РЕШЕНИЕ

по делу № 08/01/14.8-20/2019

о нарушении антимонопольного законодательства

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «17» августа 2020 г.

В полном объеме решение изготовлено «09» сентября 2020 г.

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

председатель Комиссии:

<...>;

члены Комиссии:

<...>,

рассмотрев в присутствии на заседании представителя ООО «Квадрат-С» <..> и представителей ЗАО «Берлин-Фарма» <...>,

дело № 08/01/14.8-20/2019 о нарушении ООО «Квадрат-С» (ОГРН 1107746643696, ИНН 7718816479, адрес: 107143, г. Москва, 2-й Иртышский проезд, д. 4Б, стр. 5) статьи 14.8 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон «О защите конкуренции»),

У С Т А Н О В И Л А:

В Федеральную антимонопольную службу поступило заявление физического лица (далее – также Заявитель) о нарушении антимонопольного законодательства со стороны ООО «Квадрат-С» (далее – также Ответчик), выразившемся в недобросовестной конкуренции, связанной с производством БАДа «Ферментозим форте» в упаковке, сходной с упаковкой лекарственного препарата «Мезим форте».

Данные действия Заявитель считает нарушением запрета на

недобросовестную конкуренцию, установленного Федеральным законом от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон «О защите конкуренции»).

Комиссия ФАС России по рассмотрению дела № 08/01/14.8-20/2019 о нарушении антимонопольного законодательства, изучив имеющиеся в материалах дела доказательства, выслушав представителей лиц, участвующих в рассмотрении дела, установила следующие обстоятельства.

Заявитель в аптеке «Аптека от склада-Север» при покупке лекарственного препарата «Мезим форте» ошибочно приобрел упаковку БАДа «Ферментозим форте» производства ООО «Квадрат-С», упаковка которой являлась сходной с упаковкой лекарственного препарата «Мезим форте».

Как указывает Заявитель, упаковка лекарственного препарата «Мезим форте» и БАДа «Ферментозим форте» имеет множество одинаковых элементов в оформлении: одинаковую форму, одинаковые цветовые решения, одинаковый шрифт, а также расположение графических и текстовых элементов.

Как следует из открытых источников, производителем лекарственного препарата «Мезим форте» является ЗАО «Берлин-Фарма» - Россия; Пр.-Берлин-Хеми АГ - Германия. При этом в состав лекарственного препарата входит панкреатин с минимальной ферментативной активностью: липазы 3500 ЕД Ph.Eur; амилазы 4200 ЕД Ph.Eur; протеаз 250 ЕД Ph.Eur. Лекарственный препарат имеет регистрационное удостоверение от 06.04.2007 П № 013391/01.

Из инструкции по применению лекарственного препарата для медицинского применения «Мезим форте» следует, что он компенсирует недостаточность внешнесекреторной функции поджелудочной железы. Входящие в состав панкреатина ферменты липаза, амилаза и протеаза облегчают переваривание жиров, углеводов и белков, что способствует их более полному всасыванию в тонком кишечнике.

Кроме того, как следует из инструкции по применению показаниями к применению лекарственного препарата являются:

- недостаточность внешнесекреторной функции поджелудочной железы, (хронический панкреатит, муковисцидоз);

- хронические воспалительно-дистрофические заболевания желудка, кишечника, печени, желчного пузыря. Состояния после резекции или облучения этих органов, сопровождающиеся нарушениями

переваривания нищи, метеоризмом, диареей (в составе комбинированной терапии);

- для улучшения переваривания пиши у пациентов с нормальной функцией ЖКТ в случае погрешностей в питании;

- подготовка к рентгенологическому и ультразвуковому исследованию органов брюшной полости.

Оборот лекарственных средств на территории Российской Федерации регулируется Федеральным законом от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств», согласно части 1 статьи 13 которого лекарственные препараты вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, если они зарегистрированы соответствующим уполномоченным федеральным органом исполнительной власти.

Федеральным законом от 02.01.2000 № 29-ФЗ «О качестве и безопасности пищевых продуктов» установлено, что биологически активные добавки – природные (идентичные природным) биологически активные вещества, предназначенные для употребления одновременно с пищей или введения в состав пищевых продуктов.

Оборот и производство биологически активных добавок на территории Российской Федерации регулируется Постановлением Главного государственного санитарного врача Российской Федерации от 17.04.2003 № 50 «О введении в действие санитарно-эпидемиологических правил и нормативов СанПиН 2.3.2.1290-03».

Лекарственные препараты не являются тождественными с биологически активными добавками, в том числе вследствие различий в составе действующих веществ, показаниях, требованиях к производству, качеству, эффективности и безопасности указанных товаров.

Производителем БАДа «Ферментозим форте» является ООО «Квадрат-С» (свидетельство о государственной регистрации RU.77.99.88.003.E.002537.06.18 от 19.06.2018). Вместе с тем, как следует из информации, размещенной на упаковке БАДа «Ферментазим форте», в состав БАДа входят следующие компоненты: липазы 3300 ЕД Ph.Eur; амилазы 4000 ЕД Ph.Eur; протеаз 250 ЕД Ph.Eur.

Следовательно, количественный состав БАДа под названием «Ферментазим форте» отличается от зарегистрированного и одобренного к применению лекарственного препарата «Мезим форте», в связи с чем БАД не может иметь необходимого лечебного эффекта, на который рассчитывает пациент, принимающий такое средство.

С учетом того, что и лекарственный препарат, и БАД продаются в аптеках безрецептурно, упаковки БАДа оформлены сходно с упаковками лекарственного препарата, потребителю, не имеющему специальных навыков, затруднительно отличить лекарственный препарат от БАДа, и тем более оценить количественный состав средства применительно к ожидаемому лечебному эффекту. В связи с этим велика вероятность не только отсутствия ожидаемого лечебного эффекта, но и возможность ухудшения течения болезни.

При этом производство БАДов существенно дешевле, чем производство лекарственного препарата. Прежде всего, производители БАДов не обязаны, в отличие от производителей лекарственных препаратов, использовать зарегистрированные Минздравом России фармацевтические субстанции и могут заменить их более дешевыми химическими веществами, которые являются безопасными для здоровья потребителей, но могут не обладать качеством и свойствами фармацевтической субстанции. Кроме того, как указано выше, количество действующего вещества в БАДах отличается от количества вещества в лекарственном препарате, что также снижает его себестоимость.

Используя сходную упаковку, производитель БАДа пытается создать впечатление о тождественности лекарственного препарата и биологически активной добавки к пище. Соответственно, используя сходную с лекарственным препаратом упаковку, производитель БАДа фактически осуществляет действия не на своем товарном рынке, а на товарном рынке лекарственных препаратов Российской Федерации, перетягивая потребительский спрос от лекарственных препаратов, обладающих определенными свойствами и гарантирующих соответствующий лечебный эффект, к БАДам, отличающимся количественным составом, не имеющим подтвержденных качественных характеристик и, как следствие, не могущим гарантировать ожидаемый лечебный эффект.

Вместе с тем, на товарном рынке биологически активных добавок к пище для улучшения пищеварения присутствуют производители, которые не используют при производстве БАДов упаковки, являющиеся сходными с упаковкой лекарственного препарата, а именно:

- «Ферментин» производства ООО «Нью Медика», свидетельство о государственной регистрации RU.77.99.11.003.E.045756.09.11 от 16.09.2011;

- «Пекто» производства ООО Научно-производственная фирма «ПЕКТО», свидетельство о государственной регистрации RU.77.99.88.003.E.004904.03.15 от 20.03.2015;

- «Селенохел» производства ООО «В-МИН+», свидетельство о государственной регистрации RU.77.99.11.003.E.002393.02.15 от 06.02.2015;

- «Эвэнзим» производства ЗАО «Эвалар», свидетельство о государственной регистрации RU.77.99.88.003.E.002678.02.15 от 05.02.2015;

- «Комплекс ферментов плюс» производства компании Арт Лайф, свидетельство о государственной регистрации 77.99.23. 3.У.1045.2.05 от 08.02.2005 и.т.д.

Кроме того, вопрос о добросовестности действий по введению в оборот БАДа «Ферментозим» в упаковке, сходной с упаковкой лекарственного средства «Мезим», также был вынесен на заседание Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе.

Согласно пункту III Протокола от 20.12.2018 № 3 заседания Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе в результате обсуждения Экспертный совет пришел к следующим выводам:

1. Принять к сведению различную природу товаров - биологически активная добавка и лекарственное средство, однако отметить их сходное назначение.

2. Отметить сходство цветового и композиционного решения упаковок БАДа «Ферментозим форте» и лекарственного средства «Мезим форте», в том числе с учетом использования слова «форте», волнистой линии, разделяющей упаковки горизонтально, стилизованного изображения желудка, изображения «галочки» на обоих товарах.

3. Согласиться с тем, что наличие такого сходства упаковок связано с целеполаганием производителя БАДа «Ферментозим форте» создать впечатление у потребителей об отнесении данного товара к лекарственному средству «Мезим форте».

4. Признать недобросовестным поведение производителя БАДа «Ферментозим форте» по введению в оборот биологически активной добавки в упаковке, сходной по композиционному и цветовому решению с упаковкой лекарственного средства «Мезим форте».

Таким образом, действия ООО «Квадрат-С» направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности по сравнению с другими хозяйствующими субъектами-конкурентами, производящими биологически активные добавки к пище для улучшения

пищеварения, но не использующими упаковки, сходные с упаковкой лекарственного препарата, а также способны причинить убытки хозяйствующим субъектам-конкурентам.

В соответствии с частью 2 статьи 39.1 Закона «О защите конкуренции» в случае выявления в действиях лица признаков нарушения, в том числе статьи 14.8 Закона «О защите конкуренции», указанным лицам выдается предупреждение. Принятие антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении указанного запрета без вынесения предупреждения и до завершения срока его выполнения не допускается.

В связи с изложенным и на основании статьи 39.1 Закона «О защите конкуренции» ФАС России письмом <..> ООО «Квадрат-С» было выдано предупреждение о необходимости прекращения указанных действий путем прекращения использования упаковки, сходной с упаковкой лекарственного препарата «Мезим форте», в течение 30 дней с момента получения.

О выполнении предупреждения ООО «Квадрат-С» необходимо было сообщить в ФАС России в течение трех дней со дня окончания срока, установленного для его выполнения.

Письмом <...> Ответчик сообщил о том, что не осуществляет действий (бездействия), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции и (или) ущемлению интересов Берлин-Хеми АГ в сфере предпринимательской деятельности. Ответчик производит отечественными ресурсами качественную биологически активную добавку к пище «Ферментозим форте», которую потребители могут использовать только в качестве дополнительного источника пищеварительных ферментов и биотина, а не лекарственного препарата.

Вместе с тем, производство биологически активной добавки «Ферментозим форте» осуществляется Ответчиком в упаковке, отличной от упаковки лекарственного препарата «Мезим форте» производства Берлин-Хеми АГ (Германия), а именно: различаются размер упаковок вне зависимости от количества таблеток внутри, качество материала, из которого изготовлены упаковки, его плотность и цветовое решение, размещение элементов, исполнение словесных элементов, смысловая нагрузка и звучание названий.

Кроме того, информация о производителе биологически активной добавки «Ферментозим форте» указана на упаковке биологически активной добавки и крупными буквами с логотипом на блистере биологически активной добавки.

Таким образом, по состоянию на 09.04.2019 предупреждение ФАС России <...> ООО «Квадрат-С» не исполнено.

На основании изложенного был издан приказ ФАС России от 02.04.2019 № 404/19 о возбуждении дела и создании Комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения ООО «Квадрат-С» (ОГРН 1107746643696, ИНН 7718816479, адрес: 107143, г. Москва, 2-й Иртышский проезд, д. 4Б, стр. 5) статьи 14.8 Закона «О защите конкуренции».

ООО «Квадрат-С» были представлены письменные пояснения, из которых следует, что упаковка производимого ООО «Квадрат-С» БАД «Ферментозим форте» и упаковка лекарственного средства «Мезим форте» производства компании «Берлин-Хеми АГ» имеют ряд существенных отличий.

В подтверждение своих доводов ООО «Квадрат-С» представлено в материалы дела заключение лаборатории социологической экспертизы Федерального социологического центра РАН № 135-2019 от 14.05.2019 по результатам социологического опроса, проведенного с «06» мая 2018 года по «13» мая 2019 года среди совершеннолетних жителей Российской Федерации- потребителей средств для пищеварения.

Согласно заключению подавляющее большинство потребителей (96%) могут отличить упаковку средства «Ферментозим» и упаковку средства «Мезим» друг от друга. Доля тех потребителей, которые не различают тестируемые упаковки и при этом могли бы спутать их при покупке, составляет всего 1% от всей совокупности опрошенных. Остальные 98% (не считая 1% отказавшихся от ответа) однозначно отличают тестируемые упаковки и исключают возможность путаницы между ними при покупке. Подавляющее большинство опрошенных (89%) верно понимают, что в настоящее время средства для пищеварения в зеленой упаковке реализуются разными компаниями, и у средств в упаковках «Мезим» и «Ферментозим» разные производители. Доля опрошенных, которые считают, что средства для пищеварения в зеленой упаковке реализуются всего одной компанией и при этом предполагают единое коммерческое происхождение средств в тестируемых упаковках, составляет всего 7% от всей совокупности опрошенных.

С учетом постановления Президиума ВАС РФ от 18.07.2006 № 2979/06, полученные данные в сумме свидетельствуют об отсутствии на сегодняшний день факта использования на упаковке средства для пищеварения «Ферментозим» обозначений, сходных до степени смешения или создающих вероятность смешения с упаковкой средства для пищеварения «Мезим».

В настоящее время подавляющее большинство опрошенных (85%) считают, что бело-зеленую упаковку с изображением органов пищеварительного тракта (желудка, кишечника и др.) для производства средств для пищеварения могут использовать разные, никак не связанные друг с другом компании. Кроме того, подавляющее большинство респондентов (83%) придерживаются мнения, что упаковка с вышеописанным дизайном не принадлежит только какой-то одной компании, выпускающей средства для пищеварения. Подавляющее большинство потребителей (87%) ответили, что не могут по указанному дизайну упаковки определить компанию, которая выпускает в ней средства для пищеварения. Полученный результат говорит об отсутствии на сегодняшний день у бело¬зеленого дизайна упаковки с изображением органов пищеварительного тракта (желудка, кишечника и др.) различительной способности для своего класса товаров.

Определением от 27.06.2019 к участию в рассмотрении дела в качестве заинтересованного лица был привлечен хозяйствующий субъект, на имя которого выдано регистрационное удостоверение на лекарственный препарат «Мезим форте» - ЗАО «Берлин-Фарма».

ЗАО «Берлин-Фарма» представило письменные пояснения, из которых следует, что сравниваемые этикетки (упаковки) имеют высокую степень сходства, товар, размещенный в упаковках, является практически идентичным, и, следовательно, высока вероятность смешения товаров и их производителей на рынке, а также введения потребителей в заблуждение.

В подтверждение указанных доводов ЗАО «Берлин-Фарма» были приобщен в материалы дела аналитический отчет по итогам социологического опроса потребителей России «Характер сравнительного восприятия художественно-конструкторского решения упаковок препаратов «Мезим» и «Ферментозим» среди потребителей России» от 2019 года, выполненного компанией «Аналитическая социология», результаты социологического опроса, выполненного ВЦИОМ «Мнение респондентов о сходстве/различии упаковок двух препаратов - лекарственного средства «Мезим» компании Берлин-Хеми и БАД «Ферментозим» производства ООО «Квадрат-С», а также возможности введения потребителей в заблуждение относительно их производителей» от 2019 года и заключение семиотического и коммуникативно-психологического исследования упаковок «Мезим форте» и «Ферментозим форте», выполненного профессором кафедры маркетинговых коммуникаций НИУ ВШЭ г-жи Ю.К. Пироговой.

Таким образом, по мнению ЗАО «Берлин-Фарма», результаты двух социологических опросов подтвердили высокую степень известности

препарата «Мезим форте», а также смешение на практике потребителями продукции ООО «Квадрат-С» и ЗАО «Берлин-Фарма» в результате введения в гражданский оборот БАД «Ферментозим форте» в упаковке, сходной с упаковкой «Мезим форте».

ЗАО «Берлин-Фарма» также отметило, что на рассмотрении Арбитражного суда г. Москвы находится дело № А40-303459/2018 по исковому заявлению компании «Берлин-Хеми АГ» о пресечении нарушения исключительных прав на товарные знаки компании ООО «Квадрат-С» путём введения в гражданский оборот на территории Российской Федерации препарата под названием «Ферментозим» в упаковке, сходной до степени смешения с упаковкой препарата «Мезим», что нарушает исключительные права на серию товарных знаков компании «Берлин-Хеми АГ».

Определением <...> о приостановлении рассмотрения дела № 08/01/14.8-20/2019 о нарушении антимонопольного законодательства указанное дело было приостановлено до принятия судебного акта по делу № А40-303459/2018.

ФАС России стало известно, что Арбитражным судом города Москвы 30.10.2019 было принято решение по делу № А40-303459/2018. Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.02.2019 решение Арбитражного суда города Москвы от 30.10.2019 по делу № А40-303459/2018 было оставлено без изменения.

Определением <...> о возобновлении рассмотрения дела № 08/01/14.8-20/2019 о нарушении антимонопольного законодательства указанное дело было возобновлено.

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 9 статьи 4 Закона «О защите конкуренции» недобросовестная конкуренция - любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой

репутации.

Статьей 14.8 Закона «О защите конкуренции» установлен запрет на иные формы недобросовестной конкуренции наряду с предусмотренными статьями 14.1-14.7 Закона «О защите конкуренции».

Проанализировав имеющиеся в материалах дела № 08/01/14.8-20/2019 о нарушении антимонопольного законодательства доказательства и установленные по делу обстоятельства, Комиссия ФАС России пришла к следующим выводам.

ЗАО «Берлин-Фарма» заявлено, а Комиссией ФАС России установлено, что правообладатель (Компания «Берлин-Хеми АГ») обратился в Арбитражный суд г. Москвы с иском к Ответчику со следующими требованиями, а именно:

- запретить ООО «Квадрат-С» использовать путем производства, упаковки, хранения, предложения к продаже и продаже товара на территории Российской Федерации упаковки для биологически активной добавки «Ферментозим форте», сходную до степени смешения с товарными знаками истца по свидетельствам №№ 189455, 248463, 260236, входящих в серию товарных знаков;
- обязать ООО «Квадрат-С» изъять из оборота и уничтожить за свой счет продукцию, упакованную в упаковку, сходную до степени смешения с товарными знаками истца по свидетельствам №№ 189455, 248463, 260236, входящими в серию товарных знаков.

30.10.2019 Арбитражный суд г. Москвы принял решение об отказе Компании «Берлин-Хеми АГ» в удовлетворении заявленных требованиях в полном объеме.

Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.02.2020 решение Арбитражного суда города Москвы от 30.10.2019 по делу № А40-303459/2018 было оставлено без изменения. Постановлением Суда по интеллектуальным правам от 31.07.2020 решение Арбитражного суда города Москвы от 30.10.2019 по делу № А40-303459/19 и постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.02.2020 по тому же делу оставлены без изменения, кассационная жалоба компании «Берлин-Хеми АГ» без удовлетворения.

При этом судом установлено, что Ответчик является правообладателем словесного товарного знака «Ферментозим» по свидетельству № 651948 от 13.04.2018 с датой приоритета от 10.07.2017 в отношении товаров 05 класса МКТУ. Также во время рассмотрения дела судом на имя Ответчика был зарегистрирован комбинированный товарный знак по

свидетельству № 726458 от 06.09.2019 с датой приоритета от 07.05.2019 в отношении товаров 05 класса МКТУ.

Правовая охрана товарным знакам по свидетельствам №№ 651948, 726458 в настоящее время действует. Доказательства обратного отсутствуют.

При этом принадлежащий Ответчику товарный знак и внешний вид производимой им упаковки полностью совпадают (общая композиция, сочетание цветов, изображения желудочка, галочки в круге, надпись «Ферментозим» и ее расположение относительно других изобразительных элементов).

Кроме того, суд отметил, что компанией «Берлин-Хеми АГ» не представлено относимых и допустимых доказательств, свидетельствующих о наличии в действиях ответчика признаков недобросовестной конкуренции.

Суд также указал, что из анализа противопоставленных упаковок, используемых компанией «Берлин-Хеми АГ» и Ответчиком, с очевидностью следует, что упаковки Ответчика, не могут быть признаны сходными до степени смешения с упаковкам компании «Берлин-Хеми АГ», поскольку наличие различных элементов, в том числе доминирующего элемента «Ферментозим» полностью исключает возможность смешения данных товаров потребителем, а равно возможность возникновения у потребителя впечатления принадлежности спорных товаров Заявителю.

Таким образом, отсутствие нарушения антимонопольного законодательства в действиях Ответчика установлено вступившим в законную силу решением суда.

В свою очередь, отсутствие сходства между упаковками продукции компании «Берлин-Хеми АГ» и ООО «Квадрат-С» также подтверждается наличием государственной регистрации товарных знаков, предоставляющих правовую охрану комбинированным обозначениям, превалирующим в оформлении упаковок противопоставленных товаров.

Исходя из изложенного, Комиссия ФАС России приходит к выводу об отсутствии в материалах дела доказательств наличия в действиях ООО «Квадрат-С» признаков, позволяющих квалифицировать их в качестве нарушающих запрет, установленный статьей 14.8 Закона «О защите конкуренции».

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 48 Закона «О защите конкуренции» Комиссия прекращает рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства в случае отсутствия нарушения

антимонопольного законодательства в рассматриваемых комиссией действиях (бездействии).

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 48, частью 1 статьи 49 Закона «О защите конкуренции», Комиссия ФАС России

Р Е Ш И Л А:

Рассмотрение дела № 08/01/14.8-20/2019 о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ООО «Квадрат-С» (ОГРН 1107746643696, ИНН 7718816479, адрес: 107143, г. Москва, 2-й Иртышский проезд, д. 4Б, стр. 5) прекратить в связи с отсутствием в действиях ООО «Квадрат-С» (ОГРН 1107746643696, ИНН 7718816479, адрес: 107143, г. Москва, 2-й Иртышский проезд, д. 4Б, стр. 5) нарушения антимонопольного законодательства.