

РЕШЕНИЕ

по делу № 1-14-165/00-08-17

о нарушении антимонопольного законодательства

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «15» января 2018 г.

В полном объеме решение изготовлено «15» февраля 2018 г.

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

<...>,

рассмотрев дело № 1-14-165/00-08-17 о нарушении ООО ПК «Фарм-про» пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон «О защите конкуренции»), в присутствии на заседании представителя АО «Фармстандарт» <...> (доверенность от 27.11.2017), представителя ООО ПК «Фарм-про» <...> (доверенность от 09.01.2018),

УСТАНОВИЛА:

В Федеральную антимонопольную службу поступило заявление АО «Фармстандарт» (далее также – Заявитель) о нарушении антимонопольного законодательства со стороны ООО ПК «Фарм-про» (далее — Общество), выразившемся во введении в гражданский оборот гематогена «Ferrum Гематоген» в упаковках, способных вызвать смешение с упаковками гематогенов, вводимых в гражданский оборот Заявителем.

АО «Фармстандарт» осуществляет введение в гражданский оборот биологически активной добавки «Феррогематоген» с 2007 года и по настоящее время.

ООО ПК «Фарм-про», согласно представленным Заявителем товарным чекам и образцам продукции, вводит в гражданский оборот гематоген «Ferrum Гематоген».

Таким образом, Заявитель и Общество осуществляют реализацию гематогена на территории Российской Федерации, а, следовательно, являются хозяйствующими субъектами-конкурентами.

Комиссия ФАС России по рассмотрению дела № 1-14-165/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства, рассмотрев все имеющиеся в материалах дела доказательства, выслушав представителей лиц, участвующих в рассмотрении дела, установила следующие обстоятельства.

Заявитель с 2007 года является производителем биологически активной добавки, а именно гематогена под обозначением «Феррогематоген».

АО «Фармстандарт» является правообладателем словесного товарного знака «Феррогематоген» на основании свидетельства № 576881 (дата приоритета 28.05.2015; дата регистрации 03.06.2016) и комбинированных товарных знаков в соответствии со свидетельствами № 248941 (дата приоритета 18.05.2002; дата регистрации 17.06.2003) и 555640 (дата приоритета 31.10.2013; дата регистрации 26.10.2015), зарегистрированных в отношении товаров 05 класса МКТУ, а именно гематоген, а также комбинированного товарного знака по свидетельству № 248942 (дата приоритета 05.07.2002; дата регистрации 17.06.2003), зарегистрированного в отношении товаров 35 класса МКТУ - продвижение феррогематогена (для третьих лиц).

Заявителем в материалы дела было представлено заключение от 31.05.2017, составленное патентно-правовой фирмой «ЮС» по итогам анализа обозначений на упаковке батончика «Ferrum Гематоген» производства ООО ПК «Фарм-про» и товарных знаков по свидетельствам № 248942, № 248941, № 555640, № 576881 на предмет сходства до степени смешения указанных обозначений.

Патентным поверенным указано, что в сравниваемых обозначениях по пространственному и смысловому значению доминирующее положение занимают словесные обозначения «Ferrum Гематоген» и «Феррогематоген» ввиду выполнения крупными буквами, жирным шрифтом, выделения цветом, что играет существенную роль при формировании общего зрительного впечатления при восприятии обозначений потребителем.

Словесные элементы характеризуются сходством звучания начальных частей, а именно «ферро» и «ferrum» и тождеством конечных частей («гематоген»).

По графическому признаку указанные обозначения схожи ввиду выполнения начальных частей «ферро» и «ferrum» аналогичным образом по отношению к частям «гематоген», а именно шрифтом меньшего размера в сравнении с конечной частью, выполненной более крупными буквами разного цвета или разного наклона, что зрительно отделяет ее от начальных частей обозначений.

Изобразительные элементы в виде фантазийных животных также являются сходными по внешней форме, смысловому значению, виду и характеру изображения, сочетанию цветов и тонов (изображение головы и верхней части туловища животного с длинным носом, круглыми глазами, небольшими ушами, лапами с маленькими пальцами, выполненное в схожем цветовом сочетании).

Исходя из изложенного, патентным поверенным был сделан вывод о наличии сходства до степени смешения товарных знаков по свидетельствам № 248942, № 248941, № 555640, № 576881, правообладателем которых является АО «Фармстандарт», и обозначений на упаковке батончика «Ferrum Гематоген» производства ООО ПК «Фарм-про».

Также Заявителем в материалы дела была представлена информация об объемах реализации продукции под обозначением «ФЕРРОГЕМАТОГЕН» в период с 2007 года по первое полугодие 2017 года, а также информация об объемах денежных средств, затраченных на рекламу продукции под обозначением «Феррогематоген» в период с 2015 года.

В соответствии с указанными сведениями на 25 сентября 2017 года было реализовано 232 683 000 упаковок на общую сумму 2 279 588 000 руб.

В период с 2015 года по 25 сентября 2017 года на рекламу продукции под обозначением «Феррогематоген» было затрачено 28 537 375,46 руб.

В связи с изложенным Комиссия ФАС России приходит к выводу о широкой известности и узнаваемости продукции «Феррогематоген» в глазах потребителей, сформировавшихся в результате активных действий Заявителя, направленных на продвижение продукта.

В соответствии с материалами дела ООО ПК «Фарм-про» вышло на рынок в мае 2016 года с продуктом под обозначением «Ferrum Гематоген» в упаковках, способных вызвать смешение с гематогеном в упаковках под обозначением «Феррогематоген» производства АО «Фармстандарт», уже зарекомендовавшего себя и широко узнаваемого потребителями.

В своих письменных пояснениях Общество указывает, что слова «ферро» и «ferrum» являются неохраноспособными элементами, поскольку произошли от общепринятого латинского термина «Ferrum», который обозначает железо. Кроме того, Общество отмечает, что слово «гематоген» также является общепринятым термином, под которым принято понимать профилактическое средство, содержащее железо и стимулирующее кроветворение.

Исходя из изложенного, ООО ПК «Фарм-про» считает, что обозначение «Феррогематоген» имеет слабую различительную способность, а действия АО «Фармстандарт» по запрету использования неохраняемых слов, вошедших во всеобщее употребление, нарушают права Общества и других лиц, осуществляющих введение в гражданский оборот гематогена.

Однако, Комиссия ФАС России, принимая во внимание факт начала введения в гражданский оборот гематогена под обозначением «Феррогематоген» в 2007 году, а также учитывая объемы продаж и средства затраченные на рекламирование продукции под обозначением «Феррогематоген», считает, что указанное обозначение приобрело широкую известность и различительную способность в глазах потребителей.

Обществом в материалы дела было представлено заключение от 18 сентября 2017 года, составленное ООО «Первая патентная компания». Целью проведения указанного исследования являлась оценка вероятности сходства до степени смешения комбинированного обозначения со словесными элементами «ferrum» и «гематоген», используемыми ООО ПК «Фарм-про», и товарными знаками по свидетельствам № 248941, № 555640, № 576881, правообладателем которых является АО «Фармстандарт».

В заключении патентного поверенного установлено, что упаковка товара «Ferrum

Гематоген» содержит признаки сходства с товарными знаками по свидетельствам №№ 555640, 248941, однако не является сходной до степени смешения с товарным знаком по свидетельству № 576881.

В заключении патентного поверенного также установлено, что оценка сходства комбинированных обозначений должна производиться на основе общего зрительного впечатления. В указанном заключении сделан вывод об отсутствии различительной способности словесных элементов, расположенных на упаковке гематогена производства ООО ПК «Фарм-про», и словесных элементов товарных знаков по свидетельствам № 248941 и № 555640, правообладателем которых является АО «Фармстандарт».

Обозначение на упаковке гематогена производства ООО ПК «Фарм-про» и товарные знаки № 248941 и № 555640 имеют различное цвето-графическое решение обозначений, взаимное пространственное расположение графических и словесных элементов по отношению друг к другу, изображения животных также различны, неохраняемые элементы «ferrum» и «гематоген» и «феррогематоген» не обладают различительной способностью и имеют различное цвето-графическое изображение.

Общим признаком, объединяющим оба обозначения, является стилистика выполнения изобразительных элементов (персонажи выполнены в мультипликационном стиле).

Из изложенного патентным поверенным был сделан вывод о том, что расположение словесных элементов «ferrum» и «гематоген» на упаковке гематогена производства Общества может создать ассоциативную связь с товарным знаком АО «Фармстандарт» ввиду близкой фонетики.

Помимо изложенного, представителем ООО ПК «Фарм-про» было отмечено, что заявка на регистрацию комбинированного товарного знака «Ferrum Гематоген» принята Федеральной службой по интеллектуальной собственности к рассмотрению. Однако в материалах дела отсутствуют какие-либо доказательства, подтверждающие указанный довод.

Вопрос о наличии признаков смешения между упаковками батончиков «Феррогематоген» (производитель АО «Фармстандарт») и «Ferrum Гематоген» (производитель ООО ПК «Фарм-про») был вынесен на совместное заседание Экспертного совета по применению законодательства о недобросовестной конкуренции, Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и Экспертного совета по развитию конкуренции в социальной сфере и здравоохранении при ФАС России.

В ходе рассмотрения экспертами было учтено, что обозначение «Феррогематоген» зарегистрировано в качестве товарного знака, а также приобрело различительную способность вследствие реализации батончиков Заявителя на протяжении длительного времени.

Большинством голосов члены Экспертных советов сошлись во мнении, что наличие на рынке гематогенов в сходных упаковках производства АО «Фармстандарт» и ООО ПК «Фарм-про» может привести к смешению указанной продукции в глазах потребителя и признали наличие в действиях Общества, выразившихся во

введении в гражданский оборот гематогена под обозначением «Ferrum Гематоген», схожего по оформлению с упаковками продукции производства Заявителя, признаков нарушения пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

В соответствии со статьей 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883 актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. В частности, подлежат запрету все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента.

Согласно пункту 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции» не допускается недобросовестная конкуренция путем совершения хозяйствующим субъектом действий (бездействия), способных вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами или услугами, вводимыми хозяйствующим субъектом-конкурентом в гражданский оборот на территории Российской Федерации, в том числе копирование или имитация внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом-конкурентом, упаковки такого товара, его этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом (в совокупности фирменной одежды, оформления торгового зала, витрины) или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товар.

Под имитацией внешнего вида товара понимается своеобразное подражание товару конкурента с целью создания у покупателей впечатления о принадлежности таких товаров линейке имитируемых товаров.

Таким образом, оценив в совокупности все имеющиеся в деле доказательства и обстоятельства, установленные в ходе рассмотрения дела, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что является установленным факт осуществления Обществом действий по введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации гематогенов «Ferrum Гематоген» с использованием дизайнерских решений, применяемых при оформлении продукции Заявителя.

При этом Комиссия ФАС России учитывает, что батончики гематогена относятся к товарам низкой ценовой категории, что обуславливает низкий уровень осмотрительности и внимательности потребителя при выборе конкретного продукта.

Несмотря на имеющиеся отличия упаковок производства Заявителя и Общества, общее впечатление от оформления указанных продуктов с использованием изображений мультипликационных животных, созвучных словесных обозначений («ферро» и «ferrum»), схожего цветового оформления, а также учитывая низкую ценовую категорию указанных продуктов, Комиссия ФАС приходит к выводу о возможности создания впечатления о принадлежности товаров к продуктовой линейке одного производителя, что подтверждается также выводами, сделанными на совместном заседании Экспертного совета по применению законодательства о недобросовестной конкуренции, Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и Экспертного совета по развитию конкуренции в социальной сфере и здравоохранении при Федеральной антимонопольной службе.

Как было указано ранее и подтверждено материалами дела, продукция под обозначением «Феррогематоген» известна на товарном рынке Российской Федерации с 2007 года и обладает высокой узнаваемостью со стороны потребителя.

В то же время Общество вводит в гражданский оборот на территории Российской Федерации гематогены под обозначением «Ferrum Гематоген» с 2016 года.

Комиссия ФАС России учитывает выводы Экспертных советов, согласно которым участники Экспертных советов большинством голосов пришли к выводу о том, что наличие на рынке гематогенов в сходных упаковках производства АО «Фармстандарт» и ООО ПК «Фарм-про» может привести к смешению указанной продукции в глазах потребителя.

На заседании Комиссии Общество отметило, что ООО ПК «Фарм-про» прекратило вводить в гражданский оборот гематогены под обозначением «Ferrum Гематоген».

Комиссия ФАС России не принимает ссылку Общества на то, что ООО ПК «Фарм-про» прекратило вводить в гражданский оборот гематогены под обозначением «Ferrum Гематоген» в схожей с продукцией Заявителя упаковке, так как период нарушения Обществом антимонопольного законодательства, выразившегося в использовании при оформлении упаковки продукции «Ferrum Гематоген» дизайнерских решений, применяемых при оформлении продукции Заявителя, подпадает под общий срок давности рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства. Более того, факт нарушения Обществом антимонопольного законодательства подтвержден материалами дела. Кроме того, на момент вынесения решения у Комиссии ФАС России отсутствует документально подтвержденная информация о прекращении введения Обществом в гражданский оборот гематоген под обозначением «Ferrum Гематоген» в схожей с продукцией Заявителя упаковке.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что все признаки недобросовестной конкуренции, содержащиеся в пункте 9 части 4 Закона «О защите конкуренции», присутствуют в действиях Общества:

1. Направленность на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности выразилось в использовании при оформлении внешнего вида упаковки производимой и реализуемой ООО ПК «Фарм-про» продукции под обозначением «Ferrum Гематоген» изображений мультипликационных животных, созвучных словесных обозначений («ферро» и «ferrum»), схожего цветового оформления, фирменного стиля в целом, схожих до степени смешения с оформлением упаковки продукции «Феррогематоген» производства Заявителя, что способно привести к смешению с товаром Заявителя, результатом чего может являться ошибочный выбор потребителя при приобретении товара, когда он принимает новый товар как новую линейку давно ему известной продукции.

2. Противоречие законодательству выражается в нарушении статьи 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883, запрещающей всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. В частности, подлежат запрету все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении

предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента.

- - - Указанные действия Общества способны причинить убытки Заявителю, поскольку создание смешения на рынке влечет отток потребительского спроса от товара Заявителя к товару конкурента, оформленному с использованием дизайна его упаковок, и, как следствие, уменьшение прибыли, на которую мог бы рассчитывать Заявитель при обычных условиях гражданского оборота.

Принимая во внимание упомянутые обстоятельства и руководствуясь статьей 10bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883, статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1 - 4 статьи 41, частью 1 статьи 49, статьей 50 Закона «О защите конкуренции», Комиссия ФАС России

РЕШИЛА:

- - 1. Основания для прекращения рассмотрения дела отсутствуют.
 - 2. Признать действия ООО ПК «Фарм-про» (630112, г. Новосибирск, ул. Красина, д. 54; ИНН 5401331496, ОГРН 1095401011419), выразившиеся в использовании при оформлении упаковки производимой и реализуемой ООО ПК «Фарм-про» продукции под обозначением «Ferrum Гематоген» изображений, созвучных словесных обозначений, схожего цветового оформления, фирменного стиля в целом, схожих до степени смешения с оформлением упаковки продукции «Феррогематоген» производства АО «Фармстандарт», актом недобросовестной конкуренции, противоречащим пункту 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции».
 - 3. Выдать ООО ПК «Фарм-про» (630112, г. Новосибирск, ул. Красина, д. 54; ИНН 5401331496, ОГРН 1095401011419) предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.
 - 4. Имеются основания для передачи материалов дела № 1-14-165/00-08-17 уполномоченному должностному лицу ФАС России для решения вопроса о возбуждения в отношении ООО ПК «Фарм-про» производства по делу об административном правонарушении.