# РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «14» мая 2020
В полном объеме решение изготовлено «21» мая 2020

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы — Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее — Апелляционная коллегия) в составе: "<...>",

рассмотрев жалобу АО «Полисорб» на решение Пензенского УФАС России от 18.02.2020 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 058/01/14.6-234/2019, в присутствии посредством видео-конференц-связи:

представителей АО «Полисорб»: "<...>"; ООО «Фармацевтическая Фабрика»: "<...>"; представителя Пензенского УФАС России: "<...>" ,

(уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы, размещено на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

## УСТАНОВИЛА:

на рассмотрение Апелляционной коллегии в порядке статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) поступила жалоба АО «Полисорб» (далее - Заявитель) на решение Пензенского УФАС России от 18.02.2020 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 058/01/14.6-234/2019 (далее также - Решение).

Решением Комиссия Пензенского УФАС России прекратила рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства № 058/01/14.6-234/2019, в связи с отсутствием в действиях ООО «Фармацевтическая Фабрика» признаков нарушения пункта 2 статьи $14^6$ Закона о защите конкуренции.

Заявитель с Решением не согласен, считает, что данное решение является незаконным и необоснованным, нарушает единообразие практики применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства и просит его отменить.

Доводы Заявителя изложены в жалобе, в частности, Заявитель полагает,

что противопоставленные товары могут быть взаимозаменяемыми товарами с точки зрения рядового потребителя с учетом общих мест сбыта, схожих функциональных свойств, порядка применения, ценового диапазона и сходного дизайна, кроме того, по мнению Заявителя, Пензенским УФАС России не дана оценка заявлению АО «Полисорб» относительно сходства упаковок биологически активной добавки «Альфасорб» производства ООО «Фармацевтическая Фабрика» и лекарственного препарата АО «Полисорб».

**В ходе рассмотрения жалобы Апелляционной коллегией установлено следующее.**

Дело № 058/01/14.6-234/2019 было возбуждено Пензенским УФАС России на основании заявления АО «Полисорб» о недобросовестной конкуренции со стороны ООО «Фармацевтическая Фабрика», связанной с копированием внешнего вида продукции Заявителя.

Согласно материалам дела № 058/01/14.6-234/2019 Заявитель является правообладателем обозначения «Полисорб» на основании товарных знаков, зарегистрированных в 5-м классе МКТУ. Данные товарные знаки АО «Полисорб» использует при оформлении выпускаемой продукции — лекарственного препарата «Полисорб».

Заявителю принадлежат авторские права на дизайн упаковки, также Заявитель использует специальные пресс формы для изготовления упаковки продукции (банки) с 2014 г., осуществляет заказ разработанных этикеток на продукцию лекарственного препарата «Полисорб» с 2015 г.

Также Пензенским УФАС России установлено, что ООО «Фармацевтическая Фабрика» осуществляет производство и реализацию биологически активных добавок к пище «Новосорб» с мая 2018 г. При этом с января 2019 г. данная продукция ООО «Фармацевтическая Фабрика» не производится.

В рамках рассмотрения дела № 058/01/14.6-234/2019, Пензенским УФАС России был направлен запрос в адрес Федеральной службы по интеллектуальной собственности (далее — ФБУ ФИПС) по следующим вопросам: являются ли сходными до степени смешения наименование «Новосорб» с товарными знаками Заявителя; являются ли сходными до степени смешения внешнее оформление биологически активных добавок «Новосорб» производства ООО «Фармацевтическая Фабрика» с продукцией АО «Полисорб».

По результатам исследования ФБУ ФИПС установлено, что комбинированное обозначение, включающее словесный элемент «Новосорб», расположенный на фоне полосы синего цвета, и надписи

информационного характера является сходным до степени смешения с комбинированным обозначением, включающим словесный элемент «Полисорб», расположенный на фоне полосы зеленого цвета, и надписи информационного характера в силу общего зрительного впечатления, вызванного сходством изобразительных элементов, а также сходством композиционного расположения словесных и изобразительных элементов.

Также в качестве подтверждения смешения продукции АО «Полисорб» и ООО «Фармацевтическая Фабрика» Заявителем представлен опрос, проведенный Фондом «Всероссийский Центр изучения общественного мнения». По данным опроса о мнении респондентов о сходстве/различии упаковок препаратов, на которых используются тестируемые обозначения, а также о возможности введения в заблуждение потребителей относительно их производителей, 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 выпускаются 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.

Как отражено в решении Пензенского УФАС России, данные доказательства указывают на наличие сходства упаковок лекарственного препарата «Полисорб» и биологически активной добавки к пище «Новосорб».

Вместе с тем в решении Комиссия Пензенского УФАС России пришла к выводу, что лекарственный препарат производства АО «Полисорб» и биологически активная добавка к пище «Новосорб» производства ООО «Фармацевтическая Фабрика» не являются взаимозаменяемыми товарами и обращаются на разных товарных рынках, в связи с чем Заявитель и ООО «Фармацевтическая Фабрика» не являются хозяйствующими субъектами-конкурентами в рассматриваемой ситуации.

На основании изложенного Комиссией Пензенского УФАС России рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства № 058/01/14.6-234/2019 было прекращено.

**Апелляционная коллегия, изучив жалобу на решение Пензенского УФАС России от 18.02.2020 по делу № 058/01/14.6-234/2019, пришла к следующим**

**выводам.**

Согласно пункту 7 статьи 4 Закона 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.

Недобросовестная конкуренция - это 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).

Из приведенного определения понятия недобросовестной конкуренции следует, что для признания действий недобросовестной конкуренцией они должны одновременно выполнять несколько условий, а именно: совершаться хозяйствующими субъектами; быть направлены на получение преимуществ в предпринимательской деятельности; противоречить законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости; причинить или быть способными причинить убытки другому хозяйствующему субъекту - конкуренту либо нанести ущерб его деловой репутации (причинение вреда).

Под направленностью действий хозяйствующего субъекта на получение преимуществ в предпринимательской деятельности понимается их объективная способность предоставить хозяйствующему субъекту такие преимущества. При этом сами преимущества означают такое превосходство над конкурентами, которое обеспечивает в том числе возможность увеличить размер получаемой прибыли по отношению к уровню прибыли при воздержании от указанных действий. Таким образом, действия хозяйствующих субъектов могут считаться направленными на получение преимуществ, если они позволяют хозяйствующим субъектам увеличить получаемую прибыль либо предотвратить ее неизбежное снижение.

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.

Соответственно, данная норма содержит запрет создания смешения с товарами хозяйствующего субъекта – конкурента в результате копирования или имитации внешнего вида рассматриваемого товара, то есть совокупности различных составляющих его элементов.

Кроме того, согласно методическим рекомендациям ФАС России от 28.04.2017 № АК/44651/17 «О практике доказывания нарушений, квалифицируемых в соответствии с пунктом 2 статьи $14^6$ Закона о защите конкуренции», одним из обстоятельств, подлежащих установлению и доказыванию в рамках рассмотрения дела, возбужденного по признакам нарушения пункта 2 статьи $14^6$ Закона о защите конкуренции, является наличие конкурентных отношений между хозяйствующими субъектами (факт введения в оборот товаров на одном и том же рынке).

Оборот лекарственных средств на территории Российской Федерации регулируется Федеральным законом от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» (далее — Закон № 61-ФЗ), 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.

Согласно пункту 4 статьи 4 Закона № 61-ФЗ лекарственные препараты – это лекарственные средства в виде лекарственных форм, применяемые для профилактики, диагностики, лечения заболевания, реабилитации, для сохранения, предотвращения или прерывания беременности.

Статьей 1 Федерального закона от 02.01.2000 № 29-ФЗ «О качестве и безопасности пищевых продуктов» установлено, что биологически активные добавки являются пищевыми продуктами и представляют собой 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».

Из приведенных норм следует, что лекарственные препараты не являются и не могут быть взаимозаменяемыми товарами с биологически активными добавками к пище, в том числе вследствие различий в составе действующих веществ, показаниях, требованиях к производству, качеству, эффективности и безопасности указанных товаров.

Более того, согласно пункту 8 Правил хранения лекарственных средств, утвержденных приказом Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации от 23.08.2010 № 706н в помещениях для хранения (к которым также относятся и витрины в аптечных учреждениях) лекарственные средства размещают в соответствии с требованиями нормативной документации, указанной на упаковке лекарственного препарата, с учетом в том числе фармакологических групп (для аптечных и медицинских организаций), что исключает хранение (выкладку) в одних витринах (на одних полках) лекарственных препаратов и биологически активных добавок к пище, которые не относятся ни к одной фармакологической группе, не являясь лекарственными препаратами.

Иное противоречило бы пункту 36 Правил надлежащей аптечной практики лекарственных препаратов для медицинского применения, утвержденных приказом Министерства здравоохранения Российской Федерации от 31.08.2016 № 647н.

На основании изложенного, по мнению Апелляционной коллегии, является верным вывод Комиссии Пензенского УФАС России, что ООО «Фармацевтическая Фабрика», производя и реализуя биологически активные добавки к пище «Новосорб» не может являться хозяйствующим субъектом-конкурентом АО «Полисорб», осуществляющим производство и реализацию медицинского препарата «Полисорб» в рассматриваемом случае.

Вместе с тем Апелляционная коллегия полагает, что реализация ООО «Фармацевтическая Фабрика» биологически активной добавки «Новосорб» в упаковке, сходной до степени смешения с упаковкой лекарственного препарата АО «Полисорб» могла причинить убытки другим хозяйствующим субъектам-конкурентам, реализующим взаимозаменяемые биологически активные добавки на соответствующем товарном рынке, что могло содержать в себе признаки нарушения статьи $14^8$ Закона о защите конкуренции.

Однако, Апелляционной коллегией установлено, что на момент принятия Пензенским УФАС России обжалуемого решения действия по выпуску продукции «Новосорб» с использованием оформления упаковки, сходной до степени смешения с оформлением продукции АО «Полисорб» были прекращены, ввиду чего отсутствие квалификации антимонопольным органом по статье $14^8$ Закона о защите конкуренции не влияет на выводы, изложенные в Решении.

Кроме того, исходя из положений части 2 статьи $39^1$ Закона о защите конкуренции принятие антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении статьи $14^8$ Закона о защите конкуренции без вынесения предупреждения о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, и до завершения срока его выполнения не допускается.

Следовательно, в настоящий момент основания для квалификации указанных действий по статье $14^8$ Закона о защите конкуренции отсутствуют.

При этом Пензенское УФАС России правомерно пришло к выводу об отсутствии в действиях ООО «Фармацевтическая Фабрика» по реализации биологически активной добавки «Новосорб» в сходной до степени смешения с упаковкой лекарственного препарата АО «Полисорб» нарушения статьи $14^6$ Закона о защите конкуренции.

Относительно довода Заявителя, что Пензенским УФАС России в решении не дана оценка заявлению АО «Полисорб» относительно сходства упаковок биологически активной добавки «Альфасорб» производства ООО «Фармацевтическая Фабрика» и лекарственного препарата АО «Полисорб», необходимо отметить следующее.

Исходя из информации, представленной Пензенским УФАС России и озвученной на заседании Апелляционной коллегии, по результатам рассмотрения заявления АО «Полисорб» в отношении ООО «Фармацевтическая Фабрика», в связи с недобросовестной конкуренцией, связанной с использованием наименований, сходных до степени смешения с товарными знаками Заявителя и с копированием внешнего вида продукции АО «Полисорб» при производстве изделий под наименованиями «Новосорб» и «Альфасорб» Пензенское УФАС России пришло к выводу, что в рассматриваемых действиях ООО «Фармацевтическая Фабрика» по производству и введению в оборот продукции под наименованием «Новосорб» и «Альфасорб», а также по использованию упаковки продукции «Альфасорб» признаки нарушения антимонопольного законодательства не усматриваются.

В связи с чем, на основании пункта 2 части 9 статьи 44 Закона о защите конкуренции Пензенским УФАС России было принято решение об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ООО «Фармацевтическая Фабрика», о чем Заявитель был проинформирован письмом Пензенского УФАС России от 24.05.2019 № 1882-2.

На основании изложенного, вопрос сходства упаковки биологически активной добавки «Альфасорб» производства ООО «Фармацевтическая Фабрика» и упаковки лекарственного препарата АО «Полисорб» не являлся предметом рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства № 058/01/14.6-234/2019.

Таким образом, Апелляционная коллегия полагает, что приведенные в обжалуемом решении выводы Пензенского УФАС России в полной мере соответствуют обстоятельствам дела и не нарушают единообразия при рассмотрении антимонопольными органами дел по признакам нарушения антимонопольного законодательства.

На основании изложенного, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что основания для отмены решения Пензенского УФАС России от 18.02.2020 по делу № 058/01/14.6-234/2019 отсутствуют.

Руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия,

**РЕШИЛА:**

оставить жалобу АО «Полисорб» на решение Пензенского УФАС России от 18.02.2020 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 058/01/14.6-234/2019 без удовлетворения.

"<...>" "<...>"

Согласно части 15 статьи 23 Закона о защите конкуренции решение коллегиального органа, принятое по результатам пересмотра решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, вступает в силу с момента его размещения на официальном сайте федерального антимонопольного органа в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет".

В соответствии с частью 1.1 статьи 52 Закона о защите конкуренции

решение о рассмотрении жалобы на решение и (или) предписание антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд в течение одного месяца с момента вступления в силу решения коллегиального органа федерального антимонопольного органа.