

РЕШЕНИЕ

по делу № 08/01/14.8-29/2020

о нарушении антимонопольного законодательства

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «11» сентября 2020 г.

В полном объеме решение изготовлено «12» октября 2020 г.

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства <...>,

рассмотрев в присутствии на заседании представителя ООО «СВИЧ» <...> и представителя ООО «Фармтрансфер» <...>,

дело № 08/01/14.8-29/2020 о нарушении ООО «Фармтрансфер» (ОГРН 1165010050985, ИНН 5010052014, адрес: 141981, Московская обл., г. Дубна, ул. Приборостроителей, д. 2, здание 4А) статьи 14.8 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон «О защите конкуренции»),

УСТАНОВИЛА:

В Федеральную антимонопольную службу поступило заявление ООО «СВИЧ» (далее также - Заявитель) о нарушении антимонопольного законодательства со стороны ООО «Фармтрансфер» (далее также - Общество), выразившемся в недобросовестной конкуренции, связанной с производством биологически активной добавки «Ренотинекс» в упаковке, сходной с упаковкой лекарственного препарата «Роватинекс».

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 № 08/01/14.8-29/2020 о нарушении антимонопольного законодательства, изучив имеющиеся в материалах дела доказательства, выслушав представителей лиц, участвующих в рассмотрении дела, установила следующие обстоятельства.

ООО «СВИЧ» является официальным представителем компании «РОВА ФАРМАСЬЮТИКАЛЗ ЛТД.» (международная фармацевтическая компания, Ирландия) на территории ЕАЭС и ряде других стран.

На территории Российской Федерации 22.08.2008 зарегистрирован лекарственный препарат «Роватинекс» компании «РОВА ФАРМАСЬЮТИКАЛЗ ЛТД.» (регистрационное удостоверение № ЛСР - 006862/08).

05.10.2016 ООО «СВИЧ» согласовало в Министерстве здравоохранения Российской Федерации макет вторичной (потребительской) упаковки (50 капсул) лекарственного препарата «Роватинекс» (капсулы кишечнорастворимые) производства компании «РОВА ФАРМАСЬЮТИКАЛЗ ЛТД.» (Ирландия), согласно которому и происходит выпуск лекарственного препарата на товарном рынке Российской Федерации.

ООО «Фармтрансфер», созданное 27.06.2016, осуществляет торговлю оптовую фармацевтической продукцией и осуществляет производство биологически активной добавки «Ренотинекс», что подтверждается свидетельствами о государственной регистрации БАДа «Ренотинекс» (свидетельство № KZ.16.01.95.003.E.000293.04.18, свидетельство № KZ.16.01.95.003.E.000294.04.18).

ООО «Фармтрансфер» также является правообладателем товарного знака «Ренотинекс» по свидетельству № 647951 с датой приоритета от 07.06.2017, зарегистрированного в отношении товаров 5 класса МКТУ .

Как следует из материалов заявления, на рекламных брошюрах БАДа «Ренотинекс», а также на официальном сайте www.renotinex.ru содержится информация следующего содержания: «Ренотинекс улучшает пассаж мочи, уменьшает воспаление и спазм гладкой мускулатуры, тем самым способствуя выведению песка и мелких конкрементов. Ренотинекс выводит песок и мелкие конкременты при мочекаменной болезни за счет спазмолитического, диуретического и противовоспалительного действия натуральных терпенов. Ренотинекс способствует улучшению функции почек, повышая диурез и улучшая почечный кровоток; способствует уменьшению болей при почечных и мочеточниковых коликах; способствует выведению мелких камней и песка из почек и мочевыводящих путей; снижает риск повторного камнеобразования за счет оказания ингибирующего эффекта на образование камней почек и мочевыводящих путей».

Такая же информация размещена и на упаковке БАДа «Ренотинекс», что вводит в заблуждение российских потребителей о том, что БАД уменьшает боли, способствует выведению мелких камней и песка из

почек, а также снижает риск повторного камнеобразования, то есть оказывает лечебное воздействие.

Кроме того, как указывает Заявитель, рекламные буклеты БАДа «Ренотинекс» содержат следующую информацию: «В два раза дешевле зарубежного аналога».

Однако БАД «Ренотинекс» в форме капсул с кишечнорастворимым покрытием зарегистрирована как биологически активная добавка к пище и лекарственным препаратом не является.

Как указывает Заявитель, упаковка БАДа «Ренотинекс» ассоциируется с упаковкой лекарственного препарата «Роватинекс» в целом в силу сходного цветового сочетания, сходного композиционного расположения элементов, сходства изобразительных элементов на двух упаковках:

1. Наименование БАД «Ренотинекс» изображено шрифтом зеленого цвета на белом фоне, что повторяет цвет наименования лекарственного препарата «Роватинекс», изображенном на белом фоне;
2. Элементы оформления: полосы на белом фоне с левой стороны упаковки, а именно узкая черная и широкая серая, прерывающиеся на букве «Р»;
3. На упаковке лекарственного препарата «Роватинекс» и БАДа «Ренотинекс» черными буквами на белом фоне нанесено «Капсулы кишечнорастворимые».

Как указывает Заявитель, название «Ренотинекс» ассоциируется с названием «Роватинекс» по звуковому сходству, а также по графическому сходству, несмотря на отдельные отличия.

Производитель, копируя упаковку лекарственного средства «Роватинекс», создает впечатление, что БАД является лекарственным средством и (или) обладает лечебными свойствами.

В ответ на запрос ФАС России ООО «Фармтрансфер» представило письменные пояснения, из которых следует, что словесный элемент «рен», заявленный Обществом в наименовании БАД, переводится с латинского языка как «почка» и выражает тем самым оригинальное смысловое значение и отражает область применения биодобавки. Наименование «Роватинекс» перевода не имеет, смыслового значения не имеет, словесный элемент «рова» - наименование производителя лекарственного средства. Вместе с тем, обозначение «Ренотинекс» отличается от «Роватинекс» на три буквы, в сравнимых наименованиях звуковое сходство отсутствует в силу существенного различия в

буквенном и звуковом их составе.

При этом в обозначении «Ренотинекс» индивидуализирующим элементом является именно слово «рен», поскольку словесная составляющая «тинекс» не указывает на конкретные свойства товара. «тинекс» не имеет перевода, различительная способность у слова отсутствует, так как достаточно часто используется как для окончания наименования медицинских товаров, так и в качестве прочих наименований, поэтому не несет охраноспособность в словосочетании (например, препараты «Иматинекс», «Супрастинекс», «Достинекс», «Уротинекс»).

Разработка дизайна упаковки БАД «Ренотинекс» произведена Обществом на основании соответствующего графического и цветового решения зарегистрированного товарного знака и элементов дизайна, размером, в 4 раза превышающем размер упаковки лекарственного средства «Роватинекс», в композиции с текстом, однозначно информирующим, что товар «Ренотинекс» является биологически активной добавкой. Данный текст размещается на лицевой стороне упаковки и однозначно дифференцирует БАД «Ренотинекс» от любого другого товара, в том числе лекарственного средства «Роватинекс». В качестве основного цвета упаковки используется белый, как 90% упаковок лекарственных средств и биодобавок, зеленый цвет - дублирующий цвет, подобное цветовое сочетание характерно в упаковках препаратов для мочевыделительной системы (например, препараты «Фитолизин», «Уролесан», «Урисан», «Уронормин», «Нефрадоз», «Нефралептин» и др.).

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.

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

С учетом того, что упаковки БАДа оформлены сходно с упаковками лекарственного препарата, потребителю, не имеющему специальных навыков, затруднительно отличить лекарственный препарат от БАД, и тем более оценить количественный и качественный 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.

Кроме того, поскольку цена на БАД «Ренотинекс» существенно ниже цены на лекарственный препарат «Роватинекс», потребитель, однажды купивший лекарственный препарат за весьма высокую цену, увидев БАД по цене в несколько раз дешевле, отдаст свое предпочтение БАДу, ориентируясь на цену, а не на лечебный эффект.

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, количественный и качественный состав БАДа отличается от количественного и качественного состава действующего вещества лекарственного препарата, 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 поддержания функционального состояния мочевыделительной системы присутствуют производители, которые не используют при производстве БАДов упаковки, являющиеся сходными с упаковкой лекарственного препарата, а именно: ООО «Внешторг Фарма» (БАД «Уропрофит»), ООО «Витамер» (БАД «Нефрадоз»), ЗАО «Эвалар» (БАД «Нефростен») и т.д.

Кроме того, вопрос об оценке допустимости действий по введению в оборот БАД «Ренотинекс» в упаковке, сходной с упаковкой лекарственного средства «Роватинекс», также был вынесен на заседание Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе.

Согласно пункту IV Протокола от 19.12.2020 № 5 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 БАД «Ренотинекс» и лекарственного средства «Роватинекс», в том числе с учетом стилистических и цветовых решений, сходного наименования товара, взаимного расположения элементов на упаковке товаров.
3. Указать, что производитель БАД не ограничен в выборе внешнего вида производимого товара и его упаковки, наличие сходства упаковок связано с намерением производителя БАД «Ренотинекс» создать впечатление у потребителей об отнесении данного товара к лекарственному средству «Роватинекс», находящегося на товарном рынке более 10 лет.
4. Признать недобросовестным поведение производителя БАД «Ренотинекс» по введению в оборот товара под наименованием и в упаковке, сходными с наименованием и упаковкой лекарственного средства «Роватинекс».

Таким образом, действия ООО «Фармтрансфер» направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности по сравнению с другими хозяйствующими субъектами-конкурентами, производящими биологически активные добавки для поддержания функционального состояния мочевой системы, но не использующими упаковки, сходные с упаковкой лекарственного препарата, а также способны причинить убытки хозяйствующим субъектам-конкурентам.

Согласно статье 10bis 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.

При этом под недобросовестной конкуренцией понимаются 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 (пункт 9 статьи 4 Закона «О защите конкуренции»).

В соответствии со статьей 14.8 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон «О защите конкуренции») не допускаются иные формы недобросовестной конкуренции наряду с предусмотренными статьями 14.1-14.7 Закона «О защите конкуренции».

Таким образом, в действиях ООО «Фармтрансфер», выразившихся в использовании при производстве и реализации биологически активной добавки к пище «Ренотинекс» упаковки, сходной с упаковкой лекарственного препарата «Роватинекс» производства компании «РОВА ФАРМАСЬЮТИКАЛЗ ЛТД.» (Ирландия), усматриваются признаки нарушения статьи 14.8 Закона «О защите конкуренции».

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 было выдано ООО «Фармтрансфер»

предупреждение от 23.03.2020 № ИА/22938/20 о необходимости прекращения вышеуказанных действий путем прекращения использования упаковки, сходной с упаковкой лекарственного препарата «Роватинекс».

Настоящее предупреждение подлежало исполнению в течение тридцати дней с момента его получения.

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

Как следует из отчета об отслеживании почтового отправления, предупреждение ФАС России от 23.03.2020 № ИА/22938/20 было получено ООО «Фармтрансфер» 06.04.2020.

По истечении тридцати дней с момента его получения ООО «Фармтрансфер» не сообщило в ФАС России о выполнении предупреждения от 23.03.2020 № ИА/22938/20.

Таким образом, по состоянию на 10.07.2020 предупреждение ФАС России от 23.03.2020 № ИА/22938/20 ООО «Фармтрансфер» не было исполнено.

Согласно части 8 статьи 39.1 Закона «О защите конкуренции» в случае невыполнения предупреждения в установленный срок при наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства антимонопольный орган обязан принять решение о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства в срок, не превышающий десяти рабочих дней со дня истечения срока, установленного для выполнения предупреждения.

На основании изложенного был издан приказ ФАС России от 03.07.2020 № 604/20 о возбуждении дела и создании Комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения ООО «Фармтрансфер» (ОГРН 1165010050985, ИНН 5010052014, адрес: 141981, Московская обл., г. Дубна, ул. Приборостроителей, д. 2, здание 4А) статьи 14.8 Закона «О защите конкуренции».

Как следует из письменных пояснений ООО «Фармтрансфер», ООО «Фармтрансфер» своевременно исполнило предупреждение путем регистрации новой упаковки в системе Добровольной сертификации.

ООО «Фармтрансфер» указывает, что производство БАДа «Ренотинекс» в спорной упаковке не осуществляется с марта 2020 года.

При этом ООО «Фармтрансфер» отмечает, что не уведомило о

прекращении использования старой упаковки, поскольку не располагало сведениями о выдаче предупреждения, в связи с тем, что была допущена техническая ошибка и письмо было передано другому адресату - АО «Тензор». 21.07.2020 ООО «Фармтрансфер» обратилось в АО «Тензор» с запросом на розыск письма, 21.07.2020 письмо было передано ООО «Фармтрансфер».

Соответственно, исполнить предупреждение и сообщить о его исполнении в срок ООО «Фармтрансфер» не представлялось возможным.

Вместе с тем, в середине апреля 2020 года партнерами ООО «Фармтрансфер» были направлены по электронной почте результаты заседания Экспертного совета. Получив данную информацию, ООО «Фармтрансфер», предвосхищая события, самостоятельно приняло решение об изменении дизайна упаковки БАД «Ренотинекс».

Для создания нового макета упаковки (вторичная упаковка, листок вкладыш, блистер) ООО «Фармтрансфер» заключило договор № 0420/01/ФТ от 14.04.2020 с дизайнером на их подготовку. Макет в окончательной версии был согласован и утвержден 13.05.2020. 14.05.2020 ООО «Фармтрансфер» направил заявку и документы на получение сертификата соответствия в орган добровольной сертификации «МАРКА ГОДА».

19.05.2020 в рамках системы добровольной сертификации была утверждена новая упаковка, что подтверждается сертификатом соответствия МГ RU.001/П4111. С 20.05.2020 — 25.05.2020 с производителем был согласован макет новой упаковки для выпуска готовой продукции. 26.05.2020 ООО «Фармтрансфер» направило заявку на производство со сроком готовности/поставки продукции 31 неделя 2020 года, то есть 1 декада августа. Продукция была произведена 07.2020 и поставлена в адрес ООО «Фармтрансфер» 03.08.2020. 04.08.2020 продукция была введена в гражданский оборот посредством отгрузки товара дистрибьютору. 06.08.2020 товар появился в продаже в аптеках.

С момента производства товара в новой упаковке он был поставлен в следующие фармацевтические компании и аптечные сети: ООО «Годовалов», ООО «Фармгарант», ФК ГРАНД КАПИТАЛ, ООО «ВИТА ЛАЙН», ООО «АЛЕНФАРМА», ООО «Ирист 2000», ООО «Авиценна».

Таким образом, указанные обстоятельства свидетельствуют о своевременном прекращении использования старой упаковки.

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 № 08/01/14.8-29/2020 о нарушении антимонопольного законодательства доказательства и установленные по делу обстоятельства, Комиссия ФАС России пришла к следующим выводам.

В ходе рассмотрения дела № 08/01/14.8-29/2020 о нарушении антимонопольного законодательства Комиссия ФАС России установила, что ООО «Фармтрансфер» начало подготовительные мероприятия по созданию нового макета упаковки в начале апреля 2020 года, что подтверждается договором № 0420/01/ФТ от 14.04.2020 с ИП Мариевой М.В. Макет в окончательной версии был согласован и утвержден 13.05.2020. 19.05.2020 в рамках системы добровольной сертификации была утверждена новая упаковка, что подтверждается сертификатом соответствия МГ RU.001/П4111.

Таким образом, Комиссия ФАС России констатирует, что ООО «Фармтрансфер» было исполнено предупреждение от 23.03.2020 № ИА/22938/20 о необходимости прекращения действий, содержащих признаки нарушения антимонопольного законодательства, а именно: прекращения использования при производстве и реализации биологически активной добавки к пище «Ренотинекс» упаковки, сходной с упаковкой лекарственного препарата «Роватинекс» производства компании «РОВА ФАРМАСЬЮТИКАЛЗ ЛТД.» (Ирландия), до возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Согласно пункту 7 статьи 39.1 Закона «О защите конкуренции» при условии выполнения предупреждения дело о нарушении антимонопольного законодательства не возбуждается и лицо, выполнившее предупреждение, не подлежит административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства в связи с его устранением.

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

РЕШИЛА:

Рассмотрение дела № 08/01/14.8-20/2019 о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ООО «Фармтрансфер» (ОГРН 1165010050985, ИНН 5010052014, адрес: 141981, Московская обл., г. Дубна, ул. Приборостроителей, д. 2, здание 4А) прекратить в связи с отсутствием в действиях ООО «Фармтрансфер» (ОГРН 1165010050985, ИНН 5010052014, адрес: 141981, Московская обл., г. Дубна, ул. Приборостроителей, д. 2, здание 4А) нарушения антимонопольного законодательства.