О П Р Е Д Е Л Е Н И Е

о назначении дела № 08/01/14.8-24/2020 о нарушении антимонопольного законодательства к рассмотрению

«28» мая 2020 г. г. Москва

Председатель Комиссии ФАС России по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства <...>

У С Т А Н О В И Л:

В Федеральную антимонопольную службу поступило заявление АО «Нижфарм» (далее – также Заявитель) о нарушении антимонопольного законодательства со стороны ООО «Мирролла Лаб» (далее – также Общество), выразившемся в недобросовестной конкуренции, связанной с производством гигиенического средства «Аквасол» в упаковке, сходной с упаковкой медицинского изделия «Аквалор».

Анализ представленных документов показал следующее.

АО «Нижфарм», зарегистрированное 16.05.1994, согласно выписке из ЕГРЮЛ осуществляет деятельность, в том числе по производству лекарственных препаратов и материалов, применяемых в медицинских целях (ОКВЭД 21.20).

АО «Нижфарм» осуществляет на территории Российской Федерации маркетинг и дистрибуцию серии медицинских изделий под товарным знаком «Аквалор»®. Кроме того, АО «Нижфарм» является правообладателем зарегистрированных товарных знаков по свидетельствам №№ 681026, 657960, 687930, 672532, которые представляют собой изображения упаковок «Аквалор®норм», «Аквалор®софт», «Аквалор®форте» и «Аквалор®беби».

ООО «Мирролла Лаб», зарегистрированное 21.12.2004, согласно выписке из ЕГРЮЛ осуществляет деятельность, в том числе по производству прочих пищевых продуктов, не включенных в другие группировки (ОКВЭД 10.89), производство лекарственных препаратов и материалов, применяемых в медицинских целях (ОКВЭД 21.20) и др. ООО «Мирролла Лаб» является производителем серии гигиенических средств

под торговым наименованием «Аквасол».

Продукты «Аквалор» и «Аквасол» являются средствами для гигиены и промывания носа на основе морской воды, а также реализуются в аптечных учреждениях.

Заявитель указывает, что упаковки указанных продуктов сходны, что обусловлено следующим:

• одинаковое сочетание цветов (схожая цветовая гамма фона упаковки с использованием изобразительных элементов розового, голубого, оранжевого и зеленого цветов);

• схожие шрифты, на обеих упаковках доминирующее место занимают схожие словесные элементы («Аквалор» и «Аквасол»), выполненные белым цветом и расположенные вертикально на левой части упаковок;

• сопроводительная информация расположена на правой части упаковок под словесным элементом;

• изобразительные элементы смещены к одной из сторон упаковки.

В подтверждение своих доводов Заявителем было представлено заключение АО «ВЦИОМ». Предметом социологического исследования стало мнение респондентов о сходстве/различии упаковок продуктов «Аквалор» и «Аквасол», а также введения потребителей в заблуждение относительно их производителей.

Согласно заключению АО «ВЦИОМ» шесть из десяти респондентов (62%) считают названия «Аквалор» и «Аквасол» в той или иной мере схожими по звучанию, пятая часть респондентов (23%) склоняются к мнению, что средства от насморка под тестируемыми названиями выпускаются одним производителем или группой компаний, четверо из десяти респондентов (39%) допускают, что могли бы перепутать при покупке продукты под названиями «Аквалор» и «Аквасол».

При одновременной демонстрации респондентам упаковок препаратов «Аквалор» и «Аквасол» более половины (56%) посчитали тестируемые упаковки препаратов в той или иной мере схожими. При этом подавляющее большинство респондентов, посчитавших упаковки схожими (85%), отвечая на открытый вопрос без вариантов ответов, отметили сходство цветовой гаммы, трое из десяти респондентов (29%) говорят о сходстве формы и размеров упаковок, 23% указывают на сходство использованных шрифтов.

При оценке отдельных элементов дизайна упаковок большинство респондентов отметили в той или иной мере сходство упаковок по

форме (89%), по названию (76%), по цветовой гамме линеек (68%), по расположению надписей (65%) и элементов (55%), 45% респондентов отметили также и сходство графических элементов.

Две трети респондентов (64%) считают, что упаковки препаратов «Аквалор» и «Аквасол» в целом схожи, несмотря на отдельные отличия.

Треть опрошенных (34%) допускают, что могли бы перепутать при покупке препараты в тестируемых упаковках. Трое из десяти опрошенных (29%) склоняются к мнению, что препараты в данных упаковках выпускаются одним производителем или группой компаний. Каждый второй участник опроса (48%) допускает, что мог бы воспринять препараты в тестируемых упаковках в качестве линейки продукции одного производителя.

Если бы продавец в аптеке предложил респондентам препарат «Аквасол» вместо препаратов «Аквалор», то семь из десяти респондентов (71%) допускают, что могли бы приобрести предложенный продукт вместо «Аквалор», что свидетельствует о высокой степени взаимозаменяемости данной продукции.

Семь респондентов из десяти (71%) знают, что средство для промывания носа «Аквалор» появилось на ранке раньше, чем «Аквасол». При этом большинство из них (55%) считают, что при разработке дизайна упаковки «Аквасол» за основу брали дизайн упаковки «Аквалор», а почти каждый второй (47%) придерживается мнения, что название «Аквасол» было придумано на основе названия «Аквалор».

Также в качестве доказательства позиции о схожести упаковок обозначенных продуктов «Аквалор» и «Аквасол», АО «Нижфарм» представило заключение ООО «Юридическая фирма «Союзпатент».

По итогам проведенного анализа ООО «Юридическая фирма «Союзпатент» пришло к выводу, что упаковки продуктов схожи до степени смешения, что может привести к смешению продуктов потребителями и возникновению у них мнения о принадлежности данных продуктов одному производителю.

Наиболее очевидно свидетельствуют о создании впечатления у потребителей о принадлежности товара «Аквасол» линейке имитируемых товаров «Аквалор» следующие результаты проведенного исследования: половина опрошенных респондентов допустили, что могли бы воспринять продукты «Аквасол» и «Аквалор» в тестируемых упаковках в качестве линейки продукции одного производителя. Треть опрошенных (34%) допускают, что могли бы перепутать при покупке препараты в тестируемых упаковках.

Семь из десяти респондентов допускают, что могли бы приобрести продукт «Аквасол» вместо продукта «Аквалор». При этом хотелось бы обратить внимание на тот факт, что «Аквасол» является косметическим средством, в то время как серия продуктов «Аквалор» являются медицинскими изделиями, зарегистрированными в установленном законодательством порядке.

Оборот медицинских изделий на территории Российской Федерации регулируется Федеральным законом от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», согласно части 4 статьи 38 которого медицинские изделия вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, если они зарегистрированы соответствующим уполномоченным федеральным органом исполнительной власти.

Как следует из открытых источников, «Аквасол» является средством гигиеническим для очищения и увлажнения носоглотки. Гигиенические средства - это предметы, предназначенные для поддержания в нормальном состоянии, в чистоте тела человека и его полостей. По мнению ФАС России, медицинские изделия не могут быть взаимозаменяемыми с гигиеническими средствами, в том числе вследствие абсолютных различий в составе действующих веществ, показаниях, требованиях к производству, качеству, эффективности и безопасности указанных товаров. Соответственно, рынок реализации медицинских изделий и рынок реализации гигиенических средств составляют различные товарные рынки, а хозяйствующие субъекты, реализующие медицинские изделия и гигиенические средства, не могут конкурировать между собой.

Вместе с тем, используя сходную упаковку, производитель гигиенического средства пытается создать впечатление о тождественности медицинского изделия и гигиенического средства. Соответственно, используя сходную с медицинским изделием упаковку, производитель гигиенического средства фактически осуществляет действия не на своем товарном рынке, а на товарном рынке медицинских изделий Российской Федерации, перетягивая потребительский спрос от медицинских изделий, обладающих определенными свойствами и гарантирующих соответствующий лечебный эффект, к гигиеническим средствам, отличающимся количественным составом, не имеющим подтвержденных качественных характеристик и, как следствие, не могущим гарантировать ожидаемый лечебный эффект.

Кроме того, вопрос об оценке допустимости действий по введению в оборот гигиенического средства «Аквасол» в упаковке, сходной с

упаковкой медицинского изделия «Аквалор», также был вынесен на заседание Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе.

Согласно пункту V 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 - косметическое средство и медицинское изделие, однако отметить их сходное назначение.

2. Отметить сходство упаковок косметического средства «Аквасол» и медицинского изделия «Аквалор», в том числе сходство цветовых решений, наименований товаров, расположения наименования товара, шрифта.

1.
    1.

    3. Указать, что производитель косметического средства не ограничен в выборе внешнего вида производимого товара и его упаковки, наличие сходства упаковок связано с намерением производителя косметического средства «Аквасол» создать впечатление у потребителей об отнесении данного товара к медицинскому изделию «Аквалор».

    4. Признать недобросовестным поведение производителя косметического средства «Аквасол» по введению в оборот товара под наименованием и в упаковке, сходными с наименованием и упаковкой медицинского изделия «Аквалор».

Таким образом, действия ООО «Мирролла Лаб» направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности по сравнению с другими хозяйствующими субъектами-конкурентами, производящими гигиенические средства для промывания носа, но не использующими упаковки, сходные с упаковкой медицинского изделия, 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 «Мирролла Лаб», выразившихся в в производстве гигиенического средства «Аквасол» в упаковке, сходной с упаковкой медицинского изделия «Аквалор», 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 «Мирролла Лаб» предупреждение <...> о необходимости прекращения вышеуказанных действий путем прекращения использования упаковки, сходной с упаковкой медицинского изделия «Аквалор» производства АО «Нижфарм».

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

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

ООО «Мирролла Лаб» сообщило в ФАС России, что не согласно с

выводами, сделанными в предупреждении ФАС России, поскольку в дизайне упаковки средства «Аквасол» используются принадлежащие ООО «Мирролла Лаб» объекты интеллектуальной собственности: товарный знак «Аквасол» по свидетельству № 659449, зарегистрированный в отношении товаров 03 и 05 классов МКТУ, а также промышленный образец «Этикетка для упаковки» по патенту № 119223.

По мнению ООО «Мирролла Лаб», выводы ФАС России о сходстве упаковок и названий продукции ООО «Мирролла Лаб» и АО «Нижфарм», а также требование ФАС России о необходимости прекращения использования упаковки продукции «Аквасол», по сути означает запрет на использование интеллектуальной собственности ООО «Мирролла Лаб», противоречат нормам законодательства об интеллектуальных правах, нарушают законные права и интересы ООО «Мирролла Лаб».

Кроме того, «Мирролла Лаб» указывает, что ошибочным является вывод ФАС России о том, дизайн упаковки продукции ООО «Мирролла Лаб» является сходным по цветовому и композиционному решению, взаимному расположению элементов на упаковке товаров, что подтверждается выводами экспертного заключения Союза дизайнеров России <...>, подготовленным <...>.

На основании проведенного исследования упаковок продукции ООО «Мирролла Лаб» и АО «Нижфарм», эксперты пришли к выводу, что в сравниваемых изображениях отсутствует сходство до степени смешения. При этом характер дизайна упаковок продукции «Аквасол» не может рассматриваться как воспроизведение либо переработка дизайна продукции «Аквалор».

Таким образом, по состоянию на 28.05.2020 предупреждение ФАС России <...> ООО «Мирролла Лаб» не 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 издан приказ ФАС России от 22.05.2020 № 482/20 о возбуждении дела и создании Комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения ООО «Мирролла Лаб» (ОГРН 1047855172551, ИНН 7802312529, адрес: 188663, Ленинградская область, Всеволожский район, городской

поселок Кузьмоловский, ул. Заводская, д. 3, корп. 361А, пом. 2-Н) статьи 14.8 Закона «О защите конкуренции»,

руководствуясь частью 13 статьи 44 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

О П Р Е Д Е Л И Л:

1. Назначить дело № 08/01/14.8-24/2020 о нарушении антимонопольного законодательства к рассмотрению **на 30.06.2020 в 15.00** по адресу: г. Москва, Уланский пер., д. 16, корп. 1

2. Привлечь к участию в рассмотрении дела № 08/01/14.8-24/2020 о нарушении антимонопольного законодательства в качестве:

ответчика:

ООО «Мирролла Лаб» (ОГРН 1047855172551, ИНН 5260900010, адрес: 188663, Ленинградская область, Всеволожский район, городской поселок Кузьмоловский, ул. Заводская, д. 3, корп. 361А, пом. 2-Н);

заявителя:

АО «Нижфарм» (ОГРН 1025203731937, ИНН 9909061487, адрес: 603950, Нижегородская обл., г. Нижний Новгород, ул. Салганская, д. 7).

Явка ответчика по делу № 08/01/14.8-24/2020 о нарушении антимонопольного законодательства или его представителей (с доверенностью на участие в рассмотрении дела) обязательна.

Примечания:

1. Согласно статье 43 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) лица, участвующие в деле о нарушении антимонопольного законодательства с момента возбуждения дела имеют право знакомиться с материалами дела, делать выписки из них, представлять доказательства и знакомиться с доказательствами, задавать вопросы другим лицам, участвующим в деле, заявлять ходатайства, давать пояснения в письменной или устной форме комиссии, приводить свои доводы по всем возникающим в ходе рассмотрения дела вопросам, знакомиться с

ходатайствами других лиц, участвующих в деле, возражать против ходатайств, доводов других лиц, участвующих в деле.

С материалами дела можно ознакомиться в Федеральной антимонопольной службе, контактный телефон (499) 755 23 23, доб. 088-138.

2. Копии документов, представленные для приобщения к материалам дела и не заверенные нотариально, должны быть заверены подписью руководителя и печатью юридического лица.

3. Для обеспечения пропусков в здание Федеральной антимонопольной службы паспортные данные представителей необходимо направить по адресу электронной почты <...> за 3 рабочих дня до рассмотрения дела.

4. В соответствии с частью 2 статьи 42 Закона «О защите конкуренции» лица, участвующие в деле о нарушении антимонопольного законодательства вправе осуществлять свои права и обязанности самостоятельно или через представителей, полномочия которых подтверждаются документами, оформленными в соответствии с законодательством Российской Федерации.