

РЕШЕНИЕ

по делу № 3-5-33/00-08-14

«23» марта 2015 г.

г. Москва

Комиссия ФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства о рекламе, рассмотрев дело № 3-5-33/00-08-14 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ» и рекламы БАД «ОРСОСЛИМ»,

в присутствии представителей:

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:

ООО «КРКА ФАРМА» — Дубровиной Е.В., Мухиной Т.А., Куксовой Я.П. - доверенность б/н от 15.02.2015, Козина В.В. (доверенность б/н от 19.11.2014)

заинтересованного лица:

Krka, d. d., Novo mesto (АО «КРКА, д.д., Ново место» (Словения), имеющее в России Представительство АО «КРКА, д.д., Ново место» (Словения) — Дубровиной Е.В. - доверенность б/н от 15.02.2015,

заявителя:

ЗАО «Рош-Москва» - Покатович И.С., Шолтыревой О.А. - доверенность 15/2 от 13.10.2014, Политко Д.С., Голубевой Д.С. - доверенность 230/2 от 20.08.2014,

УСТАНОВИЛА:

В заседании Комиссии, состоявшемся 16 марта 2015 г., был объявлен перерыв в рассмотрении дела до 15 часов 23 марта 2015 г.

В ФАС России поступило заявление ЗАО «Рош-Москва» о признаках нарушения законодательства о рекламе в рекламе нерецептурного лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ» и рекламе БАД «ОРСОСЛИМ», направленных на борьбу с лишним весом.

Заявитель - ЗАО «Рош-Москва», осуществляет деятельность по продвижению и продаже на территории Российской Федерации рецептурного лекарственного средства «КСЕНИКАЛ» с активным веществом «орлистат», действие которого направлено на борьбу с ожирением и избыточной массой тела.

Рецептурный лекарственный препарат «ОРСОТЕН» и лекарственный препарат «ОРСОТЕН СЛИМ» с идентичными активными веществами широко представлен на российском рынке и производятся, рекламируются и продвигаются на российском рынке группой компаний «КРКА»:

ООО «КРКА-РУС» является производителем и держателем регистрационного удостоверения рецептурного лекарственного препарата «ОРСОТЕН», лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ»,

ООО «КРКА ФАРМА» осуществляет маркетинг, реализацию лекарственных средств и БАДов, производимых в России и Словении,

словенская компания АО «КРКА, д.д., Ново место», имеющая в России представительство, является материнской компанией ООО «КРКА-РУС» и ООО «КРКА ФАРМА» - ей принадлежит 100% долей уставного капитала указанных компаний, осуществляет работы по регистрации и сертификации продукции, является производителем и держателем регистрационного удостоверения БАД «ОРСОСЛИМ».

Указанные компании входят в одну группу лиц и осуществляют деятельность по производству и продаже на российском рынке средств для похудения:

рецептурного ЛС «ОРСОТЕН» (производитель - ООО «КРКА-РУС», распространитель - ООО «КРКА ФАРМА»);

нерецептурного ЛС «ОРСОТЕН СЛИМ» (производитель - ООО «КРКА-РУС», распространитель - ООО «КРКА ФАРМА»);

БАДа «ОРСОСЛИМ» (производитель - АО «КРКА, д.д., Ново место», распространитель - ООО «КРКА ФАРМА»).

При этом на упаковках рецептурного ЛС «ОРСОТЕН» и нерецептурного ЛС «ОРСОТЕН СЛИМ» указано, что данные препараты произведены ООО «КРКА-РУС» в сотрудничестве с АО «КРКА, д.д., Ново место».

Телевизионная реклама лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ» распространялась в марте-апреле 2013 г. на федеральных телеканалах «Первый канал», «Ю-ТВ», «ТВ-3 Россия» и в марте-апреле 2014 г. на федеральных телеканалах «Первый канал», «ТВ-3» Россия», «Телекомпания ПЯТНИЦА», «Петербург — 5 канал». Печатная реклама указанного лекарственного препарата распространялась с мая по декабрь 2012 г. в журналах Cosmopolitan, Здоровье, Антенна-Телесемь, Лиза Худеем правильно, Аптекарь, SHAPE и пр., с сентября по декабрь 2013 г. - в журналах Домашний очаг, ELLE, Антенна, Самая и пр., в мае 2014 г. - в журнале Фармацевтический вестник.

Реклама БАД «ОРСОСЛИМ» распространялась в период с мая по июль 2012 г. в журналах ELLE, Самая, Антенна-Телесемь, 7 Дней, Домашний очаг и пр.

Лекарственный препарат «ОРСОТЕН СЛИМ» и БАД «ОРСОСЛИМ» обращаются на российском рынке с наименованиями и в упаковках, сходных до степени смешения с наименованием и упаковкой рецептурного лекарственного средства «ОРСОТЕН», реклама которого ограничена в силу части 8 статьи 24 Федерального закона «О рекламе».

При оценке сходства до степени смешения ФАС России руководствовалось Правилами составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания, утвержденными Приказом Роспатента № 32 от 05 марта 2003 года, а также Методическими рекомендациями по проверке заявленных обозначений на тождество и сходство, утвержденными Приказом Роспатента № 197 от 31 декабря 2009 года.

В телевизионной и печатной рекламе лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ»

и в печатной рекламе БАДа «ОРСОСЛИМ» демонстрируются упаковки и сообщаются потребительские свойства. При этом композиционное оформление упаковок, изображенных в рекламе лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ» и БАДа «ОРСОСЛИМ», сходно с оформлением упаковки рецептурного лекарственного препарата «ОРСОТЕН», широко представленного в продаже.

Дизайн упаковок всех трех препаратов РЛС «ОРСОТЕН», ЛС «ОРСОТЕН СЛИМ» и БАДа «ОРСОСЛИМ» обладает очевидным сходством.

Упаковки всех трех указанных препаратов обладают идентичными характерными чертами – общее композиционное решение, идентичный шрифт для обозначения наименований, использование внизу справа товарного знака «КРКА», и содержат совпадающие изобразительные элементы – стилизованное изображение женского силуэта на всей фронтальной части упаковки, круглая эмблема с изображением женского силуэта внутри.

Единственное отличие упаковок заключается в использовании различной цветовой гаммы и незначительных отличиях в расположении некоторых элементов – поперечной полосы с названием препарата (на упаковке БАД «ОРСОТЕН СЛИМ»).

Товарный знак «ОРСОТЕН», использованный в названии рецептурного препарата, и обозначение «ОРСОТЕН СЛИМ», использованное в названии нерецептурного препарата, являются сходными до степени смешения за счет фонетического сходства, одинакового графического исполнения, того факта, что семантически дополнительный элемент «СЛИМ» не влияет на различительную способность обозначения «ОРСОТЕН СЛИМ» в целом.

Товарный знак «ОРСОТЕН», использованный в названии рецептурного препарата, и обозначение «ОРСОСЛИМ», использованное в названии биологически активной добавки, с семантической точки зрения имеют идентичный запоминающийся фантазийный элемент «ОРСО», являются близкими с графической и сходными с фонетической точек зрения и различаются только в одном слоге, который не влияет на различительную способность товарного знака и представляет собой незначительное дополнение к основному оригинальному элементу «ОРСО».

Таким образом, упаковки рецептурного лекарственного препарата «ОРСОТЕН», нерецептурного лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ» и БАДа «ОРСОСЛИМ» сходны до степени смешения, а использованные в названиях данных препаратов словесные обозначения характеризуются определенным сходством между собой.

При этом на лицевой стороне упаковки БАДа «ОРСОСЛИМ» не содержится указания на то, что продукт является биологически активной добавкой к пище.

С учетом изложенного можно заключить, что в целом отдельные отличия в наименованиях рассматриваемых препаратов и их упаковок не способны должным образом индивидуализировать данные товары на рынке, и соответственно не влияют на различительную способность названий товаров и их упаковок при восприятии потребителями их рекламы.

В связи с этим нерецептурный лекарственный препарат «ОРСОТЕН СЛИМ» и БАД «ОРСОСЛИМ» в рекламе ассоциируются с рецептурным лекарственным

препаратом «ОРСОТЕН».

Формированию ассоциации потребителями нерецептурного лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ» и БАДа «ОРСОСЛИМ» с рецептурным лекарственным препаратом «ОРСОТЕН» способствуют как сходство дизайна упаковок и наименований, так и аналогичные показания к применению и совпадающие цели применения всех трех препаратов – средства для похудения, направленные на снижение массы тела.

Усиливается эффект такой ассоциации тем, что у рекламируемых препаратов места реализации полностью совпадают с местами реализации рецептурного лекарственного препарата «ОРСОТЕН»: и в том, и в другом случае это аптечные сети.

Таким образом, реклама нерецептурного лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ» и реклама биологически активной добавки «ОРСОСЛИМ» одновременно формирует и поддерживает интерес неопределенного круга лиц к рецептурному лекарственному препарату «ОРСОТЕН», и их реклама должна рассматриваться как реклама рецептурного лекарственного препарата «ОРСОТЕН».

Согласно части 8 статьи 24 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) реклама лекарственных препаратов в формах и дозировках, отпускаемых по рецептам на лекарственные препараты, не допускается иначе как в местах проведения медицинских или фармацевтических выставок, семинаров, конференций и иных подобных мероприятий и в предназначенных для медицинских и фармацевтических работников специализированных печатных изданиях.

Согласно части 4 статьи 2 Закона о рекламе специальные требования и ограничения, установленные настоящим Федеральным законом в отношении рекламы отдельных видов товаров, распространяются также на рекламу средств индивидуализации таких товаров, их изготовителей или продавцов, за исключением случая, если реклама средств индивидуализации отдельного товара, его изготовителя или продавца явно не относится к товару, в отношении рекламы которого настоящим Федеральным законом установлены специальные требования и ограничения.

В соответствии с пунктом 3 части 2 статьи 5 Закона о рекламе недобросовестной рекламой признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте, если она осуществляется под видом рекламы другого товара, товарный знак или знак обслуживания которого тождествен или сходен до степени смешения с товарным знаком или знаком обслуживания товара, в отношении рекламы которого установлены соответствующие требования и ограничения, а также под видом рекламы изготовителя или продавца такого товара.

Восприятие потребителями товарного знака в качестве рекламы конкретного товара зависит от знакомства потребителя с товарами, выпускаемыми под данным знаком. Рецептурный лекарственный препарат «ОРСОТЕН» широко представлен в продаже и известен потребителю. В связи с этим реклама лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ» и БАДа «ОРСОСЛИМ» вызывает прочные ассоциативные связи с рецептурным лекарственным препаратом

«ОРСОТЕН».

Изложенные обстоятельства позволяют заключить, что реклама лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ» и реклама БАДа «ОРСОСЛИМ» представляет собой рекламу рецептурного лекарственного средства «ОРСОТЕН», соответственно реклама рецептурного лекарственного препарата «ОРСОТЕН» осуществляется под видом рекламы других товаров – нерецептурного лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ» и БАДа «ОРСОСЛИМ».

Указанный вывод подтверждается результатами социологического проса, проведенного ВЦИОМ по заказу ЗАО «Рош-Москва».

Из отчета ВЦИОМ следует, что 78,9% респондентов считают рекламу лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ» одновременной рекламой рецептурного лекарственного средства «ОРСОТЕН».

Согласно отчету ВЦИОМ четвертая часть опрошенных — 24 %, утверждают, что видели рекламу препарата «ОРСОТЕН», несмотря на отсутствие распространения рекламы рецептурного лекарственного препарата «ОРСОТЕН» в неспециализированных СМИ, что свидетельствует о наличии у потребителей ассоциативных связей при восприятии рекламы лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ» и рекламы БАДа «ОРСОСЛИМ» с рецептурным лекарственным препаратом «ОРСОТЕН».

По мнению респондентов, препараты «ОРСОТЕН» и «ОРСОТЕН СЛИМ» (93,2%), а также препарат «ОРСОТЕН» и БАД «ОРСОСЛИМ» (72,5%) относятся к одной линейке товаров (являются взаимозаменяемыми).

На сходство упаковок рецептурного препарата «ОРСОТЕН» и нерецептурного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ» по внешнему виду указало 92,7 % респондентов. В качестве причин, по которым респонденты могли бы перепутать препараты «ОРСОТЕН» и «ОРСОТЕН СЛИМ», опрошенные отметили сходство дизайна упаковок (78,1 %) и названий (15,4 %) препаратов.

На сходство упаковок рецептурного препарата «ОРСОТЕН» и БАД «ОРСОСЛИМ» по внешнему виду указало 72,1% респондента. В качестве причин, по которым респонденты могли бы перепутать препарат «ОРСОТЕН» и БАД «ОРСОСЛИМ», опрошенные отметили сходство дизайна упаковок (70,1 %) и названий (35,1 %) препаратов.

Результаты исследования ВЦИОМ свидетельствуют о том, что потребители не видят разницы между указанными препаратами, и соответственно высока вероятность того, что после просмотра распространяемой рекламы гражданами при покупке в аптеке один препарат будет принят за другой.

Кроме того, результаты исследования ВЦИОМ подтверждают то, что фактически элемент «ОРСОТЕН» является товарным знаком, характеризующим группу определенных товаров – средств для снижения веса: как рецептурных и нерецептурных лекарственных препаратов, так и нелекарственных препаратов, производимых и продвигаемых группой компаний КРКА.

Согласно пункту 16 Письма Президиума ВАС № 37 от 25.12.98 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе»

информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителя с определенным товаром, рассматривается как реклама этого товара.

Таким образом, реклама лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ», распространявшаяся на федеральных каналах в марте-апреле 2013 г. и в марте-апреле 2014 г. и в печатных средствах массовой информации с мая по декабрь 2012 г., с октября по декабрь 2013 г., в мае 2014 г., а также реклама БАД «ОРСОСЛИМ», распространявшаяся с мая по июль 2012 г. в печатных средствах массовой информации, призвана также привлечь внимание и поддерживать интерес к рецептурному лекарственному препарату «ОРСОТЕН» и является рекламой рецептурного лекарственного препарата «ОРСОТЕН».

Данную позицию поддержали члены Экспертного совета по применению законодательства о рекламе при ФАС России (консультативно-совещательный орган) и Экспертного совета по развитию конкуренции в социальной сфере и здравоохранении, на совместном заседании которых, состоявшемся 24.12.2014, рассматривалась указанная телевизионная и печатная реклама лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ» и БАД «ОРСОСЛИМ». В ходе дискуссии и последовавшего голосования члены экспертных советов большинством голосов признали осуществление рекламы рецептурного лекарственного средства «ОРСОТЕН» под видом лекарственного средства «ОРСОТЕН СЛИМ и БАД «ОРСОСЛИМ».

Таким образом, реклама рецептурного лекарственного средства «ОРСОТЕН» под видом рекламы лекарственного препарата ЛС «ОРСОТЕН СЛИМ» и БАДа «ОРСОСЛИМ» распространяется в общедоступных средствах массовой информации с признаками нарушения пункта 3 части 2 статьи 5, части 8 статьи 24 Федерального закона «О рекламе», что свидетельствует о признаках недобросовестной рекламы.

В рекламе БАД «ОРСОСЛИМ» в журналах Самая, ELLE за 2012 г. содержится следующая информация о потребительских свойствах БАДа:

«Уникальное сочетание ГЭГК (экстракт зеленого чая), кофеина, L-карнитина, вит.гр. В и хрома обеспечивает комплексный механизм действия: стимулирование обменных процессов, расщепление жировых отложений, снижение тяги к сладкому».

Снижение тяги к сладкому является исключительно результатом действия веществ, воздействующих на центральную нервную систему человека. Между тем результат такого действия свидетельствует о лечебном эффекте, который свойственен только лекарственным препаратам, и в силу природы биологически активных добавок (продукты питания) не может являться свойством этих продуктов.

Таким образом, реклама БАД «ОРСОСЛИМ» в журналах Самая, ELLE указывает на наличие у данного БАДа лечебных свойств и создает впечатление, что БАД является лекарственным средством. Усиливает данное впечатление то обстоятельство, что дизайн упаковки БАД «ОРСОСЛИМ» сходен с дизайном упаковок лекарственных средств «ОРСОТЕН» и «ОРСОТЕН СЛИМ».

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 25 Федерального закона «О рекламе» реклама биологически активных добавок и пищевых добавок не должна создавать

впечатление о том, что они являются лекарственными средствами и (или) обладают лечебными свойствами.

С учетом изложенного в рекламе БАД «ОРСОСЛИМ» с указанием на такое потребительское свойство, как снижение тяги к сладкому, усматриваются признаки нарушения пункта 1 части 1 статьи 25 Федерального закона «О рекламе».

Возражая по существу претензий по настоящему делу, представители ООО «КРКА ФАРМА» в опровержение доказательств, основанных на исследовании ВЦИОМ, представили экспертное заключение ООО «Синовейт Комкон» по теме «Оценка используемых исследовательских методов в исследовании ВЦИОМ».

Вместе с тем изложенные в заключении замечания к методологии исследования ВЦИОМ не опровергают результатов исследования, соответственно не имеют значения для установления обстоятельств нарушения законодательства о рекламе.

Возражения представителей ООО «КРКА ФАРМА» по поводу распространения на территории Российской Федерации рекламного ролика БАД «ОРСОСЛИМ», представленного в материалы дела ЗАО «Рош-Москва» по результатам поискового запроса в системе «Яндекс», приняты Комиссией и данный материал исключен из рассмотрения.

В соответствии со статьей 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель несёт ответственность за нарушение требований законодательства Российской Федерации о рекламе, установленных частями 2-8 статьи 5 Федерального закона «О рекламе».

Рекламодателем указанной рекламы является ООО «КРКА ФАРМА» (ОГРН 1025005328853, ИНН 5042060699, КПП 501701001, дата регистрации 12.11.2002, юридический адрес: ул. Московская, 50, г. Истра, Московская обл., 143500), которое осуществляет маркетинг, реализацию лекарственных средств, производимых в России и Словении.

Руководствуясь частью 8 статьи 24, пунктами 3 части 2 статьи 5, пунктом 1 части 1 статьи 25 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 20, 21 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбуждённых по признакам нарушения законодательства Российской Федерации «О рекламе»,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ», распространявшуюся в марте-апреле 2013 г. на федеральных телеканалах «Первый канал», «Ю-ТВ», «ТВ-3 Россия» и в марте-апреле 2014 г. на федеральных телеканалах «Первый канал», «ТВ-3» Россия», «Телекомпания ПЯТНИЦА», «Петербург — 5 канал», а также печатную рекламу указанного лекарственного препарата, распространявшуюся с мая по декабрь 2012 г. в журналах Cosmopolitan, Здоровье, Антенна-Телесемь, Лиза Худеем правильно, Аптекарь, SHAPE и пр., с сентября по декабрь 2013 г. - в журналах Домашний очаг, ELLE, Антенна, Самая и пр., нарушающей часть 8 статьи 24, пункт 3 части 2 статьи 5 Федерального закона «О рекламе».

2. Признать ненадлежащей рекламу лекарственного препарата «ОРСОТЕН СЛИМ», распространявшуюся в мае 2014 г. в журнале Фармацевтический вестник, нарушающей пункт 3 части 2 статьи 5 Федерального закона «О рекламе».
3. Признать ненадлежащей рекламу биологически активной добавки «ОРСОСЛИМ», распространявшуюся с мая по июль 2012 г. в журналах ELLE, Самая, Антенна-Телесемь, 7 Дней, Домашний очаг, и пр., нарушающей часть 8 статьи 24, пункт 3 части 2 статьи 5 Федерального закона «О рекламе».
4. Признать ненадлежащей рекламу биологически активной добавки «ОРСОСЛИМ», распространявшуюся с мая по июль 2012 г. в журналах ELLE, Самая, нарушающей пункт 1 части 1 статьи 25 Федерального закона «О рекламе».
5. Выдать ООО «КРКА ФАРМА» предписание о прекращении нарушения Федерального закона «О рекламе».
6. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу ФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении ООО «КРКА ФАРМА».

Решение изготовлено в полном объеме 01 апреля 2015 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.