

РЕШЕНИЕ

по делу № 34-14128-18/8 о нарушении антимонопольного законодательства

Резолютивная часть решения оглашена «26» июня 2019 г.

В полном объеме решение изготовлено «01» июля 2019 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Самарской области по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе: заместителя руководителя Самарского УФАС России.....,

рассмотрев дело № 34-14128-18/8 по признакам нарушения ООО «Озон» пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) с использованием ВКС,

в присутствии на заседании Комиссии:

представителя заявителя - ООО «Такеда Фармасьютикалс» – ...

представителя ответчика - ООО «Озон» –.....

представителя заинтересованного лица – ООО «Трейдсервис» – представитель отсутствовал (лицо уведомлено надлежащим образом о месте и времени рассмотрения дела определением исх. № 5752/8 от 23.05.2019г., что подтверждается списком почтовых отправлений от 28.05.2019),

УСТАНОВИЛА:

В соответствии с положениями пункта 2 части 2 статьи 39 Закона о защите конкуренции основанием для возбуждения и рассмотрения настоящего дела явилось заявление ООО «Такеда Фармасьютикалс» (далее – Заявитель) (исх. б/н б/д / вх. № 7687 от 05.10.2018г.), перенаправленное ФАС России (далее – Заявление), о наличии признаков недобросовестной конкуренции в действиях ООО «Озон» (далее - Ответчик).

Из заявления следовало, что ООО «Такеда Фармасьютикалс» на территории Российской Федерации осуществляет выпуск лекарственного препарата «Кардиомагнил» с 2002г. Заявитель выпускает на территории Российской Федерации лекарственный препарат «Кардиомагнил» в текущем дизайне упаковки с 2007г. Заявителем выявлено наличие на рынке лекарственного препарата «Фазостабил» производства ООО «Озон» в упаковке, по мнению Заявителя, схожей до степени смешения с внешним видом упаковки лекарственного препарата «Кардиомагнил».

Лекарственный препарат «Фазостабил» является дженериком лекарственного препарата «Кардиомагнил». Дженерик - лекарственное средство, содержащее химическое вещество - активную фармацевтическую субстанцию, идентичную запатентованной компанией - первоначальным разработчиком лекарственного средства. Дженерики производятся и продаются после истечения срока действия патента и, соответственно, монополии компании - патентодержателя другими производителями под международным непатентованным названием либо под патентованным названием, отличающимся от фирменного названия разработчика препарата.

Таким образом Заявитель считает, что действия ООО «Озон» по использованию упаковки, схожей до степени смешения с внешним видом упаковки лекарственного препарата «Кардиомагнил» при производстве лекарственного препарата «Фазостабил», могут привести к необоснованному перераспределению покупательского спроса, тем самым нарушают запрет, установленный п. 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

Ответчик не согласился с доводами Заявителя и указал, что между ООО «Озон» и ООО «Трейдсервис» заключен лицензионный договор № РД0249919 от 20.04.2018г., на его основании Общество использует товарный знак № 604975(упаковка лекарственного препарата) и товарный знак № 582109 (наименование лекарственного препарата), которые составляют дизайн упаковки при производстве лекарственного препарат «Фазостабил». При этом товарный знак № 604975 (упаковка лекарственного препарата «Фазостабил») зарегистрирован 09.02.2017г., товарный знак № 582109 (наименование лекарственного препарата) зарегистрирован 26.07.2016г.

В свою очередь, ООО «Трейдсервис», осуществляя подготовку к регистрации патента на изобразительное решение, использованное на упаковке «Фазостабил», привлекло сертифицированного патентоведа и на законных основаниях получило свидетельства на товарные знаки № 604975 и № 582109.

Согласно сведениям Единого государственного реестра лекарственных средств, в настоящее время зарегистрировано 4 лекарственных препарата с аналогичным составом (ТромбоМАГ, Тромбитал, Фазостабил и Кардиомагнил) и все они имеют похожую сине-красно-белую цветовую гамму и изображение сердца.

Кроме того, ООО «Озон» отмечает, что упаковки лекарственных препаратов «Кардиомагнил» и «Фазостабил» существенно отличаются.

Ответчик считает, что Заявитель, обратившись с заявлением в антимонопольный орган, пытается таким образом затруднить доступ на рынок другим производителям лекарственного препарата Ацетилсалициловая кислота + (Магния гидроксид).

В связи с изложенным, по мнению ООО «Озон», в его действиях отсутствует нарушение антимонопольного законодательства.

Приказом руководителя Самарского УФАС России от 26.12.2018г. № 120 возбуждено дело по признакам нарушения ООО «Озон» пункта 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

Определением (исх. № 659/8 от 24.01.2019г.) к участию в деле в качестве заинтересованного лица привлечено ООО «Трейдсервис».

Комиссия Самарского УФАС России по рассмотрению дела № 34-14128-18/8 о нарушении антимонопольного законодательства, рассмотрев все приложенные к материалам дела доказательства, выслушав представителей сторон, установила следующие обстоятельства.

ООО «Такеда Фармасьютикалс» осуществляет деятельность на товарном рынке производства и реализации лекарственного препарата под международным непатентованным наименованием «Ацетилсалициловая кислота + (Магния гидроксид)», фармакологической группы – антиагрегатное средство – «Кардиомагнил». Данный лекарственный препарат предназначен для первичной профилактики сердечно-сосудистых заболеваний; профилактики повторного инфаркта миокарда и тромбоза кровеносных сосудов; профилактики тромбоэмболии после хирургических вмешательств на сосудах; нестабильной стенокардии в текущем дизайне упаковки в Российской Федерации с 2007 года и является известным и узнаваемым среди потребителей.

Как следует из письменных пояснений Заявителя (вх. № 8324-з от 06.12.2018г.) дизайн упаковки лекарственного препарата «Кардиомагнил» был разработан компанией Никомед Дания А/С (Дания) с привлечением иностранного агентства одновременно с его регистрацией в 2002г. в Российской Федерации. Начиная с 2002г., в дизайн упаковки вносились лишь незначительные изменения, однако договор с разработчиком дизайна упаковки, как и другие подтверждающие документы Заявитель представить не смог в силу их давности.

В качестве подтверждения своих доводов Заявитель представил следующие доказательства:

- устав ООО «Такеда Фармасьютикалс»;
- свидетельство ОГРН, свидетельство о переименовании юридического лица;
- выписку из ЕГРЮЛ в отношении ООО «Такеда Фармасьютикалс»;
- макет первичной упаковки лекарственного препарата «Кардиомагнил» П № 013875/01-251207 от 25.12.2007, макет первичной упаковки П № 013875/010 от 07.10.2016г., утв. Министерством здравоохранения РФ;
- сертификаты и дипломы (Ежегодная премия народного доверия «Марка №1» в России 2017; Диплом победителя международной фармацевтической премии

«Зеленый крест в категории «Препарат года» в номинации «Безрецептурный препарат»; Диплом и сертификат победителя премии «Товар года 2017» в номинации «Препараты, влияющие на кроветворение и кровь»);

- доказательства распространения рекламы лекарственного препарата «Кардиомагнил» в печатных и телевизионных СМИ (договоры и дополнительные соглашения к ним, медиа-планы, паспорта условий на размещение рекламы);

- декларации о соответствии с 2016г. по 2018г.;

- договоры и дополнительные соглашения к ним на производство упаковки лекарственного препарата «Кардиомагнил» на территории РФ;

- договоры и дополнительные соглашения к ним на оказание услуг по проведению маркетинговых и информационных мероприятий по продвижению продукции Заявителя, заключенные с аптечными сетями по всей территории РФ.

ООО «Озон», согласно представленным документам, осуществляет деятельность на товарном рынке производства и реализации лекарственного препарата под международным непатентованным наименованием «Ацетилсалициловая кислота + (Магния гидроксид)», фармакологической группы – антиагрегатное средство – «Фазостабил». Данный лекарственный препарат предназначен для первичной профилактики сердечно-сосудистых заболеваний; профилактики повторного инфаркта миокарда и тромбоза кровеносных сосудов; профилактики тромбоэмболии после хирургических вмешательств на сосудах; нестабильной стенокардии в текущем дизайне упаковки в Российской Федерации с 2017 года с использованием зарегистрированных товарных знаков № 582109 (наименование лекарственного препарата) и № 604975 (упаковка лекарственного препарата), является известным и узнаваемым среди потребителей.

В качестве подтверждения своих доводов Ответчик представил следующие доказательства:

- выписку из ЕГРЮЛ в отношении ООО «Озон»;

- регистрационное удостоверение лекарственного препарата для медицинского применения ЛП- 003790;

- макеты первичных упаковок лекарственного препарата «Фазостабил» № ЛП-003790 от 18.07.2018, утв. Министерством здравоохранения РФ;

- декларации о соответствии за 2017г.;

- доказательства распространения рекламы лекарственного препарата «Фазостабил» в печатных СМИ (договоры и дополнительные соглашения к ним);

- договоры и дополнительные соглашения к ним на производство упаковки

лекарственного препарата «Фазостабил»;

- список покупателей лекарственного препарата «Фазостабил»;

- объемы выпуска и реализации лекарственного препарата «Фазостабил» за 2017-2018гг.;

- договоры о поставках бронированных товарах.

Таким образом, Комиссия установила, что Заявитель и Ответчик осуществляют деятельность на товарном рынке по производству и реализации лекарственных препаратов под международным непатентованным наименованием «Ацетилсалициловая кислота + (Магния гидроксид)», фармакологической группы – антиагрегатное средство, для первичной профилактики сердечно-сосудистых заболеваний; профилактики повторного инфаркта миокарда и тромбоза кровеносных сосудов; профилактики тромбоэмболии после хирургических вмешательств на сосудах; нестабильной стенокардии в географических границах Российской Федерации, то есть являются хозяйствующими субъектам - конкурентами в понимании Закона о защите конкуренции.

Заявителем в материалы дела представлено заключение от 28.11.2018г., составленное патентным поверенным ООО «Юридическая фирма «Городисский и партнеры» - Ш. В.Г., в котором сделан вывод о том, что упаковка препарата «Фазостабил» является сходной до степени смешения с упаковкой препарата «Кардиомагнил».

В заключении отмечено, что с учетом высокой степени сходства фронтальных частей сравниваемых упаковок у потребителей может возникнуть представление о принадлежности этих лекарственных препаратов, предлагаемых совместно на рынке, одному производителю, что не соответствует действительности.

Приведенный анализ фонетического (звукового), графического (визуального) и семантического (смыслового) сходства позволяет сделать вывод о том, что фронтальная часть упаковки лекарственного препарата «Фазостабил» ассоциируется с фронтальной частью упаковки «Кардиомагнил» в целом за счет сходства композиционного построения, сходства изобразительных элементов, фонетического тождества существенной части словесных и цифровых элементов и сходства пространственного расположения цифровых и словесных элементов.

Исходя из изложенного, патентным поверенным сделан вывод о наличии сходства до степени смешения упаковок лекарственного препарата «Кардиомагнил», производства ООО «Такеда Фармасьютикалс» и лекарственного препарата «Фазостабил», производства ООО «ОЗОН».

Кроме того, из заключения патентного поверенного от 28.11.2018г. следует, что 18.12.2018г. зарегистрирован товарный знак № 688788 (приоритет с 17.11.2017г.)

(упаковка «Кардиомагнил» в текущем дизайне»).

Также заявителем был представлен социологический опрос, по определению возможности введения в заблуждение потребителей относительно лекарственных средств «Кардиомагнил» и «Фазостабил», проведенный Фондом содействия изучению общественного мнения «ВЦИОМ».

По результатам исследования, в котором приняло участие 1500 человек, сделаны следующие выводы:

1. Большинство респондентов (70%) говорят о сходстве упаковок препаратов «Кардиомагнил» и «Фазостабил». Среди них три четверти (75%) отмечают схожую цветовую гамму, а трое из десяти (29%) говорят о сходстве оформления в целом.
2. Более половины респондентов (54%) говорят о том, что могли бы воспринять препараты в тестируемых упаковках в качестве линейки продукции одного производителя.
3. Семь из десяти опрошенных (69%) считают, что препарат «Кардиомагнил» появился на рынке раньше препарата «Фазостабил». Среди них 44% считают дизайн упаковки «Фазостабил» измененным вариантом дизайна упаковки препарата «Кардиомагнил».
4. Подавляющее большинство респондентов (89%) знакомы с препаратом «Кардиомагнил». Среди них 40% впервые увидели его по телевизору, 31% узнали о нем от врача, а еще 17% - от знакомых, друзей или родственников. Препарат «Фазостабил» знаком только 3% участников опроса.

Таким образом, результаты исследования ВЦИОМ подтверждают, что возможно введение в заблуждение потребителей относительно лекарственных средств «Кардиомагнил» и «Фазостабил».

Заявителем, в обоснование своей позиции, представлена информация об объемах реализации лекарственного препарата «Кардиомагнил», однако согласно данной информации значительное падение продаж с началом появления на рынке лекарственного препарата «Фазостабил» не наблюдается.

В обоснование своего несогласия с доводами Заявителя Ответчик представил следующие доказательства.

ООО «Озон» представило информацию о средней закупочной цене за упаковку лекарственного препарата с МНН Ацетилсалициловая кислота + (Магния гидроксид) по итогам периода с января по август 2018 года, согласно которой стоимость лекарственного препарата «Фазостабил» ниже стоимости лекарственного препарата «Кардиомагнил»; доля рынка лекарственного препарата «Фазостабил» значительно ниже доли рынка лекарственного препарата «Кардиомагнил» (анализ компании «АльфаРМ»).

По заказу Ответчика Лабораторией социологической экспертизы

Федерального социологического центра РАН было проведено социологическое исследование, на основании которого подготовлено заключение. Выводы заключения, следующие:

1. Практически все опрошенные (99%) могут отличить упаковку товара «Фазостабил» от упаковки товара «Кардиомагнил». Подавляющее большинство потребителей (94%) считают, что не могли бы перепутать упаковку товара «Фазостабил» и упаковку товара «Кардиомагнил» при покупке. Подавляющее большинство респондентов (87%) ответили, что у товаров в тестируемых упаковках разные производители.

2. Подавляющее большинство опрошенных (87%) полагают, что у товара в упаковке «Фазостабил» и товара в упаковке «Кардиомагнил» разные производители. Кроме того, большинство респондентов, давших содержательный ответ на вопрос о производителе (55%), правильно определяют компанию, которая является производителем товара в упаковке «Фазостабил» - фармацевтическая компания «ОЗОН», что говорит о наличии на сегодняшний день у потребителей однозначных, соответствующих действительности ассоциаций между тестируемой упаковкой и компанией – производителем.

На основании полученных данных делается вывод о том, что в случае одновременного присутствия на рынке упаковки товара «Фазостабил» и упаковки товара Кардиомагнил опасность введения потребителей в заблуждение относительно производителя на сегодняшний день отсутствует.

Кроме того, в обоснование несогласия Ответчиком представлено заключение патентных поверенных В. С.А. и П. Л.К.

В рамках исследования проводился сравнительный анализ словесных компонентов:

1) анализ звукового (фонетического) сходства словесных обозначений «Фазостабил» и «Кардиомагнил» проводился по 11 признакам (из 11 признаков: 3 являются сходными (близость состава гласных, окончание «ИЛ», ударение на букве «И»; 8 - не сходны); вывод – сравниваемые словесные элементы не являются фонетически сходными до степени смешения;

2) анализ семантического (смыслового) сходства словесных обозначений «Фазостабил» и «Кардиомагнил» (словесные обозначения «Фазостабил» и «Кардиомагнил» являются фантазийными (Фазостабил - по смыслу воспринимается как приведение в устойчивое состояние к-л момента, стадии, фазы. Кардиомагнил – по смыслу воспринимается как магний для сердца), но образованы они из частей, имеющих определенные семантические ассоциации и в целом образуют совершенно разные слова) вывод – сравниваемые обозначения не имеют семантического сходства);

3) анализ графического сходства словесных обозначений «Фазостабил» и «Кардиомагнил» (СХОДНЫМИ признаками являются: оба словесных элемента

написаны заглавными буквами русского алфавита; цвет букв – белый; фон: Фазостабил - ярко – синий, Кардиомагнил – темно-синий; НЕ СХОДНЫМИ признакам являются: различные шрифты с различной толщиной букв; разная длина написания; Фазостабил - нанесен строгим стандартным шрифтом белого цвета отдельно от рисунка в виде красной ленты с маленьким белым сердцем, Кардиомагнил – нанесен в оригинальной манере белым цветом со стилизованной буквой «М» в виде сердечного импульса на фоне рисунка сердца от красного к розовому и светло-розовому; различное расположение изобразительных элементов по отношению к словесным на плашке) вывод - по результатам визуального сравнения словесных обозначений видно, что они производят различное зрительное впечатление и потому не являются графически сходными до степени смешения.

В рамках исследования проводился сравнительный анализ изобразительных компонентов комбинированных обозначений (из 6 признаков, один признак является сходным, 5 признаков не сходны):

1) Форма упаковки – (Фазостабил - прямоугольная, горизонтально ориентированная, Кардиомагнил - прямоугольная вертикально ориентированная – не сходно);

2) комбинированное обозначение сформировано из трех частей (верхняя, средняя и нижняя – сходно);

3) соотношение площади нижней части по отношению к площади верхней части (Фазостабил - 1:1, Кардиомагнил – 1:3, не сходно);

4) Фазостабил - верхняя часть обозначения представлена широкой плашкой ярко – синего цвета с несходным доминирующим словесным обозначением «Фазостабил» занимающим среднюю часть плашки; Кардиомагнил – верхняя часть обозначения представлена широкой плашкой темно-синего цвета с несходным словесным обозначением «Кардиомагнил», занимающим полную длину плашки – (не сходно);

5) Фазостабил - средняя часть обозначения представлена не стандартной фигурой белого цвета с волнообразной нижней частью, размещенной сверху тонкой красной полоской и информационного блока в 2 строки; Кардиомагнил - средняя часть обозначения представлена четырёхугольной фигурой белого цвета с размещенной сверху широкой красной полосой с надписью на ней «100 таблеток» и информационного блока в 6 строк и оригинальным фирменным логотипом производителя Takeda (не сходно);

6) Фазостабил – нижняя часть обозначения содержит крупный волнообразно – динамичный элемент, выполненный меняющимися оттенками красного цвета с темной кривой внутри, напоминающий наполненный кровью кровеносный сосуд, разжижаемой действием лекарственного препарата; Кардиомагнил – нижняя часть обозначения содержит прямоугольный треугольник, отделяющий своей гипотенузой эту часть обозначения от средней части и выполненный ярко-красным цветом (не сходно).

Итоговый вывод: сравниваемые комбинированные обозначения не являются сходными до степени смешения, не ассоциируются друг с другом и не могут приводить к возникновению у потребителя смешения товаров разных производителей.

Ввиду того, что в материалах дела имелись противоречивые доказательства, Комиссия Самарского УФАС России приняла решение о необходимости применения метода доказывания наличия (отсутствия) схожести (не схожести) упаковок лекарственных препаратов «Кардиомагнил» и «Фазостабил» путем вынесения на обсуждение Экспертного совета Самарского УФАС России по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции (далее – Экспертный совет, ЭС) вопроса о схожести / не схожести упаковок лекарственных препаратов.

Данный метод позволяет рассмотреть вопрос о возможности смешения лекарственных препаратов «Кардиомагнил» и «Фазостабил» обычными потребителями, а также выявить наличие или отсутствие факта введения потребителя лекарственных препаратов в заблуждение.

12 апреля 2019г. в Самарском УФАС России проходило очередное очное заседание Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции, в рамках которого на обозрение присутствующих членов ЭС были представлены спорные упаковки лекарственных препаратов «Кардиомагнил» и «Фазостабил», в целях проведения очного голосования по следующим вопросам:

1. Известно / не известно о лекарственных препаратах группы Ацетилсалициловая кислота + (Магний гидроксид)?
2. Если известно, то можете их назвать?
3. Если известно о лекарственных препаратах группы Ацетилсалициловая кислота + (Магний гидроксид), то как по Вашему мнению – их принимают по назначению врача или самостоятельно?
4. Являются ли наименования лекарственных препаратов «Кардиомагнил» и «Фазостабил» сходными до степени смешения?
5. Являются ли упаковки лекарственных препаратов «Кардиомагнил» и «Фазостабил» сходными до степени смешения?
6. Могли бы Вы перепутать данные препараты при покупке?

По результатам проведенного очного голосования был сформирован Протокол голосования №2 от 12.04.2019г., согласно которому в голосовании проголосовали 13 членов Экспертного совета следующим образом:

по первому поставленному вопросу: «Известно / не известно о лекарственных препаратах группы Ацетилсалициловая кислота + (Магний гидроксид)»? - **6 членов ЭС ответили «Да»; 7 членов ЭС ответили «Нет»;**

по второму поставленному вопросу: «Если известно, то можете ли Вы их назвать»? - **1 член ЭС ответил «Да»; 2 члена ЭС ответили «Нет»; 2 члена ЭС**

ответили «Кардиомагнил»; 1 член ЭС ответил «Тромбитал»; 7 членов ЭС воздержались от ответа при голосовании по указанному выше вопросу;

по третьему поставленному вопросу: «Если Вам известно о лекарственных препаратах группы Ацетилсалициловая кислота + (Магний гидроксид), то как по Вашему мнению – их принимают по назначению врача или самостоятельно?» – 3 члена ЭС ответили «Неизвестно/Не знаю»; 7 членов ЭС ответили «По назначению»; 1 член ЭС ответил «Самостоятельно»;

по четвертому поставленному вопросу: «Являются ли наименования лекарственных препаратов «Кардиомагнил» и «Фазостабил» сходными до степени смешения?» - 12 членов ЭС ответили «Нет»; 1 член ЭС ответил «Да»;

по пятому поставленному вопросу: «Являются ли упаковки лекарственных препаратов «Кардиомагнил» и «Фазостабил» сходными до степени смешения?» - 4 члена ЭС ответили «Да»; 9 членов ЭС ответили «Нет»;

по шестому поставленному вопросу: «Могли бы Вы перепутать данные препараты при покупке?» - 2 члена ЭС ответили «Да»; 11 членов ЭС ответили «Нет»; 1 член ЭС ответил «Не знаю».

По итогам голосования Члены Экспертного совета решили по вопросу сходства наименований лекарственных препаратов «Кардиомагнил» и «Фазостабил» до степени смешения 93% дали отрицательный ответ; по вопросу сходства упаковок лекарственных препаратов «Кардиомагнил» и «Фазостабил» до степени смешения 70% дали отрицательный ответ; по вопросу возможности перепутать лекарственные препараты «Кардиомагнил» и «Фазостабил» при покупке 77% дали отрицательный ответ; на заседании ЭС принято решение учесть мнение Экспертного совета при рассмотрении дела, возбужденного в отношении ООО «Озон» по заявлению ООО «Такеда Фармасьютикалс» о нарушении антимонопольного законодательства.

Таким образом, более 50% участников ЭС высказались, что невозможно перепутать лекарственные препараты Заявителя и Ответчика ни по упаковке, ни по названию.

Экспертный совет образован в целях рассмотрения вопросов, связанных, в том числе, с применением законодательства Российской Федерации о защите конкуренции, а также выработки предложений по его совершенствованию. Он является консультативно-совещательным органом при Самарском УФАС России. В состав Экспертного совета входят специалисты антимонопольного органа, представители органов исполнительной власти Самарской области, профессиональные участники рекламного рынка, эксперты и специалисты в отдельных областях знаний.

Обществами представлены в материалы дела образцы упаковок лекарственных препаратов «Кардиомагнил» и «Фазостабил».

Необходимо отметить, что многие лекарственные препараты, производимые различными компаниями, при цветовом оформлении используют одинаковую палитру, а именно, разнообразные оттенки сине-красно-белых тонов. Обусловлено это тем, что во всех схемах кровеносной системы венозная кровь изображается - синим цветом, а артериальная - красным. Таким образом, все производители логично хотят использовать данную цветовую гамму для того, чтобы показать пациенту, что данный препарат имеет определенное назначение – лечение заболеваний сердца и кровеносной системы.

Так, например, согласно сведениям Единого государственного реестра лекарственных средств, в настоящее время зарегистрированы 4 лекарственных препарата с аналогичным составом (Ацетилсалициловая кислота+ (Магния гидроксид)):

«ТромбоМАГ» - производитель ООО «Хемофарм» номер регистрационного удостоверения ЛП-003550;

«Тромбитал» - производитель ОАО «Фармстандарт-Лексредства» номер регистрационного удостоверения ЛП-004177;

«Фазостабил» – производитель ООО «Озон» номер регистрационного удостоверения ЛП-003790;

«Кардиомагнил» – производитель ООО «Такеда Фармасьютикалс» номер регистрационного удостоверения П №013875/01.

Все упаковки на вышеперечисленные лекарственные препараты оформлены с использованием сине-красно-белой гаммы.

Согласно письму ФАС России от 30.06.2017 № АК/44651/17 «О практике доказывания нарушений, квалифицируемых в соответствии с пунктом 2 статьи 14.6 «О защите конкуренции» наличие (обоснование) различительной способности у перечисленных элементов в качестве индивидуализации товара, который производит именно Заявитель, стойкой ассоциации потребителя товаров именно с заявителем, с целью установления того факта, что действия лица, копирующего спорные элементы индивидуализации, направлены на получение необоснованных преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности (доказывание целеполагания).

Не может считаться вызывающим смешения, например, реализация товара, внешне аналогичного товару конкурента, при том, что эта аналогия обусловлена какими-либо объективными причинами (батон хлеба, прямоугольная пачка масла и т.п., общепринятое цветовое сочетание на упаковках).

При этом следует исходить из того, что смешение, влекущее возможность приобрести один товар вместо другого, является вероятностным фактором оборота товара на рынке, где выбор его осуществляется самостоятельно

потребителем по ряду субъективных критериев. В связи с этим следует исключить случаи, когда выбор товара осуществляется на основании исключительно объективных функциональных характеристик (в точном соответствии с описанием технических и функциональных характеристик, как в ходе закупок, где независимо от способов оформления товара изготовитель устанавливается на основании документов) либо с участием квалифицированных специалистов и по конкретной марке/производителю/показаниям к применению (реализация в аптеке лекарственных препаратов, не находящихся в свободном доступе).

Также, все производители лекарственного препарата, выпускаемого под международным непатентованным наименованием «Ацетилсалициловая кислота+ (Магния гидроксид)» в своем оформлении используют изображение сердца.

Вышеприведенные факты, свидетельствуют о том, что цветовая гамма, используемая производителями лекарственных средств под МНН «Ацетилсалициловая кислота + (Магния гидроксид)» не может являться отличительной особенностью упаковки лекарственных препаратов Ацетилсалициловая кислота + (Магния гидроксид). В данном случае, потребители осуществляют выбор товара, основываясь на наименовании лекарственного препарата, а также рекомендации лечащего врача, поскольку лекарственные средства данной категории принимаются по назначению врача, о чем указано в инструкциях по применению.

Более того, данные лекарственные препараты реализовываются через аптечные сети. Согласно п. 3.1.1. Профессионального стандарта «Провизор» (утв. Приказом Минтруда России от 09.03.2016 № 91н) в трудовые функции провизора входит, в том числе консультации по группам лекарственных препаратов и синонимам в рамках одного международного непатентованного наименования и ценам на них; розничная продажа, отпуск лекарственных препаратов по рецептам и без рецепта врача, с консультацией по способу применения; принятие решения о замене выписанного лекарственного препарата на синонимичные или аналогичные препараты в установленном порядке и т.д.

Из чего следует вывод, что при покупке лекарственного препарата покупатель будет ориентироваться не на форму и цвет упаковки лекарственного препарата, а прежде всего на назначение (рекомендацию) врача и провизора.

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.

В соответствии с [пунктом 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.

В силу [пункта 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.

Оценив в совокупности все имеющиеся в материалах дела доказательства, приняв во внимание позиции сторон, Комиссия Самарского УФАС России приходит к следующим выводам.

Комиссией Самарского УФАС России из представленных материалов установлено, что относительное сходство отдельных элементов (цвет) упаковок лекарственных средств под МНН «Ацетилсалициловая кислота + (Магния гидроксид)» является типичным для рынка лекарственных препаратов под МНН «Ацетилсалициловая кислота + (Магния гидроксид)» и обусловлено это функциональными особенностями товаров данной категории, а также сложившимися обычаями оформления продукции.

Из представленных упаковок лекарственных средств под МНН «Ацетилсалициловая кислота + (Магния гидроксид)» Комиссией Самарского УФАС России установлено, что сине-красно-белый цвет упаковок является распространенным на рынке производства и реализации лекарственного препарата под международным непатентованным наименованием «Ацетилсалициловая кислота + (Магния гидроксид)», фармакологической группы – антиагрегатное средство.

Более того, законность использования цвето-графических решений при выпуске лекарственного препарата «Фазостабил», подтверждается тем фактом, что ООО «Озон» использует на упаковке цвето-графические решения, зарегистрированные ООО «Трейдсервис» (правообладатель товарного знака) в качестве товарного знака № 604975. В соответствии со ст. 1480 ГК РФ, государственная регистрация товарного знака осуществляется федеральным

органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации (Государственный реестр товарных знаков) в порядке, установленном статьями 1503 и 1505 настоящего Кодекса.

В соответствии со ст. 1499 ГК РФ экспертиза обозначения, заявленного в качестве товарного знака (экспертиза заявленного обозначения), проводится по заявке, принятой к рассмотрению в результате формальной экспертизы.

В ходе проведения экспертизы проверяется соответствие заявленного обозначения требованиям статьи 1477 и пунктов 1 - 7, подпункта 3 пункта 9 (в части промышленных образцов), пункта 10 (в части средств индивидуализации и промышленных образцов) статьи 1483 настоящего Кодекса и устанавливается приоритет товарного знака».

По результатам экспертизы заявленного обозначения федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности принимает решение о государственной регистрации товарного знака или об отказе в его регистрации. В соответствии с международными договорами Российской Федерации по результатам экспертизы товарного знака федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности принимает решение о предоставлении правовой охраны или об отказе в предоставлении правовой охраны товарному знаку на территории Российской Федерации.

Решение о государственной регистрации товарного знака может быть пересмотрено федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности до регистрации товарного знака.

Следствием соответствия, представленного ООО «Трейдсервис» изображения всем необходимым нормам, и в отсутствие нарушения законных прав третьих лиц, ФИПС осуществил регистрацию товарного знака № 604975 (упаковка л/п Фазостабил).

Между ООО «Трейдсервис» и ООО «Озон» был заключен лицензионный договор. 20.04.2018 года данный договор был зарегистрирован Федеральной службой по интеллектуальной собственности. Таким образом, ООО «Озон» на законных основаниях использует данное изображение на упаковке.

Порядок и основания обжалования регистрации товарных знаков установлен IV частью Гражданского кодекса РФ. Информация об оспаривании товарного знака № 604975 (упаковка л/п Фазостабил) в ФИПС или в Арбитражном суде Комиссии Самарского УФАС России не представлена.

Более того, согласно материалам заявки № 2017748526, представленным ФИПС по запросу Самарского УФАС России (вх. № 5366-з от 10.06.2019г.) заявитель обратился 17.11.2017г. (позже приоритета товарного знака № 604975 – упаковка л/п «Фазостабил») в ФИПС с заявкой № 2017748526 на регистрацию упаковки лекарственного препарата «Кардиомагнил» в качестве товарного знака. ФИПС принято решение о государственной регистрации товарного

знака № 688788 (упаковка л/п «Кардиомагнил»), поскольку в результате экспертизы заявленного обозначения установлено, что заявленное обозначение соответствует условиям его государственной регистрации в качестве товарного знака, в связи с чем принято решение о государственной регистрации товарного знака.

Таким образом, при регистрации товарного знака № 688788 (упаковка «Кардиомагнил») при проведении формальной экспертизы, вопросы о возможном сходстве именно с товарным знаком № 604975 (упаковка «Фазостабил») не возникало. При этом товарный знак № 688788 (упаковка «Кардиомагнил») был зарегистрирован.

Самарским УФАС России направлялся в ФИПС запрос (исх. № 11553/8 от 14.11.2018г.) по вопросу наличия сходства до степени смешения упаковок препаратов «Кардиомагнил» и «Фазостабил».

Из ответа ФИПС (исх. № 41-00232-12 от 10.01.2019г.) следует, что проведение исследования на предмет степени сходства упаковки препарата «Кардиомагнил» с упаковкой препарата «Фазостабил» не представляется возможным ввиду того, что на представленных на исследование упаковках размещены зарегистрированные товарные знаки. Положениями пункта 3.3 Соглашения о взаимодействии Федеральной антимонопольной службы и Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам от 09.04.2010 предусмотрено, что Роспатент имеет право отказать в предоставлении результатов исследования степени сходства, используемых в гражданском обороте обозначений с охраняемыми средствами индивидуализации в случае, если на его основе можно будет сделать вывод о неохраноспособности товарного знака.

Кроме того, согласно письму ФАС России (исх. № АК/211858/19 от 20.03.2019г.) территориальным органам ФАС России при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства необходимо учитывать, что в соответствии со сложившейся судебной практикой при наличии двух действующих свидетельств на товарные знаки до признания в установленном статьей 1513 Гражданского кодекса Российской Федерации порядке недействительным свидетельства с более поздней датой приоритета действия обладателя этого свидетельства по использованию своего обозначения не могут быть расценены в качестве нарушения прав на товарный знак, зарегистрированный ранее (Постановление Президиума ВАС РФ от 15.12.2009 № 10519/09 по делу № А63-2002/2008-С5-8).

Комиссией Самарского УФАС России установлено, что Заявителем и Ответчиком были проведены рекламные кампании, направленные на увеличение известности своих брендов, что подтверждает факт различительной способности и узнаваемости.

Из представленных документов Комиссией Самарского УФАС России установлено, что «Кардиомагнил» и «Фазостабил» относятся к лекарственным

товарам, приём которых должен обеспечивать достижение необходимого лечебного эффекта, что обуславливает более высокий уровень осмотрительности и внимательности при выборе конкретного препарата. Потребитель при выборе лекарственного препарата, обращает внимание на производителя, или наименование препарата или МНН (международное непатентованное наименование), которое назначил лечащий врач, останавливаясь на наиболее подходящем для него товаре. Таким образом, потребитель указанной продукции будет внимательно выбирать и рассматривать каждую упаковку товара, что вызовет повышенный интерес к информации на ней, в том числе наименование и производитель.

По мнению Комиссии Самарского УФАС России, конечным итогом действий хозяйствующего субъекта должно являться получение преимущества, занятие более выгодного положения на соответствующем товарном рынке по отношению к конкуренту.

Учитывая изложенное, Комиссия Самарского УФАС России в настоящий момент не выявила значительного перераспределения спроса на товарном рынке производства и реализации лекарственного препарата под МНН «Ацетилсалициловая кислота + (Магния гидроксид)» вследствие действий Ответчика по использованию своих товарных знаков на упаковке лекарственного препарата «Фазостабил». Из представленных сведений об объемах продаж Комиссией Самарского УФАС России установлено, что с момента введения в гражданский оборот лекарственного препарата «Фазостабил» не наблюдается значительных изменений в объемах реализации лекарственного препарата «Кардиомагнил». Как показывает анализ, проведенный компаниями «АльфаРМ» и ЗАО «Группа ДСМ», а также представленный Заявителем результат анализа ООО «Айкювия солишнс», лекарственные препараты «Фазостабил» и «Кардиомагнил» реализуются на рынке по ценам значительно отличающимся друг от друга. Так, «Кардиомагнил» продаётся более чем на 10 % дороже, по сравнению с «Фазостабил».

Комиссией Самарского УФАС России не была установлена какая-либо зависимость в колебаниях объемов продаж продукции Заявителя от введения в гражданский оборот продукции Ответчика.

В настоящем деле, по мнению Комиссии Самарского УФАС России, при наличии определенных общих цвето-графических элементов в оформлении упаковок Заявителя и Ответчика, их сходство не достигает того уровня, при котором можно говорить о смешении данных товаров на рынке производства и реализации лекарственного препарата под МНН «Ацетилсалициловая кислота + (Магния гидроксид)».

Под смешением понимается ситуация, при которой потребитель, выбирая товар, отвечающий за качество здоровья, может приобрести товар другого производителя, руководствуясь только сформировавшимся у него впечатлением от ранее приобретенного и известного ему товара. Исходя из

представленных доказательств, Комиссия соглашается с выводом Ответчика о том, что большинство потребителей различают товары производства Заявителя и Ответчика, что подтверждено данными полученными в результате очного голосования Экспертного совета, которые также не противоречат выводам заключения лаборатории социологической экспертизы ФГБУН Федеральный научно-исследовательский социологический центр РАН и заключению патентных поверенных Власовой С.А. и Петровой Л.К., которые представлены Ответчиком.

В соответствии с [пунктом 1 части 1 статьи 48](#) Закона о защите конкуренции Комиссия ФАС России 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 Самарского УФАС России,

решила:

1. Прекратить рассмотрение дела № 34-14128-18/8, возбужденное в отношении ООО «ОЗОН» (445351, Самарская область, г. Жигулёвск, ул. Песочная, д. 11, ИНН 6345002063, ОГРН 1026303241634, дата регистрации 18.03.1992г.) по признакам нарушения п. 2 ст. 14.6 Закона о защите конкуренции, в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых комиссией действиях (бездействии);
2. Предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства ООО «Озон» не выдавать.
3. Материалы дела № 34-14128-18/8 не передавать уполномоченному должностному лицу Управления для возбуждения дела об административном правонарушении.