

## РЕШЕНИЕ

по делу № 077/01/14.6-352/2022

о нарушении антимонопольного законодательства

Резолютивная часть оглашена «31» мая 2022 года

г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дела № 077/01/14.6-352/2022 о нарушении антимонопольного законодательства Российской Федерации (далее — Комиссия Московского УФАС России) в составе:

председателя Комиссии: <...>ой,

членов Комиссии: <...>ой, <...>ой, <...>ой,

рассмотрев дело № 077/01/14.6-352/2022, возбужденное ООО «Биг» (адрес: 108830, г. Москва, пос. Вороновское, квартал 830, влад. 8б, стр. 5, ОГРН 1177746779650, ИНН 7751057596, КПП 775101001) пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135 ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), выразившегося во введении в гражданский оборот ООО «Биг» средств для интимной гигиены «Lactomed» с оформлением упаковок, сходным до степени смешения с упаковками средств для интимной гигиены заявителя «Lactacyd»,

в присутствии представителей ООО «Зенитва Фарма» в лице <...>, <...> (по доверенности № б/н от 01.01.2022), ООО «Биг» в лице <...> (по доверенности № 224-д от 15.02.2022),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/01/14.6-352/2022 о нарушении антимонопольного законодательства возбуждено на основании заявления ООО «Зенитва Фарма» (далее также — заявитель) относительно наличия в действиях ООО «Биг» (далее также — ответчик) признаков нарушения пункта 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции, выразившегося во введении в гражданский оборот ООО «Биг» средств для интимной гигиены «Lactomed» с оформлением упаковок, сходным до степени смешения с

упаковками средств для интимной гигиены заявителя «Lactacyd».

31.03.2022 Комиссией Управления было принято заключение об обстоятельствах дела, в котором были установлены следующие обстоятельства дела, в том числе обстоятельства, установленные в ходе проведенного антимонопольным органом анализа состояния конкуренции.

В соответствии с пунктом 7 статьи 4 Закона о защите конкуренции конкуренцией является соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Согласно пункту 5 статьи 4 Закона о защите конкуренции под хозяйствующим субъектом понимается коммерческая организация, некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации.

Пунктом 4 статьи 4 Закона о защите конкуренции установлено, что товарным рынком является сфера обращения товара, который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами.

Согласно части 5.1 статьи 45 Закона о защите конкуренции при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

В соответствии с пунктом 1.3 Приказа ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» (далее — Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке) по делам, возбужденным по признакам нарушения статей 14.1 - 14.8 Закона о защите конкуренции, анализ состояния конкуренции на товарном рынке проводится с особенностями, установленными пунктом 10.6 настоящего Порядка.

Согласно пункту 10.6 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке по делам, возбужденным по признакам нарушения статей 14.1 — 14.8 Закона о защите конкуренции, анализ состояния конкуренции на товарном рынке включает следующие этапы:

- а) определение временного интервала исследования товарного рынка;
- б) определение продуктовых границ товарного рынка;
- в) определение географических границ товарного рынка;
- г) определение состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, в объеме установления фактических конкурентных отношений между хозяйствующим субъектом, в действиях (бездействии) которого обнаружены признаки недобросовестной конкуренции, и хозяйствующим субъектом, которому указанными действиями (бездействием) причинены или могут быть причинены убытки либо нанесен или может быть нанесен вред его деловой репутации.

Комиссией Московского УФАС России установлены следующие обстоятельства.

ООО «Зентива Фарма» (адрес: 127055, г Москва, ул. Новослободская, д. 31, стр. 4, пом. VI) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 22.12.2014 за основным государственным регистрационным номером 1147748135590, ИНН 7707202163, КПП 770701001.

ООО «Зентива Фарма» осуществляет основной вид деятельности по торговле оптовая фармацевтической продукцией (код ОКВЭД 46.46), дополнительные виды деятельности: производство парфюмерных и косметических средств (код ОКВЭД 20.42), торговля оптовая парфюмерными и косметическими товарами (код ОКВЭД 46.45) и др.

Факт осуществления деятельности по торговле оптовая фармацевтической продукцией подтверждается представленной ООО «Зентива Фарма» выпиской из Единого государственного реестра юридических лиц (далее — ЕГРЮЛ), информацией, размещенной в открытых источниках в сети Интернет, в том числе на сайте в сети Интернет <https://lactacyd.ru>, [ozon.ru](https://ozon.ru), [wildberries.ru](https://wildberries.ru), а также договорами:

- договор поставки № С-26109 от 07.06.2018, заключенный между заявителем и ООО «Лента» на поставку продукции Лактацид в торговые комплексы Лента;
- договор поставки № 14001 от 01.05.2018, заключенный между

заявителем и ООО «Ашан» на поставку продукции Лактацид в торговые комплексы ашан;

- дополнительно соглашение № 1/2021 к договору № 04/2016 на оказание маркетинговых услуг (выкладка товаров в аптечной сети Ригла);
- договор поставки № 46457 от 01.07.2019, заключенный между заявителем и ООО «Метро кэш энд керри» на поставку продукции Лактацид в торговые комплексы Метро.

ООО «Биг» (адрес: 108830, г. Москва, пос. Вороновское, квартал 830, влад. 8б, стр. 5) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в ЕГРЮЛ 25.07.2017 за основным государственным регистрационным номером 1177746779650, ИНН 7751057596, КПП 775101001.

Основным видом деятельности ООО «Биг» является деятельность по производству парфюмерных и косметических средств (код ОКВЭД 20.42). Дополнительным видом деятельности являются: производство мыла и моющих, чистящих и полирующих средств (код ОКВЭД 20.41), торговля оптовая парфюмерными и косметическими товарами (код ОКВЭД 46.45), торговля розничная косметическими и товарами личной гигиены в специализированных магазинах (код ОКВЭД 45.75).

Факт осуществления деятельности по торговле оптовая фармацевтической продукцией подтверждается представленной ООО «Зентива Фарма» выпиской из ЕГРЮЛ, информацией, размещенной в открытых источниках в сети Интернет, в том числе на сайте в сети Интернет <https://lactomed.ru>, [www.big.com](http://www.big.com), [ozon.ru](http://ozon.ru), [wildberries.ru](http://wildberries.ru), а также договорами:

- договор купли-продажи № БИГ-000438 от 19.12.2017, заключенный между ООО «Биг» и ИП Беспаловой Л.В. на поставку косметических средств, в том числе геля Лактомед;
- договор купли-продажи № БИГ-000437 от 19.12.2017, заключенный между ООО «Биг» и ООО «Макшел-КМВ» на поставку косметических средств, в том числе геля Лактомед;
- договор купли-продажи № БИГ-000092 от 29.01.2018, заключенный между ООО «Биг» и ООО «Аленфарма» на поставку косметических средств, в том числе геля Лактомед;
- договор купли-продажи № БИГ-001251 от 03.02.2021, заключенный между ООО «Биг» и ООО «Триумф плаза» на поставку косметических средств, в том числе геля Лактомед.

Резюмируя изложенное, ООО «Зентива Фарма» и ООО «Биг» являются конкурентами, осуществляющими аналогичную хозяйственную деятельность на рынке парфюмерных и косметических товаров.

Сведения о прекращении фактической деятельности ООО «Биг» отсутствуют, ответчик осуществляет деятельность по производству и реализации парфюмерных и косметических товаров по настоящее время.

Согласно пунктам 2.1 и 2.2 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке временной интервал исследования товарного рынка определяется в зависимости от цели исследования, особенностей товарного рынка и доступности информации. В случае, если исследование ограничивается изучением характеристик рассматриваемого товарного рынка, которые сложились до момента проведения исследования, то проводится ретроспективный анализ состояния конкуренции на товарном рынке.

Имеются достаточные основания полагать, что реализация средства для интимной гигиены «Lastomed» осуществлялась ООО «Биг» в период с 26.03.2020, что было сообщено ответчиком в письменных пояснениях.

Таким образом, временной интервал определен с 26.03.2020 по настоящее время.

Пунктом 4 статьи 4 Закона о защите конкуренции установлено, что товарным рынком является сфера обращения товара, который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами.

Согласно пункту 1 статьи 4 Закона о защите конкуренции под товаром понимается объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В силу подпункта «б» пункта 10.6 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке определение продуктовых границ товарного рынка может производиться исходя из предмета договоров, заключаемых хозяйствующим субъектом (в том числе в отношении которого поданы в антимонопольный орган заявления, материалы) по поводу товара, предлагаемого им к продаже.

В целях настоящего анализа определение продуктовых границ

товарного рынка производится исходя из кодов ОКВЭД, открытых данных в сети Интернет, а также представленных сторонами по делу документов и сведений.

Таким образом, учитывая имеющиеся фактические обстоятельства, Комиссия считает обоснованным определять продуктовыми границами анализируемого товарного рынка деятельность по реализации парфюмерных и косметических товаров.

Географические границы обуславливаются экономическими, технологическими, административными барьерами, ограничивающими возможность потребителей воспользоваться товарами (работами, услугами) на рассматриваемой территории, и устанавливаются на территории, на которой потребители из выделенной группы имеют экономическую возможность воспользоваться рассматриваемыми услугами.

Согласно представленным материалам деятельность ООО «Зентива Фарма» и ООО «Биг» осуществляется на территории Российской Федерации, в том числе г. Москвы.

Необходимо отметить, что отсутствуют какие-либо правовые основания или объективные данные для выделения или ограничения географических границ пределами более узко, чем населенный пункт, что по сути противоречит также и подпункту «а» пункта 4.2 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке.

Таким образом, географическими границами анализируемого товарного рынка является территория Российской Федерации.

Московским УФАС России в ФАС России был направлен запрос № ИГ/23698/22, в котором Управление просило Центральный аппарат ФАС России поручить Московскому УФАС России рассмотреть дело о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ООО «Биг».

В ответ на указанный запрос ФАС России письмом № КТ/85228/22 наделило Московское УФАС России полномочиями на рассмотрение дела № 077/01/14.6-352/2022 о нарушении антимонопольного законодательства, возбужденного по заявлению ООО «Зентива Фарма» в отношении ООО «Биг».

Таким образом, Комиссия установила, что рассмотрение указанного дела подведомственно Московскому УФАС России.

Согласно пункту 5 статьи 4 Закона о защите конкуренции под хозяйствующим субъектом понимается коммерческая организация,

некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации.

В соответствии с пунктом 7 статьи 4 Закона о защите конкуренции конкуренцией является соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

В силу подпункта 2 пункта 10.6 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке для целей настоящего анализа определение состава хозяйствующих субъектов, действующих на одном товарном рынке, производится в объеме, необходимом для установления фактических конкурентных отношений между хозяйствующими субъектами, в действиях (бездействии) которого обнаружены признаки недобросовестной конкуренции, и хозяйствующим субъектом, которому указанными действиями (бездействием) причинены или могут быть причинены убытки либо нанесен или может быть нанесен вред его деловой репутации.

Лицом, в действиях (бездействии) которого обнаружены признаки недобросовестной конкуренции, является ООО «Биг»; лицом, которому указанными действиями (бездействием) причинены или могут быть причинены убытки, является ООО «Зентива Фарма».

Конкурентные отношения между субъектами обосновываются как вышеизложенными доводами, так и фактическим нахождением на одном товарном рынке в одно и то же время.

Таким образом, в состав хозяйствующих субъектов, действующих на анализируемом товарном рынке, входят ООО «Зентива Фарма», ООО «Биг».

Исходя из материалов дела, Комиссией Московского УФАС России установлены следующие обстоятельства.

В соответствии с пунктом 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции недобросовестной конкуренцией являются 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.

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.

При этом в силу статьи 4 Закона о защите конкуренции под товаром понимается любой объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенная для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Специфика нарушения статьи 14.6 Закона о защите конкуренции выражается в том, что в случае если действия хозяйствующего субъекта создают возможность смешения его товара с товаром конкурента, то в результате такого смешения потребитель при приобретении товара ошибочно принимает новый товар за давно ему известный, ориентируясь на знакомый ему внешний вид, либо даже воспринимает его как этот же.

Заявитель и ответчик реализуют товар — гель для интимной гигиены женщин в упаковке, состоящей из флакона, помещенного в картонную коробку.

Заявитель реализует на территории Российской Федерации средства для интимной гигиены женщин под названием «Lactacyd», линейка которых представлена следующими видами:

«MOISTURIZING увлажняющее средство для интимной гигиены»,

«SENSITIVE экстрамягкое средство для чувствительной кожи»,

«FRESH освежающее средство для интимной гигиены».

Московским УФАС России установлено, что упаковка товаров

«Lactacyd» выполнена в едином стиле — сочетание белого цвета упаковки с различным цветовым решением для деталей в зависимости от серии косметического средства.

Так для упаковки товара серии «SENSITIVE» характерна светло-розовая гамма цветов, серии «FRESH» - светло-зеленая гамма, серии «MOISTURIZING» - синяя гамма.

Все три упаковки выполнены с включением в ее верхнюю часть названия бренда «LACTACYD», в котором буква «Y» выполнена отличающимся от других букв шрифтом и в цвете, соответствующем серии товара. Также отличительной особенностью выполнения упаковки является наличие в ее левой части бутона цветка — тюльпана, выполненного в цвете серии товара.

ООО «Биг» реализует на территории Российской Федерации и за ее пределами средства для интимной гигиены женщин под названием «Lactomed», линейка которых представлена следующими видами:

«Нежный уход за чувствительной кожей»,

«Длительное чувство комфорта»,

«Деликатный ежедневный уход».

Также ООО «Биг» принадлежит товарный знак по свидетельству № 769363, зарегистрированный 03.08.2020 (дата приоритета 05.02.2020):

Московским УФАС России установлено, что упаковка товаров «Lactomed» выполнена в едином стиле — сочетание белого цвета упаковки с различным цветовым решением для деталей в зависимости от серии косметического средства.

Так для упаковки товара серии «Нежный уход за чувствительной кожей» характерна светло-розовая гамма цветов, серии «Длительное чувство комфорта» - светло-зеленая гамма, серии «Деликатный ежедневный уход» - синяя гамма.

Все три упаковки выполнены с включением в ее верхнюю часть изображения товарного знака «Lactomed», при этом в светло-розовую серию упаковки товарный знак изображен в неизменном виде, в остальных словесная часть «LACTO» выполнена цветом, соответствующем серии товара. Также отличительной особенностью выполнения упаковки является наличие в ее правой части полураскрытого бутона цветка, выполненного в цвете серии товара.

Из материалов установлено, что дизайн упаковки товаров «Lactomed» для ООО «Биг» разработал ИП Гаранкин А.В. на основании дополнительного соглашения № 6 от 25.10.2019 к договору № 1 ТЛ-АГ/2018 и акта № 18 от 16.12.2019. В натуральном напечатанном виде ООО «Биг» получило упаковки от АО «ВМС-Принт» на основании Заказа-Спецификации № 21 от 26.02.2020 (в рамках договора поставки № 19/09-17 от 19.07.2017).

При этом, датой реализации товара «Lactomed» ООО «Биг» обозначило 26.03.2020. В то время как заявитель начал реализовывать свою продукцию «Lactasud» гораздо раньше, как минимум с июня 2018 года.

ООО «Биг» в письменных пояснениях сообщает, что оно как юридическое лицо было зарегистрировано 25.07.2017, то есть за год до введения товара в оборот заявителем; является правообладателем товарных знаков по свидетельствам № 677353 (Lactomed), № 714777 (Лактомед), № 769363 (см. выше), в связи с чем правомерно использует на упаковках обозначение «Lactomed». Также ответчик обратил внимание, что заявка на регистрацию товарного знака № 677353 была подана 24.12.2017, то есть задолго до введения товара в оборот заявителем.

Также ответчик сообщил, что одним из учредителей Общества — Бобковым Г.В. получен патент на изобретение № 2499406 «Композиция для производства косметических продуктов и способ ее производства» (дата приоритета 05.04.2012), которое используется ответчиком в том числе в целях производства отдельных видов продукции, включая средство линейки «Lactomed».

В свою очередь, Комиссия установила, что в настоящем случае предметом рассмотрения является не законность регистрации и использования ответчиком принадлежащих ему средств индивидуализации, а выбор внешнего оформления упаковок реализуемого товара.

Оценивая зарегистрированные ответчиком средства индивидуализации, Комиссия приходит к выводу, что они определяют лишь название косметического средства и какого-либо решающего значения в части внешнего оформления упаковки косметического геля не имеют. Относительно зарегистрированного изобретения Комиссия установила, что оно определяет состав косметической продукции и с дизайном внешнего вида товара также никак не связано.

В этой связи, доводы ответчика в части сроков регистрации товарных знаков и патента на изобретение к существу дела не относятся.

Также в письменных пояснениях ответчик отклоняет ссылку заявителя на товарный знак по свидетельству № 057321 «Лактацид», поскольку данный товарный знак прекратил свое действие 04.04.2008, к тому же его правообладателем было другое лицо.

В свою очередь, Комиссия установила, что в рассматриваемом деле вопрос законности использования обозначений «Lactacyd» и «Lactomed» как таковых не рассматривается, в том числе факт наличия товарного знака по свидетельству № 057321 в прошлом при рассмотрении дела не учитывается.

Комиссия обращает внимание, что товарный знак ответчика по свидетельству № 769363 выполнен с использованием розового и серого цвета, что характерно для товара ответчика серии «Нежный уход за чувствительной кожей». При этом, на упаковке товаров ответчика серии «Длительное чувство комфорта» и «Деликатный ежедневный уход» часть словесного товарного знака «LACTO» выполнена в иных цветах: светло-зеленом и синем.

В ответ на заключение об обстоятельствах дела ООО «Биг» сообщило, что упаковка товара «Нежный уход за чувствительной кожей», на которую нанесен товарный знак по свидетельству № 769363, свидетельствует о легальном использовании ответчиком упаковки и, как минимум, должен сравниваться с упаковкой заявителя без учета названия «Lactomed», а, как максимум, является основанием не признавать нарушение антимонопольного законодательства в отношении упаковки конкретно данного товара из всей линейки товаров.

В свою очередь, Комиссия установила, что в данном случае при сравнении продукции заявителя и ответчика учитываются детали внешнего вида товара в совокупности: название, надписи, изображение бутона цветка, форма флакона, цветовая гамма упаковок и др.

В этой связи, исключение товарного знака по свидетельству № 769363 из упаковки товаров серии «Нежный уход за чувствительной кожей» не позволяет с безусловностью сделать вывод, что признаки смешения с товарами ответчика с товарами «Lactacyd» будут отсутствовать.

При этом, в данном случае Комиссия обращает внимание, что использование товарного знака на упаковке средства «Lactomed» серии «Нежный уход за чувствительной кожей» композиционно было выполнено таким же образом, как и у товара «Lactacyd» — в верхней части упаковки. В этой связи имеет значение оценка именно способа использования товарного знака по свидетельству № 769363, который мог быть помещен ответчиком на другую часть упаковки, выполнен другим размером и т.д.

Каких-либо доказательств в данной части, кроме письменной позиции, ответчиком не представлено.

В ответ на заключение об обстоятельствах дела ответчиком представлены письменные возражения, в которых он повторно утверждает, что на рынке косметических товаров, в частности гелей для интимной гигиены женщин, имеется широкий ассортимент товаров, который тем либо иным образом имеет с упаковками товаров заявителя и ответчика сходные элементы. Ответчик утверждает, что подобное оформление косметических средств является трендом, и цветовое исполнение товаров обусловлено восприятием потребителей: характеристика нежности ассоциируется с розовым цветом, свежести — с зеленым цветом, очищения — с синим цветом.

Между тем, как уже было отмечено в заключении об обстоятельствах дела, доводы ответчика не доказывают добросовестности его действий при выборе дизайна собственной продукции «Lactomed». Кроме того, из представленных в материалы дела доказательств следует, что несмотря на наличие определенных цветовых и фигурных трендов для оформления упаковок косметической продукции для женщин, производители находят способ оригинальным образом выделить свой товар среди других однородных, использовать отличающиеся элементы и визуальные характеристики упаковок.

Заявителем в материалы дела представлены документы и сведения, которые, по его мнению, доказывают широкое использование косметического средства «Lactacyd» в фирменной упаковке.

Заявителем представлены свидетельства о государственной регистрации в отношении Лактацид Фемина Фреш (от 15.02.2013), Лактацид Увлажняющий (от 23.12.2013), Лактацид для чувствительной кожи (от 23.12.2013, от 20.07.2016), Лактацид увлажняющий (от 20.07.2016), договор № 1 от 30.04.2013 с Общероссийской общественной организацией «Российское общество акушеров-гинекологов», заключенный ООО «Биттнер Фарма». Также заявителем представлены сведения об оценке бренда «Lactacyd», в частности по данным компании «Николас Холл» 2019 год, компании IQVIA 2021 год; сведения о выборе потребителями в 2015 и 2018 годах данного товара как товара года (по данным сайта в сети Интернет [www.tovargoda.ru](http://www.tovargoda.ru)); информацию о получении премии SmartPharma awards 2020.

В ответ на заключение об обстоятельствах дела ответчик возражал о признании вышеуказанных сведений, а именно данные «Николас Холл» за 2019 год, компании IQVIA за 2021 год, надлежащими доказательствами широкого введения заявителем в гражданский оборот продукции

«Lactacyd», поскольку представленные письма не содержат данных сами компаний «Николас Холл» и IQVIA, и были представлены заявителем, который заинтересован в исходе рассмотрения дела.

В свою очередь, Комиссия оценивает заявленные доводы ответчика критически ввиду следующего.

Согласно части 1 статьи 45.1 Закона о защите конкуренции Под доказательствами по делу о нарушении антимонопольного законодательства понимаются сведения о фактах, которые получены в установленном настоящим Федеральным законом порядке и на основании которых комиссия устанавливает наличие либо отсутствие нарушения антимонопольного законодательства, обоснованность доводов лиц, участвующих в деле, а также иные обстоятельства, имеющие значение для полного и всестороннего рассмотрения дела.

Данные «Николас Холл» за 2019 год, представленные заявителем, содержатся непосредственно в письме данной компании, которое датировано 01.04.2020 и подписано вице-президентом компании Селин Уоллер. Относительно данных компании IQVIA за 2021 год установлено, что они представлены заявителем в письме в составе письменных пояснений, датированы 22.02.2022 и подписаны руководителем отдела маркетинга Борисовым А.В.

Вышеуказанные документы надлежащим образом прошиты и заверены печатью организации, а также представлены с сопроводительным письмом ООО «Зентива Фарма», которое подписано генеральным директором компании, в связи с чем у Комиссии отсутствуют основания сомневаться в легитимности представленных документов.

При этом, каких-либо обоснованных контр-доводов, кроме несогласия с содержанием представленных писем, ответчиком не представлено.

Также ответчик обратил внимание на представленную заявителем фотографию полок розничного магазина, на одной из которых стоит товар заявителя, а на другой — товар ответчика. Ответчик считает, что данное доказательство не является достоверным и относимым, поскольку отсутствует возможность проверить достоверность и определить, в каком розничном магазине сделана фотография.

В свою очередь, Комиссия, изучив материалы дела, в том числе спорную фотографию, установила, что продажа товаров «Lactacyd» и «Lactomed» была зафиксирована в магазине «Улыбка радуги». Сама фотография заверена печатью организации и представлена с сопроводительным письмом ООО «Зентива Фарма», которое подписано генеральным директором компании, в связи с чем у Комиссии отсутствуют основания

сомневаться в легитимности представленных документов. Обратного ответчиком не доказано.

Также по мнению ответчика, указанные обстоятельства не доказывают причастность заявителя к реализации данного товара, равно как и свидетельства о государственной регистрации упомянутых товаров, по мнению ответчика, не могут быть признаны надлежащим доказательством введения продукции в гражданский оборот.

В свою очередь, Комиссией установлено, что представленный заявителем договор, а также свидетельства о государственной регистрации товаров являются надлежащим доказательством и вопреки доводам ответчика имеют связь с заявителем ввиду следующего.

Согласно открытым данным ЕГРЮЛ ООО «Биттнер Фарма» (ОГРН 1097746360271) имеет в составе учредителей ООО «Зентива Фарма», которое имеет долю участия в размере 99%.

Согласно пункту 1 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции группой лиц признается хозяйственное общество (товарищество, хозяйственное партнерство) и физическое лицо или юридическое лицо, если такое физическое лицо или такое юридическое лицо имеет в силу своего участия в этом хозяйственном обществе (товариществе, хозяйственном партнерстве) либо в соответствии с полномочиями, полученными, в том числе на основании письменного соглашения, от других лиц, более чем пятьдесят процентов общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли) в уставном (складочном) капитале этого хозяйственного общества (товарищества, хозяйственного партнерства).

В этой связи, Комиссия полагает обоснованным считать заявителя и ООО «Биттнер Фарма» группой лиц в понимании антимонопольного законодательства Российской Федерации.

При этом, из представленных документов следует, что свидетельства о государственной регистрации товаров выданы в пользу ООО «Биттнер Фарма», равно как и заключенный данным Обществом договор.

При этом, Комиссия соглашается с доводами ответчика в той части, что из представленных документов прямо не следует, что заявителем реализовывался товар «Lactasud» в том дизайне, копирование которого в рамках настоящего дела подлежит установлению.

В ответ на заключение об обстоятельствах дела ответчик поддержал ранее заявленную позицию в данной части и считает, что заявитель с 2013 года не входил в группу лиц с ООО «Биттнер Фарма», так как по данным ЕГРЮЛ являлся участником данной компании только с 2017 года.

Между тем, Комиссия установила, что ответчиком не были учтены обстоятельства, изложенные ниже по тексту.

В материалы дела заявителем представлены оригиналы каталогов продукции магазина Метро Кэш энд Керри № 23 от октября 2014 года, № 20 от сентября 2014 года, гипермаркета Глобус от апреля 2015 года, от сентября 2015 года, в которых размещены изображения косметических товаров «Lactacyd», в том числе линейки с розовой, зеленой и синей гаммой цвета, подтверждающие введение в гражданский оборот данной продукции с 2014 и 2015 года соответственно в том фирменном дизайне, в котором непосредственно заявитель реализует указанную продукцию с июня 2018 года.

При этом, то обстоятельство, что до июня 2018 года товар «Lactacyd» был реализован не организацией заявителя, во-первых, не отменяет то внешнее выполнение упаковки товара «Lactacyd», которое было симитировано в упаковке товара «Lactomed», во-вторых, только подтверждает, что на момент 2014 и 2015 годов товар «Lactacyd» находился в гражданском обороте в той упаковке, в которой продолжает продаваться по настоящее время, в том числе в тот период времени, когда ответчик начал вводить в гражданский оборот собственный товар «Lactomed».

Более того, в рассматриваемом деле спорные действия ответчика анализируются в конкретном временном интервале с 26.03.2020 по настоящее время, в котором ООО «Биг» осуществляет деятельность на одном товарном рынке с конкурентом ООО «Зентива Фарма». Обстоятельства, свидетельствующие о введении товара «Lactacyd» в гражданский оборот до указанных временных границ является дополнительным подтверждением того, что товар заявителя был оформлен в том виде, в котором продолжал реализовываться задолго до периода с 26.03.2020 по настоящее время.

Сходство оформления упаковок товаров заявителя и ответчика обусловлено наличием общей цветовой гаммы, расположения элементов (названия, описания, изображения бутона цветка), треугольнообразной формы флакона.

В материалах заявления представлено Исследование Фонда «ВЦИОМ», проведенного в мае-июне 2021 года (срок полевых работ: 1-6 июня 2021 года, опрос женщин в 15 крупных городах России с населением 1 млн человек и более, в совокупности 1300 человек).

Так респонденты считают упаковки «Lactacyd» и «Lactomed» схожими между собой по внешнему виду:

цветовая гамма упаковок (94%),

шрифты (85%),

формы упаковок (80%),

названий (79%),

надписей (75%),

графических элементов (75%).

Восемь из десяти респондентов (82%) считают, что упаковки схожи, несмотря на отдельные отличия.

В целях оценки внешнего вида упаковок косметических средств «Lactomed» и «Lactacyd» на предмет наличия акта недобросовестной конкуренции изображения упаковок указанных товаров 21.12.2021 были вынесены на обсуждение Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и антимонопольного законодательства в части недобросовестной конкуренции при Управлении Федеральной антимонопольной службы по г. Москве (далее — Экспертный совет), большинство членов которого высказались за то, что данные упаковки сходны до степени смешения (протокол доступен по ссылке <https://moscow.fas.gov.ru/protocol/18807>).

В рассматриваемом случае установлено, что ООО «Биг» начало осуществление деятельности по введению в гражданский оборот продукции «Lactomed» в данном оформлении с 26.03.2020, в то время как заявитель начал реализовывать свою продукцию «Lactacyd» гораздо раньше, как минимум с июня 2018 года.

Ответчик в ответ на заключение об обстоятельствах дела представил пояснения, согласно которым заявителем не было предоставлено доказательств наличия стойкой ассоциации у потребителей спорной продукции именно с заявителем, а равно недоказанности смешения товаров ответчика с товарами заявителя.

Также ответчиком представлено собственное мнение и видение дизайна продукции «Lactomed» и «Lactacyd», который, по мнению ответчика, различен по 11 критериям.

Согласно Письму ФАС России от 30.06.2017 № АК/44651/17 «О практике доказывания нарушений, квалифицируемых в соответствии с пунктом 2 статьи 14.6 «О защите конкуренции» констатация данной формы недобросовестной конкуренции предполагает установление следующих обстоятельств и отражение в решении факта копирования или имитации

предполагаемым нарушителем на упаковке, этикетке либо иных способах индивидуализации товара (бизнеса в целом) элементов оформления товара (фирменного стиля и т.п.) заявителя, с описанием непосредственно элементов дизайна (приемов оформления и т.п.), которые используются заявителем и копирование (имитация) которых осуществляется предполагаемым нарушителем.

Данное обстоятельство может быть установлено визуально должностными лицами антимонопольного органа в случае, если элементы дизайна скопированы полностью, однако в любом случае позиция должна подкрепляться более широкой выборкой лиц, оценивших наличие сходных (идентичных) элементов дизайна (фирменного стиля). Источником таких данных может служить прежде всего социологическое или маркетинговое исследование, где перед респондентами поставлен вопрос о наличии сходства товара в целом и/или отдельных его элементов.

Заявителем в материалы дела представлено Исследование Фонда «ВЦИОМ», проведенного в мае-июне 2021 года. Также вопрос смешения упаковок товаров заявителя и ответчика 21.12.2021 выносился на обсуждение Экспертного совета.

При этом, ответчик в материалы дела представил лишь собственную письменную позицию по спорному вопросу, в котором объяснимо занял позицию, что его товары с товарами заявителя не сходны до степени смешения, так как в этом у ответчика имеется непосредственная заинтересованность. Какие-либо иные доказательства, объективно подтверждающую позицию ответчика, представлены не были, не смотря на наличие соответствующей возможности, поскольку рассмотрение дела неоднократно откладывалось.

ООО «Биг» в материалы дела представлены письменные пояснения и документы, согласно которым Обществом произведен редизайн упаковки товаров «Lactomed».

Вместе с тем, Комиссией установлено, что товар в спорных упаковках продолжает размещаться в сети Интернет в том числе по адресу <https://bigcom.ru> и <https://lactomed.ru/>, которые указаны на самих упаковках товаров. В этой связи, Комиссия приходит к выводу, что решение о ребрендинге линейки товаров фактически не реализовано/полностью не реализовано.

Использование ООО «Биг» средств для интимной гигиены «Lactomed» с оформлением упаковок, сходным до степени смешения с упаковками средств для интимной гигиены заявителя «Lactacyd», может вводить в заблуждение неопределенный круг лиц относительно принадлежности

товаров ООО «Биг» к товарам заявителя «Lactacyd».

Стоит отметить, что внешний вид товаров используются ООО «Зентива Фарма» на протяжении длительного времени и стали широко известны среди клиентов и потребителей его услуг. Присутствие ООО «Зентива Фарма» на товарном рынке столь давно повышает доверие к Обществу и оказываемым им услугам среди потребителей.

Использование спорных обозначений создает для ООО «Биг» необоснованное преимущество на рынке, так как в силу того, что он таким образом ассоциирует себя с известным, популярным и проверенным брендом, повышает потребительский спрос на его товары, а также доверие к нему и его деятельности среди потребителей и клиентов.

Более того подобное поведение ООО «Биг» наносит вред не только ООО «Зентива Фарма», вызывая отток клиентов, которые могут перепутать товары компании или посчитать, что деятельность ООО «Биг» связана с деятельностью ООО «Зентива Фарма», но и иным субъектам, действующим в том числе на территории города Москвы, которые не совершают недобросовестных действий, в том числе по использованию внешнего вида упаковок ООО «Зентива Фарма».

Таким образом, в силу совокупности используемых ООО «Биг» обозначений при осуществлении своей деятельности в действиях Общества содержатся все признаки имитации внешнего вида товара «Lactacyd». Закономерность заимствования сходных и тождественных элементов в обозначениях свидетельствует именно о недобросовестном поведении ООО «Биг» на товарном рынке и целенаправленном желании создать впечатление о его причастности к товару «Lactacyd».

Резюмируя изложенное, в действиях ООО «Биг» усматриваются признаки нарушения пункта 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции, выразившегося в форме введения в гражданский оборот средств для интимной гигиены «Lactomed» с оформлением упаковок, сходным до степени смешения с упаковками средств для интимной гигиены заявителя «Lactacyd».

Руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частью 1 4 статьи 41, статьями 49-50 Закона о защите конкуренции, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «Биг» нарушившим пункт 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции при введении в гражданский оборот средств для интимной гигиены «Lactomed» с оформлением упаковок, сходным до степени смешения с упаковками средств для интимной гигиены заявителя «Lactacyd».

2. Выдать ООО «Биг» предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства Российской Федерации.

Председатель Комиссии

<...>a

<...>a

Члены Комиссии

<...>a

<...>a