УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО КУРСКОЙ ОБЛАСТИ

ПРОТОКОЛ

об административном правонарушении №046/04/14.33-276/2019

27 мая 2019 года г. Курск

(фамилия, имя, отчество лица, составившего протокол:)

<...> – ведущий специалист-эксперт отдела товарных и финансовых рынков управления Федеральной антимонопольной службы по Курской области, рассмотрев материалы дела №03-05/01-2019, свидетельствующие о совершении ООО «Апрель Брянск» административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст.14.33 КоАП РФ,

УСТАНОВИЛА:

(сведения о лице, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении:)

Должностное лицо – директор ООО «Апрель Брянск» (ИНН 2308241919; ОГРН 1172375005615; 350089, Краснодарский край, г. Краснодар, пр-т Чекистов, д.9/1, стр.1, пом.13/14) **<...>**

(место, время совершения и существо административного правонарушения:)

Решением управления Федеральной антимонопольной службы по Курской области от 02.04.2019г. по делу №03-05/01-2019 установлен факт нарушения статьи 14.2 Федерального закона от 26.07.2006 г. №135-ФЗ «О защите конкуренции» - недобросовестной конкуренции в форме введения в заблуждение со стороны ООО «Апрель Брянск».

В соответствии с п. 1.2 ст. 28.1 Кодекса РФ об административных правонарушениях принятие комиссией антимонопольного органа решения, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства Российской Федерации, является поводом к возбуждению дел об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 14.33 КоАП РФ.

Решением Комиссии от 02.04.2019г. по делу №03-05/01-2019 установлено следующее.

ООО «Апрель Брянск» осуществляет свою деятельность на территории Курской области: в **г. Курске** по адресам: ул. Дейнеки, д.1; ул. Дзержинского, д.25; пр-т В. Клыкова д.2в и д.92; ул. К. Маркса, д.66/5; пр-т Кулакова, д.3Г; ул. Ленина д.20 и д.99А; ул. Радищева, д.23 и д.58; ул. Сумская, д.45Д; **в г. Курчатове** по адресам**:** ул. Садовая, д.11Б; **в г. Железногорске** ул. Ленина, д.40/1 и д.60.

ООО «Апрель Брянск» является коммерческой организацией – хозяйственным обществом, осуществляющим предпринимательскую деятельность по розничной торговле лекарственными средствами в специализированных магазинах (аптеках) (код ОКВЭД 47.73 «Торговля розничная лекарственными средствами в специализированных магазинах (аптеках)»). Следовательно, согласно ст.4 ФЗ «О защите конкуренции» **ООО «Апрель Брянск» является хозяйствующим субъектом.**

На территории г. Курска, кроме ООО «Апрель Брянск», осуществляют деятельность по реализации лекарственных средств более 100 хозяйствующих субъектов (более 350 аптечных организаций); в г. Курчатове 11 хозяйствующих субъектов (19 аптечных организаций); на территории г. Железногорска более 25 хозяйствующих субъектов (более 60 аптечных организаций).

Указанные хозяйствующие субъекты являются **конкурентами** ООО «Апрель Брянск» и состязаются между собой и с ООО «Апрель Брянск» за привлечение потребителей с целью получения прибыли на рынке розничной торговли лекарственными средствами.

В соответствии с лицензией ООО «Апрель Брянск» имеет право осуществлять отпуск, хранение, **розничную торговлю** лекарственными препаратами для медицинского применения. Все места осуществления деятельности общества в Курской области являются **аптечными пунктами.**

На помещениях аптечных организаций (над входом) ООО «Апрель Брянск», на кассовых чеках размещено словосочетание «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД».

Использование словосочетания «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД» при осуществлении розничной торговли в аптечных организациях может ввести потребителя в заблуждение относительно условий, на которых товар предлагается к продаже, поскольку слово «СКЛАД»

ассоциируется у потребителя с оптовой торговлей, что, в свою очередь, предполагает отсутствие розничной наценки, и, следовательно, более низкую цену товара.

Данный вывод обусловлен следующими положениями действующего законодательства и доказательствами.

Статьей 14.2 ФЗ «О защите конкуренции» не допускается недобросовестная конкуренция путем введения в заблуждение, в том числе в отношении:

1) качества и потребительских свойств товара, предлагаемого к продаже, назначения такого товара, способов и условий его изготовления или применения, результатов, ожидаемых от использования такого товара, его пригодности для определенных целей;

2) количества товара, предлагаемого к продаже, наличия такого товара на рынке, возможности его приобретения на определенных условиях, фактического размера спроса на такой товар;

3) места производства товара, предлагаемого к продаже, изготовителя такого товара, гарантийных обязательств продавца или изготовителя;

4) условий, на которых товар предлагается к продаже, в частности цены такого товара.

В соответствии с ч. 2 ст. 34 Конституции РФ не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и **недобросовестную конкуренцию.**

Согласно ч.1 ст.10 Гражданского Кодекса РФ не допускается осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действовать в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо **недобросовестное осуществление гражданских прав** (злоупотребление правом), не допускается **использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции.**

В соответствии со статьей 4 ФЗ «О защите конкуренции»:

- **конкуренция** – это 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;

- **товар** - объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот;

- **недобросовестная конкуренция** - любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству РФ, 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;

- **хозяйствующий субъект** - 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.

Согласно ст. 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности **актом недобросовестной конкуренции** считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. В частности, подлежат запрету указания или утверждения, использование которых при осуществлении коммерческой деятельности может ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров.

Приказом Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации от 27.07.2010 г. №553н «Об утверждении видов аптечных организаций» установлены следующие виды аптечных организаций: аптека, аптечный пункт, аптечный киоск.

Следовательно, Приказом Минздравсоцразвития РФ не предусмотрено такого вида аптечной организации как аптечный склад.

В соответствии с п.33 ГОСТа Р51303-2013 «Национальный стандарт Российской Федерации. Торговля, Термины и определения» **склад** – это специальные здания, сооружения, помещения, открытые площадки или их части, обустроенные для целей хранения товаров и выполнения складских операций.

Следовательно, указанным государственным стандартом не предусмотрена розничная торговля лекарственными средствами на складе.

Согласно толковому словарю Ожегова **аптека** – учреждение, в котором продается (или изготавливаются и продаются) лекарства, лечебные средства, предметы санитарии и гигиены. Тогда как **склад** – специальное помещение для хранения чего-нибудь (толковый словарь Ожегова), запас чего-нибудь, большое количество каких-нибудь предметов, сосредоточенных, сложенных в одном месте, специально приспособленное помещение, место, здание, куда складываются и где хранятся запасы товара, материалов (толковый словарь Ушакова).

Словосочетание «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД» в соответствии с Большой медицинской энциклопедией 1970г. обозначает помещение для хранения запасов медикаментов и медицинского имущества, и для снабжения таковыми аптек, магазинов санитарии и гигиены, и всех медико-санитарных учреждений.

Таким образом, использование слова «СКЛАД» может вызвать у потребителя неверное представление о том, что организация осуществляет либо оптовую торговлю препаратами, либо реализацию лекарственных средств по цене более низкой, чем в розничной сети аптек.

Использование таких обозначений как «оптовый склад», «аптечный склад» для индивидуализации предприятий, осуществляющих складское хранение и оптовую торговлю, является обычаем делового оборота. При этом использование словосочетания «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД» **не является общепринятым правилом** среди субъектов, осуществляющих **розничную торговлю** лекарственными средствами.

Частью 1 статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) установлено, что **обычаем** признается сложившееся и широко применимое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.

На официальном сайте Курского УФАС России https://kursk.fas.gov.ru в период с 21.07.2017 г. по 26.07.2018 г. был проведен опрос на тему: создает ли словосочетание «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД» впечатление о более низких по сравнению с иными аптечными учреждениями ценами на лекарственные средства. В результате проведенного опроса 80% респондентов отдали свой голос за вариант «ДА» (всего проголосовало 3565 респондентов). Следовательно, в сознании потребителей «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД» ассоциируется с оптовой продажей лекарственных средств по ценам ниже розничных.

Курским УФАС России в период с 06.09.2017 г. 16.10.2017г. был проведен опрос хозяйствующих субъектов, чьи аптечные организации расположены рядом с аптечными пунктами ООО «Апрель Брянск», об изменении объемов реализации лекарственных средств с момента открытия аптечных организаций ООО «Апрель Брянск» (май 2017г.) по август 2017г. Опрошенные хозяйствующие субъекты, в том числе ОАО «Курская формация», МУП «Витафарм», отметили снижение объемов реализации лекарственных средств на 20-30%.

В июле 2018 года в ходе дополнительного опроса хозяйствующих субъектов-конкурентов установлено, что с открытием новых аптечных пунктов ООО «Апрель Брянск» «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД» продолжалось снижение объемов реализации и прибыли конкурентов (например, МУП «Витафарм», ООО «Фармак-Аптека»).

Следовательно, предоставленная хозяйствующими субъектами-конкурентами информация свидетельствует, что в результате действий ООО «Апрель Брянск» возникает **возможность причинения убытков конкурентам в виде упущенной выгоды** в результате перераспределения спроса в пользу аптечных организаций «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД».

Вступившими в законную силу судебными актами по делам №А63-13299/2017 и №А63-13968/2017 судами установлено, что использование розничной аптекой наименования «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД» отвлекает потребителя от добросовестных субъектов предпринимательской деятельности и создает у потребителя определенное впечатление о продавце фармацевтической продукции, которое не соответствует действительности. Преимущество общества обеспечивается непосредственным информационным воздействием на потребителя. Введение в заблуждение путем использования наименования «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД» создает предпосылки к изменению спроса в пользу общества и предоставляет указанному хозяйствующему субъекту необоснованное конкурентное преимущество при осуществлении предпринимательской деятельности; оказывает негативное влияние на состояние конкуренции на рынке розничной реализации фармацевтической продукции, путем перераспределения спроса в пользу недобросовестного участника рынка.

Введение в заблуждение имеет своей целью привлечение внимания к своим товарам путем распространения **недостоверной информации** и привлечение большего числа потребителей. Такие действия направлены на повышение спроса потребителей на свои товары, что может привести к оттоку потребителей от добросовестных конкурентов, и может причинить им убытки в виде упущенной выгоды.

Согласно ч.2 ст.15 ГК РФ под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Согласно ст. 2, 5 Федерального закона от 27.07.2006 №149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации» (далее - ФЗ «Об информации») информация - сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления; распространение информации - действия, направленные на получение информации неопределенным кругом лиц или передачу информации неопределенному кругу лиц; информация может свободно использоваться любым лицом и передаваться одним лицом другому, если федеральным законом не установлено ограничение доступа.

Согласно ч.2 ст.10 ФЗ «Об информации» информация, распространяемая без использования средств массовой информации, должна включать в себя **достоверные** сведения о ее обладателе или об ином лице, распространяющем информацию, в форме и в объеме, которые достаточны для идентификации такого лица. В соответствии с ч.4 ст.6 ФЗ «Об информации» **размещение на помещениях, кассовых чеках словосочетания «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД» является общедоступной информацией.**

Установленные обстоятельства свидетельствуют о том, что размещение ООО «Апрель Брянск» на помещениях аптечных организаций, кассовых чеках словосочетания «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД», при том что данная организация осуществляет деятельность по розничной продаже лекарственных средств, вводит потребителей в заблуждение относительно условий, на которых товар предлагается к продаже, направлено на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности ООО «Апрель Брянск», противоречит ч.2 ст.10 ФЗ «Об информации», требованиям справедливости, добропорядочности и разумности, обычаям делового оборота и может причинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам в виде неполученных доходов (упущенной выгоды).

Таким образом, антимонопольным органом установлены в действиях ООО «Апрель Брянск» все признаки недобросовестной

конкуренции в форме введения в заблуждение, предусмотренные ст. 4, ст. 14.2 ФЗ «О защите конкуренции».

В соответствии с ч. 1 и 2 ст. 39.1 ФЗ «О защите конкуренции», в случае выявления признаков нарушения ст. 14.2 ФЗ «О защите конкуренции», в целях пресечения действий (бездействия), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции и (или) ущемлению интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо ущемлению интересов неопределенного круга потребителей, **антимонопольный орган выдает хозяйствующему субъекту предупреждение в письменной форме о прекращении действий (бездействия)**, либо об устранении причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, и о принятии мер по устранению последствий такого нарушения.

Курским УФАС России 09.10.2018г. было выдано предупреждение №03-05/40-2018 ООО «Апрель Брянск» о прекращении действий, которые содержат признаки нарушения ст. 14.2 ФЗ «О защите конкуренции.

ООО «Апрель Брянск» получило предупреждение №03-05/40-2018 19.11.2018г., что подтверждено отчетом об отслеживании почтовых отправлений (идентификационный номер <...>).

В установленный предупреждением 30-дневный срок (до 19.12.2018г.) общество предупреждение не исполнило, что подтверждено актом выезда сотрудников Курского УФАС России для установления факта исполнения/не исполнения предупреждения №03-05/40-2018 от 24.12.2018г.

КРОО «Союз Предпринимателей» письмом (вх.№827 от 25.02.19г.) предоставила в материалы дела письмо<...> о снижении доходов от фармацевтической деятельности более чем на 70% и о закрытии в связи с убытками аптеки по адресу г. Курск, ул.Ватутина, в связи с недобросовестными действиями со стороны ООО «Апрель Брянск».

ООО «Апрель Брянск» в письменном пояснении (вх. №367 от 29.01.2019г.) факт нарушения антимонопольного законодательства не признает и утверждает, что используемое обществом словосочетание «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД» не вводит потребителей в заблуждение относительно цены и условий реализации лекарственных средств, деятельности аптечных организаций. Так, на входных группах аптек, на табличке со сведениями размещается надпись, указывающая на вид данного аптечного учреждения: «Аптека» или «Аптечный пункт». На фасадах аптек размещаются надписи «Аптека», а также консольные вывески в виде объемного креста с подсветкой, которыми в соответствии с устоявшейся международной практикой обозначаются аптечные учреждения розничной торговли.

Также общество обращает внимание комиссии на то, что словосочетание «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД» выступает в качестве средства индивидуализации в качестве зарегистрированного торгового обозначения №630354. Поскольку товарный знак был зарегистрирован с возможным использованием в отношении розничной продажи лекарственных средств и прошел государственную экспертизу, то отсутствуют основания считать данное средство индивидуализации вводящим в заблуждение.

Данные доводы ответчика **не принимаются** Комиссией Курского УФАС России по следующим основаниям.

Согласно п. 22 Приказа Минздрава России от 31.08.2016 № 647н «Об утверждении Правил надлежащей аптечной практики лекарственных препаратов для медицинского применения» субъект розничной торговли **должен иметь вывеску с указанием вида аптечной организации** на русском и национальном языках: «Аптека» или «Аптечный пункт» или «Аптечный киоск».

При этом ООО «Апрель Брянск» осуществляет свою деятельность под наименованием «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД». Вступившими в законную силу судебными актами по делам №А63-13299/2017 и №А63-13968/2017 судами установлено, что использование розничной аптекой наименования «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД» отвлекает потребителя от добросовестных субъектов предпринимательской деятельности и создает у потребителя определенное впечатление о продавце фармацевтической продукции, которое не соответствует действительности.

Консольной вывеской в виде объемного креста по обычаям фармацевтической деятельности обозначаются аптечные учреждения, которые могут быть учреждениями как розничной продажи, так и оптовой.

Согласно свидетельству о регистрации товарного знака №630354 товарным знаком, который использует ООО «Апрель Брянск», является определенное графическое изображение в виде чемодана, на котором нанесена надпись «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД», при этом надпись (словосочетание) является неохраняемым элементом товарного знака, а не самим товарным знаком.

На фасадах аптечных организаций ООО «Апрель Брянск» размещен не товарный знак, а его неохраняемая часть.

В то же время товарный знак №630354 зарегистрирован за определенными классами МКТУ (5,10,35,44). Класс 35 МКТУ включает деятельность организации по **продаже** розничной и **оптовой** лекарственных средств.

Таким образом, Роспатент регистрировал указанный товарный знак с учетом классов МКТУ, одним из которых является оптовая продажа лекарственных средств.

В результате выезда для фиксации распространения информации по адресам: г. Курск, ул. Радищева, 58, ул. Ленина, 20, где находятся аптеки ООО «Апрель Брянск» было установлено, что использование словосочетания «АПТЕЧНЫЙ СКЛАД» продолжается.

Таким образом, к моменту вынесения Комиссией решения нарушение антимонопольного законодательства ООО «Апрель Брянск» не прекращено.

<...> является директором ООО «Апрель Брянск» согласно трудового договора от 27.01.2017г. и приказа №1-П от 27.01.2017г. о назначении директора ООО «Апрель Брянск». В этой связи <....>является должностным лицом ООО «Апрель Брянск».

Согласно ст. 2.4 КоАП РФ административной ответственности подлежит должностное лицо в случае совершения им административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей.

Согласно п. 2.2, 2.5, 2.6 трудового договора (контракта) руководитель общества руководит текущей деятельностью общества, распоряжается имуществом, заключает договоры, согласно п. 3.1, 3.2 трудового договора (контракта) руководитель обязан добросовестно и разумно руководить обществом, при исполнении своих должностных обязанностей руководствоваться законодательством Российской Федерации.

У должностного лица – директора ООО «Апрель Брянск» <...> была возможность для соблюдения требований действующего антимонопольного законодательства Российской Федерации, однако им не были приняты необходимые и достаточные меры для их выполнения.

Правонарушение является длящимся. Время совершения нарушения – 02.04.2019г. Место совершения – Курская область.

Согласно ч.1 ст.37 ФЗ «О защите конкуренции» за нарушение антимонопольного законодательства коммерческие организации и их должностные лица несут ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации.

(нормативный акт, предусматривающий ответственность за данное правонарушение:)

Согласно ч.1 ст.14.33 КоАП РФ недобросовестная конкуренция, если эти действия не содержат уголовно наказуемого деяния, за исключением случаев, предусмотренных статьей 14.3 настоящего Кодекса и частью 2 настоящей статьи влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двенадцати тысяч до двадцати тысяч рублей

(объяснения лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении:)

_____

_____

(ссылка на доказательства:)

Доказательствами правонарушения являются:

- материалы дела №03-05/01-2019;

- решение по делу №03-05/01-2019 от 02.04.2019г.

(иные сведения, необходимые для разрешения дела:)

_____

С учетом изложенного и руководствуясь ст.28.8 КоАП РФ протокол направляется должностному лицу, уполномоченному в соответствии со ст.23.48 КоАП РФ рассматривать дела об административных правонарушениях.

В соответствии со ст.25.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами в соответствии с КоАП РФ.

С правами ознакомлен _____

(дата, должность, фамилия, имя, отчество, подпись)

(должность лица, составившего протокол, подпись, фамилия, имя, отчество:)

Ведущий специалист-эксперт

отдела товарных и финансовых рынков

Курского УФАС России _____ <...>

С протоколом ознакомлен _____

_____

_____

_____

(дата, должность, фамилия, имя, отчество, подпись)

Примечание: в случае отказа лица, совершившего правонарушение, от подписания протокола в нем делается запись об этом.

Согласно ч.4.1 ст.28.2 КоАП РФ в случае неявки лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, если оно извещено в установленном порядке, протокол об административном правонарушении составляется в его отсутствие.

Копию протокола получил _____

(дата, Ф.И.О., должность лица, получившего копию протокола)