
- 2015 + Израиль
- 2017 + Центральная и Восточная Европа

Содержание

- Краткое описание
- Правоприменительная практика
- Антиконтурентные соглашения
- Злоупотребление доминирующим положением
- Скидки и компенсационные выплаты
- Картели и обмен информацией
- Вопросы параллельной торговли
- Слияния

Краткое описание



Закон ЕС о защите конкуренции

Картели и обмен информацией между конкурентами

Злоупотребление доминирующим положением на рынке

Антиконкурентные соглашения

Контроль за слиянием компаний

Законы о защите конкуренции в государствах-членах ЕС, как правило, идентичны закону ЕС о защите конкуренции

Правоприменительная практика

- Фокус на 2х основных областях
 - Стратегии, используемые компаниями при выходе генериков
 - Цены. Скидки и компенсационные выплаты доминирующих компаний и завышение цен
- Больше фокус на параллельной торговле
- Увеличение количества расследований на национальном уровне, в частности, в Великобритании, Италии и Франции

Примеры нарушений

Year	Companies	Infringement	Authority	Fines
2016	Flynn Pharma & Pfizer	Завышение цен	UK Competition Authority	£89.4 million
2016	Aspen	Завышение цен	Italian Competition Authority	€5.2 million
2016	GSK & Generics	Противозаконные соглашения по патентным спорам	UK Competition Authority	£45 million
2014	Servier & Generics	Противозаконные соглашения по патентным спорам	European Commission	€427.7 million
2014	Roche & Novartis	Соглашение о предотвращении конкуренции	Italian Competition Authority	€182.5 million

Примеры нарушений

Year	Companies	Infringement	Authority	Fines
2013	J&J and Sandoz	Соглашение о разделе рынка	European Commission	€16.3 million
2013	Schering-Plough & Reckitt Benckiser	Противодействие продажам генериков	French Competition Authority	€15.3 million
2013	Lundbeck & Generics	Противозаконные соглашения по патентным спорам	European Commission	€146 million
2013	Sanofi-Aventis	Противодействие продажам генериков	French Competition Authority	€41 million
2012	Pfizer	Использование незаконной стратегии в области получения патентов для предотвращения выхода генериков	Italian Competition Authority	€10.6 million
2011	Bayer & Sintofram	Предотвращение перепродажи продуктов из Румынии в остальные страны ЕС	Romanian Competition Authority	€12 million
2010	Reckitt Benckiser	Отмена регистрации препарата для предотвращения выхода генерика	UK Competition Authority	£10.2 million
2008	Lilly & Others	Координация тендерного процесса среди дистрибьюторов	Romanian Competition Authority	€22.6 million
2005	AstraZeneca	Введение в заблуждение патентных органов для предотвращения выхода генериков	European Commission	€52.5 million

Санкции в отношении сотрудников

Штрафы

- e.g. Belgium (up to €10,000)
- Germany (up to €1 million)
- Netherlands (up to €450,000)
- UK (unlimited)

Тюремное заключение

- e.g. Ireland (up to 10 years)
- UK (up to 5 years)
- Germany and Hungary (up to 5 years for bid rigging)

Дисквалификация

- e.g. UK (directors may be disqualified to act as a company director for up to 15 years)

Риски нарушения

Фармацевтические компании помимо штрафов сегодня также сталкиваются с последующими требованиями о возмещении ущерба от лиц, пострадавших от антиконкурентных действий

Ответчик	Пострадавшая сторона	Требуемый ущерб
Servier & Generics	UK Health Authorities	£230 million
Roche & Novartis	Italian Health Ministry	€1.2 billion
Reckitt Benckiser	UK Health Authorities and Generic Competitors	Not specified (£225m provision set aside in RB accounts)

В апреле 2014 года Европейский Парламент одобрил новую Директиву, которая упрощает лицам, пострадавшим от антиконкурентных действий, получить возмещение ущерба от нарушителей :

- Стороны, требующие компенсации, могут основывать свои требования на решениях национальных органов по защите конкуренции (или Европейской Комиссии) в качестве доказательства факта нарушения;
- Суды могут потребовать раскрытия информации, необходимой для доказывания круга пострадавших лиц и размера ущерба

Антиконкурентные соглашения и согласованные действия

Статья 101 ДФЕС (TFEU)*

«Запрещаются, как несовместимые с внутренним рынком, все соглашения между предприятиями, решения ассоциаций предприятий и согласованные действия, которые могут причинить ущерб торговле между государствами-членами ЕС и которые **имеют своей целью или следствием предотвращение, ограничение или искажение конкуренции** на внутреннем рынке, и в частности те, которые: [...]»

*Договор о функционировании Европейского Союза

Антиконкурентные соглашения и согласованные действия

- I. Запрет, как горизонтальных (между конкурентами), так и вертикальных (в дистрибьюторской сети) соглашений и согласованных действий.
- II. Широкое толкование термина «соглашения».
 - Не только юридически обязательные договоры:
 - Достаточно того, что участники выразили совместное намерение придерживаться определенной линии поведения на рынке («джентльменское соглашение»).
 - Договоренности, оформленные в письменной, устной форме или вытекающие из всех обстоятельств (например, молчаливое согласие с условием: «запрещено для экспорта»).
 - Запрещено не только выполнение, но и заключение соглашения.
 - Внутрикorporативное исключение: Разрешено заключение внутрикorporативных соглашений.

Запрет согласованных действий включает запрет на обмен или одностороннее раскрытие **конфиденциальной информации**.

Ценообразование и схемы возвратных и простых скидок

Антиконкурентные соглашения в части ценообразования и схем возвратных и авансовых скидок

I. Поддержание цен при перепродаже на определенном уровне

- Определение:
 - *«Соглашения или согласованные действия, которые напрямую или косвенно направлены на установление покупателем фиксированной или минимальной цены при перепродаже [...]».*
- В целом, к случаям нарушения статьи 101 ДФЕС относят
 - возвратные скидки за установление рекомендованных поставщиком розничных
 - цен;
 - случаи, когда возвратные скидки зависят от увеличения клиентом цены перепродажи или отсутствия ее снижения.

Антиконкурентные соглашения в части ценообразования и схем возвратных и авансовых скидок

- II. Другие антиконкурентные соглашения о бонусах и возвратных или простых скидках
- Соглашения о бонусах и возвратных или авансовых скидках могут быть отнесены к антиконкурентным, если
 - предоставление бонуса или скидки зависят от
 - страны, где клиент продает продукт (т.е. соглашение препятствует заключению параллельных сделок);
 - группы клиентов, которой продается продукт (т.е. соглашение имеет целью разделение клиентов);
 - способа продажи продукта: через интернет или традиционным способом («двойное ценообразование»)

Злоупотребление доминирующим положением

- Статья 102 ДФЕС (TFEU)

«Любые злоупотребления, совершаемые одним или несколькими **предприятиями, занимающими доминирующее положение** на внутреннем рынке или на значительной его части, должны быть запрещены, как несовместимые с внутренним рынком в той мере, в которой данные злоупотребления могут причинить ущерб торговле между государствами-членами ЕС

- *Данные злоупотребления могут, в частности, включать:*
- *(a) прямое или косвенное навязывание несправедливых закупочных или продажных цен или других несправедливых условий торговли;*
- *(b) [...];*
- *(c) применение разных условий к одинаковым сделкам с разными торгующими сторонами, что ставит их в конкурентно - невыгодное положение; (d) [...].*

В каких случаях компания занимает доминирующее положение?

- Стратегии ценообразования регламентируются законодательством о защите конкуренции, только если Компания занимает доминирующее положение на рынке
- Доминирующее положение Компании подтверждается результатами комплексной оценки, которая включает:
 - *Определение продукции, которая конкурирует с соответствующей продукцией компании*– При проведении такой оценки следует понимать, что антимонопольные органы могут интерпретировать результаты таким образом, чтобы с большей долей вероятности доказать наличие доминирующего положения
 - *Определение доли компании и других поставщиков на рынке*
 - *Применение соответствующих пороговых уровней рыночных долей:*
 - Закон ЕС о защите конкуренции: 50% и больше – компания презюмируется доминирующей (Европейский суд, дело C-62/86 – «Акзо» (Akzo)).
 - менее 40% – компания по общему правилу не считается доминирующей
 - Национальные законы о защите конкуренции: могут применяться разные пороговые уровни, которые могут быть ниже предусмотренных в законе ЕС (например, в Австрии компания считается доминирующей, если ее доля на рынке составляет 30% и более)
 - *Рассмотрение других учитываемых факторов, таких как барьеры для доступа на рынок*

Злоупотребление доминирующим положением

Следующие действия являются злоупотреблением доминирующего положения

В отношении конкурентов:

- отказ в поставке
- эксклюзивность
- необоснованно низкая цена
- дискриминация

В отношении потребителей:

- завышенные цены

Несправедливые цены

- *Принцип:*
- Компании, включая доминирующие компании, **могут свободно определять продажную цену.**

- *Ограничения, действующие в отношении доминирующих предприятий:*
 - Чрезмерно **высокие цены** могут быть отнесены к
 - эксплуататорским, если они никак не связаны с себестоимостью и стоимостью продукта.
 - Ограничительными, если установление данных цен препятствует доступу к существенным объектам.

 - Продажные цены **ниже себестоимости** могут быть ограничительными
 - Если они не дают выйти на рынок в равной степени успешным конкурентам.

 - Практика ценообразования может быть дискриминационной.
 - Если для клиентов устанавливаются разные цены без каких-либо объективных обоснований.
 - (например, без какой-либо связи с разницей в себестоимости)

Злоупотребление доминирующим положением путем использования систем возвратных скидок

- Распространенные возвратные и авансовые скидки/бонусы:
 - Скидки за объем заказа
 - Скидки за заблаговременную оплату
 - Другие «функциональные» скидки (зависящие, например, от усилий по продвижению продукта)
 - Скидки за лояльность
 - Целевые скидки (ретроспективная скидка и скидка за прирост)
 - Скидки за эксклюзивность

«Шкала риска»



Скидки за объем заказа (связанные с показателями эффекта масштаба)

Скидки за заблаговременную оплату

«Функциональные» скидки (связанные, например, с деятельностью по продвижению продукта и маркетинговыми мероприятиями).

Скидки за объем заказа без (доказанной) связи с показателями эффекта масштаба Скидки за портфолио

Целевые скидки, которые

- применяются только в том случае, если прирост оборота превышает согласованный порог («скидка за прирост»);
- предоставляются на основании ожидаемого оборота независимо от того, достигнут ли порог оборота;
- связаны с порогом оборота в течение относительно короткого периода времени (1 год обычно считается длительным периодом);
- предоставляются по шкале с очень небольшой разницей между разными скидками;
- являются прозрачными и применяются по общей схеме (без индивидуального согласования).

Скидки за эксклюзивность

Скидки и компенсационные выплаты

- Предоставление скидок или сниженных цен в целях стимулирования покупок и использования продукции является одним из видов обычной конкурентной борьбы, применяемых компаниями
- Вместе с тем, если компания занимает доминирующее положение на рынке и выдвигает условия предоставления таких скидок, эти скидки могут приводить к возникновению вопросов, регулируемых законодательством по защите конкуренции, особенно, если скидки, предоставляемые при определенных условиях, направлены против конкуренции или имеют антиконкурентный эффект, к примеру:
 - Неоправданно рекомендуют клиенту или плательщику не использовать продукцию конкурирующих компаний
 - Отбивают у дистрибьютора желание предоставлять скидки, осуществлять продажи на другие рынки или через интернет
- Скидки могут приводить к возникновению рисков в различных сферах, таких как переговоры о ценообразовании и возмещении расходов, установление цен для аптек, тендеров для больниц, или другие переговоры с плательщиками по вопросам ценообразования

Скидки на отдельный продукт

Обзор

Тип	Описание	Уровень риска
Исключительность	Скидки действительны при условии, что клиент соглашается покупать всю или большую часть необходимой ему продукции у поставщика, занимающего доминирующее положение	Очень высокий
Целевой объем (имеет обратную силу)	Если объем покупок клиента достигает установленного порогового уровня, клиент получает скидку на все покупки (при этом их объем может быть как ниже, так и выше указанного порогового уровня)	Очень высокий
Целевой объем (постепенное увеличение)	Если объем покупок клиента достигает установленного порогового уровня, клиент получает скидку только на покупки объемом выше указанного порогового уровня	Низкий - Средний
Безусловная скидка	Скидки распространяются на любые объемы покупок без каких-либо минимальных пороговых уровней	Низкий
Бесплатные пакеты с ознакомительной информацией для пациентов	Каждому пациенту компания бесплатно предоставляет пакеты с ознакомительной информацией о компании	Низкий - Средний
Скидки по результатам	Пациентам, которым не удалось добиться терапевтического эффекта, компания возмещает расходы на препараты компании	Низкий

Скидки на отдельный продукт

Франция – «Шеринг-Плау» (Schering-Plough) (2013)

- По неподтвержденным данным, в 2013 году, после истечения срока действия патента на лекарственное средство «Субутекс», компания «Шеринг-Плау» реализовала стратегию, целью которой было предотвращение сотрудничества аптек с поставщиками непатентованных аналогов.
 - Компания «Шеринг-Плау» предоставляла скидки, превышающие максимальную разрешенную законом величину, и крайне благоприятные условия оплаты
 - Целью данной стратегии было заполнение аптечных фондов и тем самым удерживание аптек от обращения к поставщикам непатентованных аналогов
 - Кроме того, компания «Шеринг-Плау» осуществила план по дискредитации непатентованных препаратов
- В 2006 году компания «Эрроу» (Arrow) (поставщик непатентованных препаратов) подала жалобу на действия компании «Шеринг-Плау» во Французский орган по вопросам конкуренции
- После проведенного расследования Французский орган по вопросам конкуренции постановил, что действия компании «Шеринг-Плау» представляли собой злоупотребление доминирующим положением на рынке и наложил на компанию штраф в размере 15.3 миллиона евро

Скидки на несколько препаратов

Классификация уровней риска



Скидки на несколько препаратов

Roche
Portugal, 2012
€900,000 штраф

- Компания обуславливала закупку своих продуктов, в отношении которых имела доминирующее положение, с закупкой иных продуктов путем предложения возвратной скидки на совокупность продуктов

Genzyme
UK, 2003
£6.8 million штраф

- Компания продавала свои продукты совместно с услугами по одной цене

Sandoz
France, 2003
€7.8 million штраф

- Компания предлагала скидки госпиталям скидки на продукты в отношении которых имела доминирующее положение при условии закупки других продуктов, у которых были сильные конкуренты

Ценовой сговор, сговор на торгах или раздел рынка

Договариваться или обсуждать с конкурентом следующие планы почти всегда является незаконным:

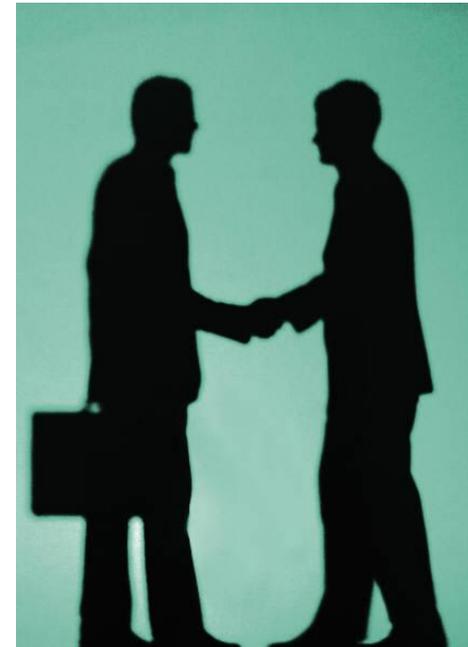
- повышение, снижение или поддержание на определенном уровне продажных и покупных цен, компенсационных выплат, скидок или других условий поставки
- согласование ценообразования или других условий ценовых предложений или любых аспектов открытых торгов
- распределение территорий или клиентов
- ограничение поставок
- бойкотирование или нанесение ущерба конкретным клиентам, поставщикам или конкурентам

Ценовой сговор, сговор на торгах или раздел рынка

Можно быть уличенным в любом виде соглашения или неофициальной договоренности:

- письменные соглашения или устные договоренности
- юридически обязательные или нет («джентльменские соглашения»)

Просто пассивное присутствие на встрече, где обсуждается антиконкурентное соглашение, может являться нарушением, даже если компания прямо не принимает и не одобряет такое соглашение



Обмен информацией

Обмен важной в коммерческом отношении информацией между конкурентами также может быть незаконным

- На практике применяются очень жесткие нормы:
 - Просто обмен информацией о ценообразовании или другими конфиденциальными сведениями, без какой-либо конкретной договоренности в отношении будущих действий, является нарушением
 - Это касается как прямого, так и косвенного обмена информацией (например, через клиентов, консультантов, торговые объединения)
- Если Компания получает конфиденциальную информацию от конкурента, есть основания предполагать, что она приняла и использовала такую информацию, если только Компания явно не откажется от получения такой информации и не станет использовать ее
- При недавно проведенном исследовании рынка Французский орган по вопросам конкуренции указал, что в преддверии переговоров по вопросам ценообразования и возмещения расходов требуется осуществлять дополнительную тщательную проверку контактов между фармацевтическими компаниями

Обмен информацией

Информация с высокой степенью риска:

- Цены, скидки, компенсационные выплаты, условия продажи
- Данные об объемах продаж и доле на рынке
- Клиенты или коммерческая стратегия
- Маркетинговые планы
- Прекращение отношений с организациями оптовой торговли / клиентами
- Структура расходов
- Расходы на исследования и разработку, и инвестиционные планы
- Заработная плата и пособия
- Объемы производства, производственная мощность

Обычно разрешается:

- Получать общедоступную информацию о конкурентах из Интернета или других открытых источников (*но не от конкурентов*)

Допускается:

- Получать чисто историческую или текущую информацию, которую обобщает и распространяет независимый орган
- Получать рыночную информацию о конкурентах, которая не является общедоступной, от третьих лиц или клиентов, при условии, что такое третье лицо или клиент не является постоянным посредником для обмена информацией между конкурентами

Параллельная торговля

Согласно закону ЕС о защите конкуренции компания не может запрещать своим клиентам (например, организациям оптовой торговли и аптекам) перепродавать продукцию в другие страны Европейской экономической зоны

Запрещается:

- Договариваться с аптеками или дистрибьюторами о том, что они не будут осуществлять продажи в другие страны ЕЭЗ
- Косвенным путем препятствовать экспорту, угрожая прекращением поставок дистрибьюторам или аптекам, которые осуществляют такой экспорт
- Устанавливать завышенные цены на продукцию, которая не пользуется спросом на местном рынке

Деятельность с пониженным уровнем риска:

- *Квоты на поставки* – ограничение количества поставляемой продукции в одностороннем порядке, исходя из объемов закупок клиентами за предыдущие периоды и спроса на местном рынке
- *Прямые поставки в аптеки* – поставки продукции непосредственно в аптеки или другим клиентам при помощи агента/поставщика логистических услуг
- *Компенсационные выплаты плательщикам* – предоставление скидок в виде компенсационных выплат непосредственно плательщику, при этом поставки организациям оптовой торговли осуществляются по преysкурантным ценам

Пример

Компания «GSK», Греция (2008)

- В 2000 году компания «GSK» утвердила новую стратегию в целях предотвращения параллельной торговли ее продукцией из Греции, согласно которой:
 - в качестве первого шага, прекратила поставки организациям оптовой торговли, которые осуществляли экспорт;
 - затем установила квоты на поставки и осуществляла поставки продукции, достаточные только для удовлетворения спроса на рынке Греции
- Некоторые организации оптовой торговли подали жалобу на эту стратегию компании «GSK» в антимонопольную службу Греции и параллельно обратились с исками в греческие суды
- После того, как дело было передано в суды ЕС, Европейский суд постановил, что:
 - Поставщик фармацевтической продукции, занимающий доминирующее положение на рынке, не может препятствовать любой параллельной торговле, не нарушая положения Статьи 102
 - Но несмотря на это, поставщик фармацевтической продукции, занимающий доминирующее положение на рынке, может предпринимать разумные и соизмеримые меры по защите своих коммерческих интересов, в связи с чем, вправе отказать в осуществлении поставок по заказам, которые особенно отличаются от предыдущих заказов клиента и потребностей местного рынка

Слияния

В каких случаях требуется подавать уведомления о слиянии?

Сделка должна соответствовать пороговым уровням, при которых требуется подача уведомления о слиянии

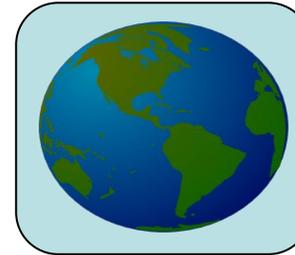
- Пороговые уровни, требующие подачи уведомления, различаются в зависимости от юрисдикции.
- Как правило, пороговые уровни основываются на совокупности оборотов сторон на национальном и мировом уровне.
- В некоторых юрисдикциях также предусмотрены пороговые уровни рыночных долей, пороговые уровни величины активов, пороговые уровни суммы сделки и т.д.
- Местное присутствие (дочернее предприятие или филиал) в соответствующей юрисдикции обычно не требуется.

Слияния

В каких случаях требуется подавать уведомления о слиянии?

В ЕС требуется подавать уведомления о концентрации влияния при слияниях в случае соответствия любому из следующих пороговых уровней:

1. Совокупный мировой годовой оборот сторон превышает 5 млрд евро,



5 млрд евро в совокупности

И

годовой оборот каждой из сторон в ЕС превышает 250 млн евро; или



250 млн евро по отдельности

Слияния

В каких случаях требуется подавать уведомления о слиянии?

2. Совокупный мировой годовой оборот сторон превышает 2.5 млрд евро,

и

годовой оборот каждой из сторон в ЕС превышает 100 млн евро,

и

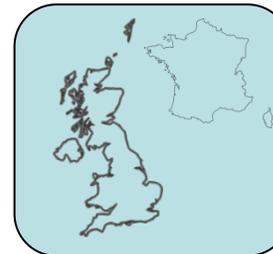
по меньшей мере, в трех государствах-членах совокупный годовой оборот сторон превышает 100 млн евро и годовой оборот каждой из сторон превышает 25 млн евро.



2.5 млрд евро
в
совокупности



100 млн
евро по
отдельности



3 x { 100 млн евро в
совокупности
+
25 млн евро по
отдельности

Слияния

В каких случаях требуется подавать уведомления о слиянии?

- В ЕС и его государствах-членах установлен уникальный взаимосвязанный режим контроля за сделками слияния. Контроль за сделками слияния относится к исключительной юрисдикции ЕС:
 - Если законодательство ЕС предусматривает подачу уведомления о слиянии, подавать такое уведомление на уровне любого из государств-членов ЕС не требуется (принцип «одного окна»)
 - Если законодательство ЕС не предусматривает подачу уведомления о слиянии, такое уведомление может потребоваться в одном или нескольких государствах-членах ЕС
- Во всех государствах-членах ЕС приняты разные национальные пороговые уровни для подачи уведомлений, которые, как правило, основаны на внутреннем обороте (с несколькими юрисдикциями в сфере рыночных долей, такими как Великобритания, Испания и Португалия).
- В некоторых государствах-членах ЕС приняты очень низкие пороговые значения.