

РЕШЕНИЕ

по делу № 1-14-117/00-08-16

о нарушении антимонопольного законодательства

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «03» февраля 2017 г.

В полном объеме решение изготовлено «23» марта 2017 г.

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела № 1-14-117/00-08-16 о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

председатель Комиссии:

<...>,

рассмотрев дело № 1-14-117/00-08-16 о нарушении Компанией Гомеокан Инк (3025, Бульвар де л'Ассомпсьон, Монреаль, Квебек, H1N 2H2 Канада) статьи 14.2 и пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) в присутствии представителей АО «Буарон» и ООО «Буарон»: <...> (доверенность АО «Буарон» от 14.09.2015, доверенность ООО «Буарон» 01.09.2015), <...> (доверенность АО «Буарон» от 14.09.2015, доверенность ООО «Буарон» 01.09.2015), <...> (доверенность АО «Буарон» от 14.09.2015, доверенность ООО «Буарон» 01.09.2015) и представителя Компании Гомеокан Инк (Канада) <...> (доверенность от 28.07.2016, выданная Гинтарасом Миежисом, действующим на основании доверенности Компании Гомеокан Инк от 02.06.2016, с правом передоверия),

УСТАНОВИЛА:

В Федеральную антимонопольную службу поступило заявление ООО «Буарон» и Акционерного общества «БУАРОН» (Франция) (далее – Заявители) о нарушении антимонопольного законодательства со стороны Компании Гомеокан Инк (Канада), ООО «Грея» и ЗАО «Гиантера» (Литва), выразившемся в недобросовестной конкуренции, связанной с введением в заблуждение в отношении производителя лекарственного препарата «Натуркоксинум».

По мнению Заявителей, действия Компании Гомеокан Инк (Канада), ООО «Грея» и ЗАО «Гиантера» (Литва) по введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации лекарственного препарата «Натуркоксинум» в упаковке, сходной с упаковкой лекарственного препарата «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» (в старом и новом дизайне), реализуемого Заявителями, способны ввести в заблуждение потребителей указанной продукции, что является, актом недобросовестной

конкуренции, запрет на который установлен статьей 14.2 Закона о защите конкуренции.

При принятии решения по результатам рассмотрения заявления ФАС России исходил из того, что согласно пункту 17 постановления Пленума ВАС РФ от 17.02.2011 № 11 «О некоторых вопросах применения Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» субъектом административной ответственности за административные правонарушения, предусмотренные частью 2 статьи 14.33 КоАП РФ, по смыслу указанной части может быть лишь лицо, которое первым ввело в оборот товар с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг.

Внешний вид товара определяется производителем, в связи с чем ФАС России применил указанную позицию Высшего арбитражного суда Российской Федерации по аналогии к рассматриваемым обстоятельствам. По результатам анализа материалов Заявления ФАС России было установлено, что производителем (лицом, которое первым ввело в оборот товар) является Компания Гомеокан Инк (Канада).

В связи с изложенным, по результатам рассмотрения указанного заявления ФАС России в действиях Компании Гомеокан Инк (Канада) (далее – Компания) были установлены признаки нарушения антимонопольного законодательства, предусмотренные статьей 14.2 Закона о защите конкуренции.

На основании статьи 39.1 Закона о защите конкуренции ФАС России письмом от 10.03.2016 № ИА/14872/16 Компании Гомеокан Инк (Канада) было выдано предупреждение о необходимости прекращения введения в гражданский оборот на территории Российской Федерации лекарственного препарата «Натуркоксинум» в упаковках, дизайн которых схож с дизайном упаковки лекарственного препарата «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ», выпускаемого Заявителями, в том числе путем внесения изменений в макеты первичной и вторичной потребительских упаковок, содержащиеся в регистрационном досье Министерства здравоохранения Российской Федерации на зарегистрированный лекарственный препарат для медицинского применения «Натуркоксинум».

Письмом от 04.04.2016 Компания Гомеокан Инк (Канада) сообщила о своем несогласии с выводами ФАС России, изложенными в предупреждении, указывая на различие в дизайне упаковок лекарственных препаратов «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» и «Натуркоксинум».

Вместе с тем, в соответствии с частью 2 статьи 39.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» принятие антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении предусмотренных указанной нормой статей без вынесения предупреждения и до завершения срока его выполнения не допускается.

Срок выполнения Компанией Гомеокан Инк (Канада) предупреждения истек 21.07.2016.

Приказом ФАС России от 05.08.2016 № 1103/16 возбуждено дело № 1-14-117/00-08-16

о нарушении Компанией Гомеокан Инк (Канада) антимонопольного законодательства, а именно статьи 14.2 Закона о защите конкуренции) и создана комиссия по его рассмотрению.

Определением от 13.09.2016 № 08/63239/16 об отложении рассмотрения дела № 1-14-117/00-08-16 о нарушении антимонопольного законодательства Комиссией ФАС России действия Компании Гомеокан Инк (Канада) были дополнительно квалифицированы как содержащие также признаки нарушения пункта 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

Комиссией ФАС России по рассмотрению дела № 1-14-117/00-08-16 о нарушении антимонопольного законодательства (далее – Комиссия ФАС России) из представленных Заявителем и Компанией документов установлено следующее.

ООО «Буарон» является представителем Акционерного общества «БУАРОН» (Франция) на территории Российской Федерации и с 2008 года осуществляет введение в гражданский оборот лекарственного препарата «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» (регистрационные удостоверения П-8-242 № 007993 от 28.11.1996, П № 014236/01 от 07.08.2008, П № 014236/01 от 30.04.2014), производство которого осуществляется Акционерным обществом «БУАРОН» (Франция).

Данный препарат является гомеопатическим средством, имеющим показания к применению: грипп легкой и средней степени тяжести, острая респираторная вирусная инфекция (ОРВИ). Основным активным компонентом препарата является экстракт печени и сердца барбарийской утки. Выпускается в упаковках по 6, 12 и 30 доз.

Компания Гомеокан Инк (Канада) производит лекарственный препарат «Натуркоксинум». ООО «Грея» является представителем производителя на территории Российской Федерации. ЗАО «Гиантера» является с 27.03.2014 держателем регистрационного удостоверения № ЛСР-007708/09 от 01.10.2009 на лекарственный препарат «Натуркоксинум».

Данный препарат является гомеопатическим средством, имеющим показания к применению: лечение и профилактика гриппа и острых респираторных вирусных инфекций (ОРВИ). Основным активным компонентом препарата является экстракт печени и сердца барбарийской утки. Выпускается в упаковках по 6 и 9 доз.

Таким образом, Заявители и Компания Гомеокан Инк (Канада) осуществляют деятельность на рынке гомеопатических противовирусных лекарственных препаратов в географических границах Российской Федерации, то есть являются хозяйствующими субъектами – конкурентами.

Продуктовые границы товарного рынка были определены, в том числе, исходя из информации, изложенной в письме ФГБУ «НЦЭСМП» Минздрава России, согласно которой гомеопатические и аллопатические противовирусные лекарственные препараты не являются аналогами, так как имеют различные механизмы противовирусного действия, а также подходы и принципы к их назначению.

Лекарственный препарат «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» был зарегистрирован Министерством здравоохранения и медицинской промышленности Российской

Федерации 28.11.1996, что подтверждается регистрационным удостоверением № 07993, представленным в материалы дела Заявителями, при этом указанный лекарственный препарат стал оформляться Заявителями в оранжево-желтой цветовой гамме с 07.08.2008.

С 07.08.2008 по 30.04.2014 лекарственный препарат «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» реализовывался в Российской Федерации в упаковке в старом дизайне (Рис. 1), а с 30.04.2014 в новом дизайне (Рис. 2).

Рис. 1

Рис. 2

При этом представленные Заявителями фотографии иных реализуемых ими лекарственных препаратов свидетельствуют о том, что все они оформлены в едином фирменном стиле, меняются лишь цвета оформления.

Как указывают Заявители лекарственный препарат «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» за время его реализации в Российской Федерации получил широкую различительную способность, что подтверждается данными Аналитического отчета от 15.09.2015 № 173-2015, согласно которому более 82% респондентов знают упаковку лекарственного препарата «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в старом дизайне, более 88% и 79% знают, что препарат «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» производится компанией «БУАРОН» (в упаковках в старом и новом дизайнах соответственно).

Согласно сведениям, изложенным в Заявлении, весной 2014 года Заявителями было обнаружено присутствие на рынке лекарственного препарата «Натуркоксинум» в упаковке нового дизайна с использованием в оформлении схожей цветовой гаммы с цветовым оформлением лекарственного препарата «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» производства Заявителей.

В качестве доказательства введения Компанией Гомеокан Инк (Канада) в гражданский оборот на территории Российской Федерации лекарственного препарата «Натуркоксинум» в новом дизайне Заявителями представлены протоколы осмотра вещественного доказательства от 09.06.2015, фотографии выкладки лекарственных препаратов «Натуркоксинум» и «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в аптеках, а также протокол осмотра интернет страниц <http://naturkoksinum.ru> и <http://naturkoksinum.ru/use/>.

При этом, как указывают Заявители, до 2014 года лекарственный препарат «Натуркоксинум» реализовывался в упаковке, не имеющей ничего общего с внешним видом товара, вводимого в настоящее время в гражданский оборот на территории Российской Федерации (рис. 3 – старый дизайн, рис. 4 – новый дизайн).

Рис. 3

Рис. 4

В подтверждение довода о сходстве упаковок лекарственных препаратов «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» и «Натуркоксинум» Заявителями представлены следующие документы.

Аналитический отчет от 15.09.2015 № 173-2015, подготовленный Институтом социологии РАН, составленный по результатам социологического опроса в отношении упаковок препарата «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в старом дизайне и упаковка препарата «Натуркоксинум», согласно которому: 35% потребителей допускают возможность ошибки при покупке, в результате которой они могли бы купить товар в упаковке «Натуркоксинум» вместо товара в упаковке «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в старом дизайне; 44% потребителей считают, что лекарственные средства, выпускаемые в тестируемых упаковках, производятся одной компанией.

Из заключения по результатам социологического опроса в отношении упаковок препарата «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в новом дизайне и упаковка препарата «Натуркоксинум» следует, что 32% потребителей допускают возможность ошибки при покупке, в результате которой они могли бы купить товар в упаковке «Натуркоксинум» вместо товара в упаковке «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в новом дизайне и 45% опрошенных считают, что лекарственные препараты, выпускаемые в тестируемых упаковках, производятся одной компанией.

При этом 64% потребителей убеждены в том, что компания «Буарон» производит лекарственный препарат в упаковке «Натуркоксинум».

По результатам вышеуказанного исследования Институтом социологии РАН сделан вывод, что в случае одновременного присутствия на рынке лекарственных препаратов в упаковках «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» (в старом и новом дизайнах), а также лекарственного препарата в упаковке «Натуркоксинум», существует возможность введения потребителя фармацевтических препаратов, минеральных пищевых добавок, витаминов (05 класс МКТУ) в заблуждение относительно производителя.

Также Институтом социологии РАН был подготовлен Аналитический отчет от 15.09.2015 № 172-2015 по результатам лабораторного социологического эксперимента, задачей которого было проверить наличие или отсутствие сходства по степени смешения между упаковкой «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в старом и новом дизайне, с одной стороны, и упаковкой «Натуркоксинум», с другой.

Проведенный социологический эксперимент показал, что:

- упаковка «Натуркоксинум» была идентифицирована как упаковка «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в старом дизайне 17% испытуемых;
- упаковка «Натуркоксинум» была идентифицирована как упаковка «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в новом дизайне 23% испытуемых.

Таким образом, результаты эксперимента показали, что существует возможность введения потребителей в заблуждение в отношении производителя лекарственного препарата «Натуркоксинум».

Также в материалах дела имеется заключение Орловой В.В. по вопросу степени сходства комбинированных обозначений со словесными элементами «Оциллококцинум» и «Натуркоксинум», согласно которому:

- между упаковками «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» как в старом, так и новом дизайне и упаковкой «Натуркоксинум» имеется сходство до степени смешения;

- существует возможность введения потребителей в заблуждение относительно производителя в случае одновременного присутствия на рынке.

Вместе с тем, согласно представленной Компанией Гомеокан Инк. (Канада) копии регистрационного удостоверения Министерства здравоохранения Российской Федерации № ЛСР-007708/09 от 27.03.2009 на лекарственный препарат «Натуркоксинум» дизайн упаковки указанного препарата был изменен 31.07.2012.

Таким образом, на момент внесения Компанией Гомеокан Инк (Канада) изменений, в части дизайна упаковки лекарственного препарата «Натуркоксинум», в регистрационное удостоверение Министерства здравоохранения Российской Федерации лекарственный препарат «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» производился и вводился в гражданский оборот на территории Российской Федерации в упаковке, оформленной в старом дизайне.

В связи с изложенным предметом рассмотрения Комиссией ФАС России в рамках настоящего дела является вопрос сходства до степени смешения (возможности введения в заблуждение) упаковки «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в старом дизайне и упаковки «Натуркоксинум» в новом дизайне.

Как указывает Компания Гомеокан Инк (Канада) в своих письменных пояснениях, она, выходя на российский рынок, намеревалась сохранить дизайн упаковки препарата, используемый в Канаде. Указанный дизайн упаковки, согласно представленному Компанией образцу, представлял собой прямоугольную упаковку, оформленную в оранжево-желтом цвете (градиент) с красными и черными элементами, изображением простуженного человека, укутанного в одеяло, с красным опухшим носом и градусником во рту, а также у коробочки имелась верхняя плоская часть с прорезью для подвешивания.

Соответствующая заявка на регистрацию лекарственного препарата «Натуркоксинум» была подана Компанией в 2007 году. По результатам рассмотрения указанной заявки, согласно пояснениям Компании Гомеокан Инк, Росздравнадзор указал на недопустимость использования образов людей в оформлении упаковки лекарственных средств, в связи с чем в качестве макета упаковки лекарственного препарата «Натуркоксинум» был зарегистрирован иной дизайн (рис. 3).

Однако никаких подтверждающих указанные обстоятельства документов Компанией представлено не было, в связи с чем ФАС России был сделан запрос в Минздрав России.

Минздрав России письмом от 13.01.2017 № 20-2/10/2-134 сообщил, что ФГУ НЦ ЭСМП Росздравнадзора 16.05.2007 были приняты документы для проведения предрегистрационной экспертизы лекарственного препарата «Натуркоксинум». В соответствии с полученными результатами экспертной комиссии ФГУ НЦ ЭСМП Росздравнадзора было рекомендовано медицинское применение указанного препарата, а материалы регистрационного досье письмом от 16.07.2009 № 2017 были направлены в Росздравнадзор для государственной регистрации. Также Минздрав России указал на то, что действовавшим на момент проведения экспертизы Федеральным законом от 22.06.1998 № 86-ФЗ «О лекарственных средствах» не были урегулированы вопросы допустимости нанесения графических изображений на макеты упаковки лекарственных средств.

Вместе с тем, согласно представленным Минздрав России макетам первичной и вторичной упаковки лекарственного препарата «Натуркоксинум», на момент подачи заявки (2007 год) на макете упаковки присутствовало изображение человека, а на дату регистрации лекарственного препарата (2009 год) такое изображение отсутствовало. Цветовое решение упаковки представляется невозможным установить в связи с тем, что макеты первичной и вторичной упаковок представлены Минздрав России в черно-белой распечатке.

Как указывает Компания Гомеокан Инк (Канада), Компанией было принято решение о разработке нового дизайна упаковки, которая сохраняла бы основные цветовые сочетания, используемые в оформлении канадской упаковки, но адаптированной под российский рынок (более компактная форма коробочки, не включающая изображение человека). В подтверждение указанного довода Компанией Гомеокан Инк (Канада) в материалы дела был представлен договор на оказание услуг по дизайну от 18.03.2010 и письмо Компании в адрес Гинтараса Миежиса от 03.05.2010 о направлении макета упаковки «Натуркоксинум» для ее регистрации в Минздрав России.

Вместе с тем, в связи с судебными разбирательствами в отношении сходства до степени смешения словесных элементов «OSCILLOCOCCINUM» и «NATURCOKSINUM», инициированными Компанией «Буарон», регистрация нового дизайна упаковки была отложена до вступления в законную силу судебных актов по делу № А40-145823/10.

Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.02.2012 по делу № № А40-145823/10 апелляционная жалоба Компании «Буарон» была оставлена без удовлетворения, наименования «OSCILLOCOCCINUM» и «NATURCOKSINUM» были признаны не сходными до степени смешения.

После принятия указанного судебного акта Компания Гомеокан Инк (Канада) направила документы, в том числе макет упаковки лекарственного препарата «Натуркоксинум», для внесения изменений в регистрационное удостоверение Минздрав России. По результатам их рассмотрения 31.07.2012 Минздравом России было принято решение о регистрации указанных изменений.

Относительно доводов Заявителей о сходстве до степени смешения упаковок лекарственных препаратов «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» и «Натуркоксинум» Компания Гомеокан Инк (Канада) указывает на то, что доминирующим элементом на упаковке является словесный элемент (наименование лекарственного препарата).

Кроме того, именно словесное обозначение лекарственного препарата используется в устной речи (в общении с врачами, фармацевтами в аптеке, при обсуждении со знакомыми, реклама на радио, прессе, форумах и т.д.).

В обоснование указанного довода Компанией Гомеокан Инк (Канада) представлены результаты социологического опроса покупателей препаратов от гриппа и простуды, проведенного ООО «Гортис-инфо», согласно которым:

1) при покупке лекарственных препаратов покупатели ориентируются:

- 58% на его название;

- 28% на цену;

- 7% на советы фармацевта;

- 7% иное.

При этом никто из опрошенных не сказал в ответе, что ориентируется на внешний вид.

2) Большинство покупателей приобретают противовирусные препараты в аптеках «закрытого» типа и только 23% покупателей препаратов от гриппа и простуды приобретали их в аптеках самообслуживания.

При этом 67% из вышеуказанного числа покупателей искали нужное лекарство по названию; 21% по цене; 6% спросили у фармацевта; 6% по внешнему виду упаковки.

Относительно сходства/различия упаковок лекарственных препаратов «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в старом дизайне и «Натуркоксинум» в новом дизайне результаты социологического опроса свидетельствуют о следующем.

Более сорока процентов потребителей считают соответствующие упаковки совсем не похожими; около четверти потребителей считают, что упаковки скорее не похожи; четверть респондентов указала, что упаковки скорее похожи и только 5% респондентов считают, что упаковки очень похожи.

При этом 84,3% респондентов однозначно ответили, что не могли бы перепутать упаковки лекарственных препаратов «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в старом дизайне и «Натуркоксинум» в новом дизайне; 8,7% указали, что скорее могли бы перепутать и только 3% однозначно отметили возможность перепутать рассматриваемые упаковки.

Согласно результатам указанного опроса никто из респондентов не смог вспомнить производителя лекарственного препарата «Натуркоксинум». В качестве производителя лекарственного препарата «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» компанию «Буарон» указали 16% респондентов, из них только 2% предположили, что она является производителем лекарственного препарата «Натуркоксинум».

Комиссия ФАС России по рассмотрению дела № 1-14-117/00-08-16 о нарушении антимонопольного законодательства по результатам анализа представленных сторонами документов (материалов) пришла к следующим выводам.

Согласно сформулированному в [пункте 1 статьи 50](#) Конституции Российской Федерации принципу никто не должен дважды нести ответственность за одно и то же правонарушение.

Таким образом, учитывая, что Компания Гомеокан Инк (Канада) совершила одно действие, а именно, ввела в гражданский оборот на территории Российской Федерации лекарственный препарат «Натуркоксинум» в спорном дизайне, указанное действие не может быть признано нарушением и статьи 14.2 и пункта 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции одновременно.

Запрет на недобросовестную конкуренцию путем введения в заблуждение, установленный статьей 14.2 Закона о защите конкуренции, относится к запретам на

распространение соответствующей информации.

Таким образом, квалификация действий хозяйствующего субъекта как акта недобросовестной конкуренции, выразившегося во введении в заблуждение, возможна, только если указанным хозяйствующим субъектом тем или иным образом распространяется ложная информация о причастности его товара к другому производителю - конкуренту.

Действия же лица, касающиеся имитации внешнего вида товара конкурента, которые приводят (могут привести) к формированию у потребителей мнения о принадлежности данного товара иному производителю, должны быть рассмотрены на предмет наличия нарушения статьи 14.6 Закона о защите конкуренции (совершение действий, способных вызвать смешение). Перераспределение спроса в пользу ответчика в данном случае является последствием совершения им действий, способных вызвать смешение на рынке.

Исходя из изложенного, Комиссия ФАС России пришла к выводу об отсутствии в действиях Компании Гомеокан Инк (Канада) признаков нарушения статьи 14.2 Закона о защите конкуренции.

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.

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).

Материалами дела подтверждено, что спорный дизайн упаковки лекарственного препарата «Натуркоксинум» производства Компании Гомеокан Инк (Канада) был зарегистрирован в Минздраве России 31.07.2012. В указанный период времени лекарственный препарат «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» производился и вводился в гражданский оборот на территории Российской Федерации в упаковке, оформленной в старом дизайне.

В связи с изложенным предметом рассмотрения Комиссией ФАС России в рамках настоящего дела является вопрос сходства до степени смешения упаковки

«ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в старом дизайне и упаковки «Натуркоксинум» в новом дизайне.

Комиссией установлено, что упаковки лекарственных препаратов «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в старом дизайне и упаковки «Натуркоксинум» в новом дизайне имеют общие черты.

Однако необходимо принимать во внимание, что большинство лекарственных препаратов реализуются в прямоугольных упаковках, в том числе вытянутых по горизонтали, белого цвета с нанесением на них наименования препарата и элементов дизайна.

Кроме того, как указывает Компания Гомеокан Инк (Канада), сам по себе прием перехода одного цвета в другой (градиент) активно используется в оформлении товаров, в том числе лекарственных препаратов, реализуемых на территории Российской Федерации, в подтверждение чего в материалы дела представлены упаковки лекарственных препаратов, в оформлении которых используется градиент.

Рассматриваемые упаковки лекарственных препаратов также имеют ряд существенных отличий.

1) Словесный элемент (наименование лекарственного препарата) на упаковке «Натуркоксинум» расположен в нижней части упаковки, на упаковке же «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» он расположен по центру коробочки.

2) Композиционное построение рассматриваемых упаковок лекарственных препаратов в общем, также существенно различается. Упаковка «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» представляет собой находящийся в центре словесный элемент «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ», обрамленный сверху и снизу широкими полосами оранжево-желтого цвета одинакового размера. На упаковке «Натуркоксинум» верхнюю часть коробочки занимает прямоугольный элемент красно-желтого цвета, а на нижней части расположено наименование препарата.

3) Различается также и цветовое решение оформления упаковок лекарственных препаратов «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» и «Натуркоксинум». Так, в упаковке «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» основной фон лицевой стороны, как и вся остальная упаковка, выполнен в белом цвете; широкие полосы, обрамляющие наименование препарата, выполнены оранжево-желтым вертикальным градиентом. В упаковке «Натуркоксинум» основной фон также выполнен в белом цвете, однако верхняя и нижняя грань коробочки синего цвета, верхний прямоугольный элемент, занимающий значительную площадь коробочки (больше чем в упаковке «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ»), выполнен красно-желтым горизонтальным градиентом с изображением на нем в левом нижнем углу белых гранул.

4) Наименование лекарственного препарата «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» выполнено прописными (заглавными) буквами, в свою очередь наименование лекарственного препарата «Натуркоксинум» выполнено с заглавной буквы «Н», последующие буквы строчные; различаются также шрифты, которым выполнено наименование.

5) Словесные элементы «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» и «Натуркоксинум» не являются сходными до степени смешения, что установлено вступившими в законную силу

судебными актами по делу № А40 -145823/10.

Комиссией ФАС России с целью полного и всестороннего рассмотрения дела № 1-14-117/00-08-16 о нарушении антимонопольного законодательства и принятия объективного и обоснованного решения по нему, в том числе относительно возможности создания смешения на рынке, был исследован рынок лекарственных препаратов.

Рынок лекарственных препаратов имеет свою специфику, которая обусловлена, прежде всего, условиями приобретения потребителями указанных товаров. Так, условия приобретения такого рода товаров очевидно отличается от условий приобретения товаров повседневного потребления (например, хлеб, молоко, зубная паста и т.п.), что минимизирует возможность совершения ошибки потребителем, путем приобретения одного товара вместо другого вследствие их внешней схожести.

Подтверждением указанного вывода служат, в том числе, результаты социологического опроса покупателей препаратов от гриппа и простуды, проведенного ООО «Гортис-инфо», согласно которым при покупке лекарственных препаратов покупатели в первую очередь ориентируются на его название (58% потребителей). При этом никто из опрошенных не сказал в ответе, что ориентируется на внешний вид.

Указанный вывод является обоснованным в связи с тем, что лекарственные препараты приобретаются преимущественно по рекомендации врача, рекомендации фармацевта, исходя из сведений из интернета, собственного опыта применения, советов знакомых. Во всех перечисленных случаях потребитель осведомлен, в первую очередь, о названии лекарственного препарата, который намеревается приобрести.

Более того, лекарственные препараты, в отличие от товаров повседневного потребления, имеют ряд противопоказаний и побочных действий, что не может не сказаться на уровне внимательности и осмотрительности потребителя при приобретении такого товара.

Важно также отметить, что согласно данным социологического исследования, проведенного ООО «Гортис-инфо», 77% покупателей приобретают противовирусные препараты в аптеках «закрытого» типа, что подразумевает озвучивание продавцу (фармацевту) наименования необходимого товара, а, следовательно, исключает возможность ошибочного приобретения одного товара вместо другого вследствие внешнего сходства.

Из оставшихся 23% потребителей, приобретавших противовирусные препараты в аптеках «самообслуживания», 67% покупателей искали нужное лекарство по названию; 21% по цене; 6% спросили у фармацевта; 6% по внешнему виду упаковки.

Таким образом, только 1,4% потребителей от общего числа респондентов искали нужный препарат по внешнему виду.

Аналогичные данные указаны в результатах социологического исследования «Маркет-Лоция», размещенных в сети Интернет

(http://bd.fom.ru/report/cat/home_fam/healthca/offic/of19965105), согласно которым только для 1% респондентов при выборе лекарственного препарата имеет значение его внешний вид, упаковка.

В связи с этим представленные Заявителями Аналитический отчет от 15.09.2015 № 173-2015, подготовленный Институтом социологии РАН, составленный по результатам социологического опроса в отношении упаковок препарата «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в старом дизайне и упаковка препарата «Натуркоксинум», а также Аналитический отчет от 15.09.2015 № 172-2015, подготовленный Институтом социологии РАН, по результатам лабораторного социологического эксперимента, задачей которого было проверить наличие или отсутствие сходства по степени смешения между упаковкой «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в старом и новом дизайне, с одной стороны, и упаковкой «Натуркоксинум», с другой, не могут служить достаточным и неоспоримым доказательством реальной возможности приобретения потребителями лекарственного препарата «Натуркоксинум», ошибочно принимая его за «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» вследствие их внешнего сходства. Данный вывод основывается на существенном различии условий проведения соцопроса и лабораторного эксперимента от реальных условий приобретения потребителями лекарственных препаратов.

Комиссия ФАС России учитывает также отсутствие подтверждения причинения убытков (или возможности их причинения) Заявителям, особенно принимая во внимание тот факт, что по данным, представленным сторонами, доля рынка гомеопатических противовирусных препаратов, занимаемая Компанией Гомеокан Инк с лекарственным препаратом «Натуркоксинум», в сто раз меньше доли рынка Заявителей с лекарственным препаратом «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ».

В настоящем деле, по мнению Комиссии ФАС России, при наличии схожих элементов в оформлении упаковок лекарственных препаратов «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» и «Натуркоксинум» их сходство не достигает того уровня, при котором можно говорить о смешении или возникновении возможности смешения данных товаров, прежде всего не являются сходными до степени смешения наименования лекарственных препаратов.

При таких обстоятельствах необходимым является доказывание одного из признаков акта недобросовестной конкуренции – причинения или возможности причинения убытков конкуренту.

Исходя из изложенного, Комиссия ФАС России приходит к выводу о том, что совокупность установленных по делу о нарушении антимонопольного законодательства обстоятельств и анализ представленных доказательств не позволяют однозначно, безусловно и без всяких в том сомнений установить наличие в действиях Компании Гомеокан Инк (Канада) по введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации лекарственного препарата «Натуркоксинум» в упаковке, оформленной в сходной цветовой гамме с упаковкой лекарственного препарата «ОЦИЛЛОКОКЦИНУМ» в старом дизайне, реализуемого Заявителями, нарушения антимонопольного законодательства в виде недобросовестной конкуренции, запрещенной пунктом 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 48 Закона «О защите конкуренции» Комиссия прекращает рассмотрение дела о нарушении антимонопольного

законодательства в случае отсутствия нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых комиссией действиях (бездействии).

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 № 1-14-117/00-08-16 о нарушении антимонопольного законодательства в отношении Компании Гомеокан Инк. (Канада) прекратить в связи с отсутствием в ее действиях нарушения антимонопольного законодательства.

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