РЕШЕНИЕ

г. Пенза

Резолютивная часть решения объявлена «03» февраля 2020 года.

В полном объеме решение изготовлено «18» февраля 2020 года.

Комиссия Пензенского УФАС России по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

1. <...> –руководителя управления, председателя Комиссии,

2. <...> – начальника отдела антимонопольного контроля и рекламы, члена Комиссии;

3. <...> - главного специалиста – эксперта отдела антимонопольного контроля и рекламы, члена Комиссии;

В присутствии ....

рассмотрев дело № 058/01/14.6-234/2019 по признакам нарушения ООО «Фармацевтическая фабрика» требований пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В антимонопольное управление обратилось с заявлением АО «Полисорб» (456652, г. Копейск, ул. Томская, 14) (далее Общество, Заявитель) о нарушении антимонопольного законодательства со стороны ООО «Фармацевтическая фабрика» (ИНН 5835090892, 440068, г. Пенза, пр-т Строителей, д.30, офис 127), выразившегося в недобросовестной конкуренции, связанной с копированием внешнего вида продукции Общества.

По результатам рассмотрения обращения в действиях ООО «Фармацевтическая фабрика» были установлены признаки нарушения антимонопольного законодательства.

Приказом от 24.05.2019 года № 71 Пензенским УФАС России возбуждено дело №058/01/14.6-234/2019 по признакам недобросовестной конкуренции и нарушения ООО «Фармацевтическая фабрика» требований пункта 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

Определением от 29.05.2019 г. рассмотрение дела назначено на 04.07.2019г.

01.07.2019 от АО «Полисорб» в адрес Пензенского УФАС России поступило

ходатайство об отложении рассмотрения дела. В обосновании заявленного ходатайства Заявитель сослался на то, что в настоящее время им направлено заявление в суд об оспаривании решения Управления Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека по Пензенской области о прекращении производства по делу, в рамках которого указаны аналогичные обстоятельства, рассматриваемые антимонопольным органом. А также в связи с невозможностью явки в заседание.

На заседании 04.07.2019 Комиссия, рассмотрев указанное ходатайство, Комиссия приняла решение его удовлетворить.

Так же на заседании было установлено, что документы и материалы, запрошенные Определением от 04.07.2019, ООО «Фармацевтическая фабрика» не представлены.

Определением от 04.07.2019г. и в связи с необходимостью получения дополнительных доказательств, рассмотрение дела отложено на 25.07.2019 г.

На заседании 25.07.2019 представитель АО «Полисорб» заявил ходатайство об отложении рассмотрения дела в связи с вынесением определения Первомайского районного суда г. Пензы по жалобе АО «Полисорб», в которой указаны аналогичные обстоятельства, рассматриваемые антимонопольным органом и передачей дела на доследование.

Рассмотрев указанное ходатайство, Комиссия приняла решение его удовлетворить.

Так же на заседании было установлено, что документы и материалы, запрошенные Определением от 04.07.2019, ООО «Фармацевтическая фабрика» не представлены.

Учитывая вышеуказанные обстоятельства, а также необходимость получения документов и материалов, Определением от 25.07.2019г. рассмотрение дела отложено до 26.08.2019. Определением от 25.07.2019 срок рассмотрения дела продлен до 24.11.2019 г.

20.08.2019 в Пензенское УФАС России от ООО «Фармацевтическая фабрика» поступило ходатайство о продлении срока предоставления информации, запрошенной определением об отложении дела до 30.08.2019.

На заседании Комиссии 26.08.2019 представитель ООО «Фармацевтическая фабрика» не смог пояснить относительно обстоятельств рассматриваемого дела, поддержал ранее заявленное ходатайство о продлении срока предоставления запрошенной информации, а также об ознакомлении с материалами дела, в связи с чем указал на необходимость отложения рассмотрения дела.

Представитель АО «Полисорб» заявил возражения на заявленное со стороны

ООО «Фармацевтическая фабрика» ходатайство об отложении дела.

Рассмотрев указанное ходатайство, Комиссия приняла решение его удовлетворить.

Определением от 26.08.2019 в связи с необходимостью получения дополнительных материалов и документов, рассмотрение дела отложено на 11.09.2019 г.

11.09.2019 в Пензенское УФАС России поступило ходатайство о рассмотрении дела в отсутствии представителя АО «Полисорб» в связи с невозможностью обеспечения явки в данное заседание, а также об отложении рассмотрения дела в связи с необходимостью ознакомления с документами, представленными Ответчиком на определение об отложении от 25.07.2019.

На заседание Комиссии 11.09.2019 представитель ООО «Фармацевтическая фабрика» представило часть запрошенных документов, затребуемых ранее, а также на обозрение Комиссии был представлен образец БАДов «НОВОСОРБ» нового образца. Вместе с тем, представитель Ответчика пояснил, что производство БАДа «НОВОСОРБ» началось в мае 2018г. А с января 2019 г. данная продукция ООО «Фармацевтическая фабрика» не производится. На заседании Представитель Ответчика заявил о том, что со стороны Заявителя не были представлены документы, подтверждающие нанесение ущерба со стороны ООО «Фармацевтическая фабрика» при производстве БАДа «НОВОСОРБ».

С учетом указанных обстоятельств, Комиссия, рассмотрев ходатайство АО «Полисорб», приняла решение его удовлетворить.

Определением от 11.09.2019 г. в связи с необходимостью получения дополнительных материалов и документов, рассмотрение дела отложено на 08.10.2019 г.

04.10.2019 в Пензенское УФАС России поступило ходатайство об отложении рассмотрения дела в связи с невозможностью обеспечения явки в данное заседание представителя ООО «Фармацевтическая фабрика».

На заседании Комиссии 08.10.2019 представитель АО «Полисорб» представил письменные пояснения о возможности нанесения ущерба АО «Полисорб» со стороны ООО «Фармацевтическая фабрика» при производстве БАДов «НОВОСОРБ», а также пояснил, что этикетка с наименованием препарата «ПОЛИСОРБ» не изменялась с 2009 г.

Представитель АО «Полисорб» заявил возражения на заявленное со стороны ООО «Фармацевтическая фабрика» ходатайство об отложении дела.

Комиссия, рассмотрев заявленное ходатайство ООО «Фармацевтическая фабрика», приняв во внимание возражения со стороны представителя

Заявителя, а также необходимость получения дополнительных доказательств по делу, приняла решение заявленное ходатайство со стороны ООО «Фармацевтическая фабрика» удовлетворить.

В целях получения дополнительных материалов и документов определением от 08.10.2019 г. рассмотрение дела отложено на 14.11.2019 г.

12.11.2019 в Пензенское УФАС России поступило сообщение от Федеральной службы по интеллектуальной собственности Федеральное государственное бюджетное учреждение «Федеральный институт промышленной собственности» (ФИПС) о том, что в связи с большой загруженностью ответ будет направлен до 29.11.2018 г.

Учитывая вышеуказанные обстоятельства, Комиссия установила, что разрешение дела в данном заседании невозможно, и рассмотрение дела было отложено на 09.12.2019, о чем вынесено Определение от 14.11.2019.

На заседании Комиссии 09.12.2019 г. представитель ООО «Фармацевтическая фабрика» заявил о ненадлежащей доверенности представителя АО «Полисорб», участвующего в рассмотрении настоящего дела и предоставляющего письменные доказательства и пояснения в рамках рассмотрения дела, необходимости ознакомления с документами и материалами дела, и исключением из доказательств по делу материалов, раннее представленных представителем без надлежащей доверенности. При этом, представитель ООО «Фармацевтическая фабрика» не указал какие конкретные доказательства необходимо исключить.

Представитель АО «Полисорб» заявил ходатайство об отложении рассмотрения дела, в целях подготовки надлежащей доверенности, а также в целях ознакомления с материалами дела.

Представитель ООО «Фармацевтическая фабрика» также заявил ходатайство об отложении рассмотрения дела в связи с необходимостью ознакомления с материалами дела.

Рассмотрев указанные ходатайства, Комиссия приняла решение их удовлетворить.

Определением от 09.12.2019 г. рассмотрение дела отложено до 15.01.2020 г.

14.01.2020 в Пензенское УФАС России поступило ходатайство ООО «Фармацевтическая фабрика» об исключении из дела документов и материалов, представленных от имени представителя АО «Полисорб», не имеющего на то соответствующих полномочий:

1. Заявление с приложением (том 1 лист 1-156),

2. Ходатайство об отложении разбирательства с приложениями (том 2 лист 18-32),

3. Ходатайство об отложении разбирательства с приложениями (том 2 лист 53-55),

4. Ходатайство об отложении разбирательства с приложениями (том 2 лист 104-106),

5. Электронное письмо, содержащее ходатайство об отложении рассмотрения дела (том 2 лист 107),

6. Ходатайство об отложении разбирательства с приложениями (том 2 лист 108-111),

7. Письменные пояснения о возможности нанесения ущерба АО «Полисорб» со стороны ООО «Фармацевтическая фабрика» от 07.10.2019 (том 2 лист 130),

8. Электронное письмо, содержащее ходатайство о приобщении дополнительных документов (том 2 лист 141-156),

9. Ходатайство об ознакомлении с материалами дела (том 2 лист 160).

Рассмотрев указанное ходатайство, Комиссия решила удовлетворить его в части и исключить из материалов дела документы под номерами 2-9, поскольку на момент направления указанных ходатайств, лица их подписавшие не обладали на то соответствующими полномочиями.

В соответствии с доверенностью от 08.11.2018 лицо, подписавшее заявление с приложением (том 1 лист 1-156) обладало полномочиями на подачу от имени АО «ПОЛИСОРБ» заявления и документы, а также имело право на заверение документов от имени АО «ПОЛИСОРБ».

В связи с указанным, Комиссия считает, что лицо, подписавшее и заверившее копии прилагаемых документов, имело на то соответствующие полномочия.

В рассмотрении дела Комиссия объявила перерыв до 16-00 16.01.2020.

15.01.2019 в Пензенское УФАС России поступило 3 ходатайства от представителя АО «Полисорб»:

1. о том, чтобы считать все ранее представленные документы до 01.12.2019 надлежащим образом заверенными (далее - ходатайство 1).

2. о приобщении к материалам дела копии решения АС Пензенской области от 30.12.2019 г. по делу №А49-8780/2019 (далее - ходатайство 2).

3. о приобщении к материалам дела документов и материалов:

- кассовый чек от 09.12.2019 г. на покупку БАД «НОВОСОРБ» (банка №1),

- кассовый чек от 15.01.2020 г. на покупку БАД «НОВОСОРБ» (банка №2),

- упаковка БАД «НОВОСОРБ» (банка № 1),

- упаковка БАД «НОВОСОРБ» (банка № 2) (далее - ходатайство 3).

На заседании Комиссии 16.01.2020 Представитель АО «Полисорб» поддержал заявленные ходатайства.

Представитель ООО «Фармацевтическая фабрика» возражал относительно ходатайства о приобщении копии решения по дела №А49-8790/2019. Относительно остальных ходатайств Представитель ООО «Фармацевтическая фабрика» просила оставить на усмотрение Комиссии.

Рассмотрев заявленные ходатайства Комиссия решила:

- в удовлетворении ходатайства 2 отказать в связи с тем, что решение АС Пензенской области от 30.12.2019 г. по делу №А49-8780/2019 не вступило в законную силу.

- ходатайства 1 и 3 удовлетворить.

В рассмотрении дела Комиссия объявила перерыв до 16-00 20.01.2020.

После перерыва рассмотрение дела продолжено без участия представителей АО «Полисорб».

Представитель ООО «Фармацевтическая Фабрика» поддержал раннее представленные письменные пояснения, дополнительно указал, что заключение патентного поверенного рег.№1284 и исследования ВЦИОМ, представленные Заявителем, искажают представление о продукте «НОВОСОРБ», выпускаемым ООО «Фармацевтическая Фабрика».

Определением от 20.01.2020 рассмотрение дела отложено на 03.02.2020г.

На заседании Представители сторон поддержали ранее изложенную позицию.

В ходе рассмотрения дела № 058/01/14.6-234/2019 Комиссией Пензенского УФАС России установлено следующее.

АО «Полисорб» является правообладателем обозначения «Полисорб» на основании товарных знаков, зарегистрированных для индивидуализации товаров 5 класса товаров Международной классификации товаров и услуг (МКТУ) № 556465 «ПОЛИСОРБ», 515895 «ПОЛИСОРБ», 150354 «ПОЛИСОРБ МП», 465689 «POLISORB», 620339 «POLYSORB», 556466 «ПОЛІСОРБ», 526936 «ПОЛИСОРБ» по свидетельству Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам.

Данные товарные знаки АО «Полисорб» использует при оформлении выпускаемой продукции медицинского препарата «ПОЛИСОРБ» и биологически активной добавки к пище «ПОЛИСОРБ».

Согласно данным АО «Полисорб», Заявителю принадлежат авторские права на дизайн упаковки, созданной по договору авторского заказа от 15.01.2014 г., и утверждённой в 2014 г.

Договором от 05.06.2014 АО «Полисорб» заказало пресс формы для изготовления упаковки продукции (банки) медицинского препарата «ПОЛИСОРБ» в виде, который используется по настоящее время

В соответствии с договором от 26.10.2016 года АО «Полисорб» осуществляло заказ на производство этикета на продукцию медицинского препарата «ПОЛИСОРБ» в виде, который используется по настоящее время.

В июле 2018 года АО «Полисорб» стало известно, что ООО «Фармацевтическая фабрика» (юридический адрес: 440068. г. Пенза, пр-кт Строителей, д. 30 оф. 127, ИНН 5835090892) является изготовителем биологически активных добавок к пище «НОВОСОРБ». Сведения об изготовлении указанных БАДов содержатся на упаковках соответствующих товаров.

По мнению Заявителя, внешнее оформление БАДов «НОВОСОРБ» является сходным с внешним оформлением медицинского препарата «ПОЛИСОРБ».

В качестве доказательства продажи продукции под наименованием «НОВОСОРБ» производства ООО «Фармацевтическая фабрика» Заявителем представлены чеки на приобретение от 16.07.2018 в ООО «Альфа-6» г. Екатеринбург, от 16.07.2018 в ООО «Развитие» г. Екатеринбург.

28.08.2018 АО «ПОЛИСОРБ» в адрес ООО «Фармацевтическая фабрика» направило претензию с требованием прекратить производство продукции «НОВОСОРБ».

Ответ на претензию АО «ПОЛИСОРБ» ООО «Фармацевтическая фабрика» не направляло.

Пензенским УФАС России 29.03.2019 г. направлен запрос в Федеральную службу по интеллектуальной собственности Федеральным государственным бюджетным учреждением «Федеральный институт промышленной собственности» (далее ФБУ ФИПС) по вопросам: являются ли сходными до степени смешения наименование «НОВОСОРБ» с товарными знаками №№ 65689, 620339, 556466, 515895, 556465, 626936, 150354; являются ли сходными до степени смешения внешнее оформление биологически активных добавок «НОВОСОРБ» производства ООО «Фармацевтическая фабрика с продукцией АО «Полисорб».

По обращению Пензенского УФАС России в ФБУ ФИПС была представлена справка от 17.05.2019 исх. № 41-14371-12 (далее Справка от 17.05.2019).

Согласно Справке от 17.05.2019 на фотоизображениях упаковок – банок, используемых ООО «Фармацевтическая фабрика», идентифицируется

следующее:

- комбинированное обозначение, включающее словесный элемент «НОВОСОРБ», расположенный на фоне полосы синего цвета, и надписи информационного характера (Обозначение 1);

На фотоизображениях упаковки – банки, используемой АО «ПОЛИСОРБ», идентифицируется комбинированное обозначение, включающее словесный элемент «ПОЛИСОРБ», расположенный на фоне полосы зеленого цвета, и надписи информационного характера.

По результатам исследования ФБУ ФИПС установлено, что Обозначение 1 является сходным до степени смешения с обозначением 2, в силу общего зрительного впечатления, вызванного сходством изобразительных элементов (геометрических фигур – полос/прямоугольников), а также сходством композиционного расположения словесных и изобразительных элементов.

В качестве подтверждения смешения продукции АО «ПОЛИСОРБ» и ООО «Фармацевтическая фабрика» Заявителем представлен опрос по медицинского препарата «ПОЛИСОРБ» и биологически активной добавки к пище «НОВОСОРБ», проведенный Фондом «Всероссийский центр изучения общественного мнения» (далее «ВЦИОМ»). По данным опроса респондентов о мнении респондентов о сходстве/различии упаковок препаратов, на которых используются тестируемые обозначения, а также о возможности введения в заблуждение потребителей относительно их производителей (далее - Опрос ВЦИОМ).

По данным Опроса ВЦИОМ две трети участников опроса (66%) отмечают ту или иную степень сходства упаковок препаратов ПОЛИСОРБ и НОВОСОРБ. Четверо из десяти респондентов (40%) полагают, что препараты в тестируемых упаковках выпускается одной компанией или связанными между собой компаниями. Треть респондентов (33%) допускают возможность перепутать при покупке препаратов в тестируемых упаковках. Более половины опрошенных (57%) допускают, что могли бы воспринять препараты в тестируемых упаковках в качестве линейки продукции одного производителя

Препарат «ПОЛИСОРБ» знаком более чем половине опрошенных (56%), при этом 35% покупали или принимали его. Препарат «НОВОСОРБ» знают 9% респондентов, 35% покупали или принимали его.

Данные доказательства указывают на наличие сходства медицинского препарата «ПОЛИСОРБ» и биологически активных добавок к пище «НОВОСОРБ».

АО «Полисорб» также осуществляет производство биологически активных добавок к пище «ПОЛИСОРБ», однако упаковка данного продукта отлична от упаковки, используемой для медицинского препарата «ПОЛИСОРБ». Доказательств того, что упаковка биологически активных добавок к пище

«ПОЛИСОРБ» является сходной до степени смешения с упаковкой биологически активных добавок к пище «НОВОСОРБ», Заявителем в материалы дела не предоставлено.

В соответствии с пунктом 10.6 Приказа ФАС России от 28.04.2010 N 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» анализ состояния конкуренции на товарном рынке проведен по следующим этапам:

а) определение временного интервала исследования товарного рынка;

б) определение продуктовых границ товарного рынка. Определение продуктовых границ товарного рынка может производиться исходя из предмета договоров, заключаемых хозяйствующим субъектом (в том числе в отношении которого поданы в антимонопольный орган заявление, материалы) по поводу товара, предлагаемого им к продаже;

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.

В ходе анализа установлено следующее.

Пунктом 7 статьи 4 Закона о защите конкуренции определено, что конкуренция - 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.

Товарный рынок - сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров (далее - определенный товар), в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами (пункт 4 статьи 4 Закона о защите конкуренции).

В ходе рассмотрения дела ООО «Фармацевтическая фабрика» указало, что с мая 2018 г. осуществляет выпуск БАД «НОВОСОРБ» на основании полученных разрешений с соблюдением всех требований, предъявляемых к

процессам производства.

АО «Полисорб» под наименованием «ПОЛИСОРБ» производит медицинский препарат. Производство и реализация биологически активных добавок к пище «НОВОСОРБ», по мнению Заявителя, может приводить к смешению продукции с медицинским препаратом «ПОЛИСОРБ».

Производство и реализация биологически активных добавок к пище и производство и реализация медицинских препаратов являются разными товарными рынками в силу отсутствия взаимозаменяемости данных товаров, различия в регулировании обращений данных товаров, а также в силу различия их функционального назначения и применения.

Таким образом, ООО «Фармацевтическая фабрика», производя и реализуя биологически активных добавок к пище «НОВОСОРБ», не может являться конкурентом АО «Полисорб», осуществляющему производство и реализацию медицинского препарата «ПОЛИСОРБ» в рассматриваемом случае.

В соответствии с пунктом 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «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.

Пункт 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции распространяет свое действия на взаимоотношения между хозяйствующими субъектами-конкурентами.

При указанных обстоятельствах в рассматриваемых действиях ООО «Фармацевтическая фабрика» по производству и реализации биологически активных добавок к пище «НОВОСОРБ» признаки нарушения антимонопольного законодательства не усматриваются.

Полученные в ходе рассмотрения настоящего дела документы и материалы являются достаточными для принятия решения Комиссией Пензенского УФАС России.

Основываясь на материалах дела и представленных доказательствах, Комиссия единогласно пришла к выводу об отсутствии в действиях ООО «Фармацевтическая фабрика» нарушения, предусмотренного пунктом

2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

Руководствуясь статьей 23, статьей 39, частями 1 – 3 статьи 41, статьей 48, Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия

РЕШИЛА:

1. В связи с отсутствием нарушения требований пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в рассматриваемых Комиссией действиях ООО «Фармацевтическая фабрика» (ИНН 5837061167, г. Пенза, ул. Кижеватова,26) рассмотрение дела № 058/01/14.6-234/2019 прекратить.

Председатель Комиссии <...>

Члены комиссии
<...>

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия.