



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РІШЕННЯ

26 вересня 2019 р.

Київ

№ 649-р

Про закриття провадження
у справі

Антимонопольний комітет України, розглянувши матеріали справи № 127-26.4/7-18 про порушення товариством з обмеженою відповідальністю «Ілан Фарм» (м. Київ, ідентифікаційний код юридичної особи 36948064) законодавства про захист від недобросовісної конкуренції та подання Управління розслідувань недобросовісної конкуренції від 19.07.2019 № 127-26.4/7-18/331-спр,

ВСТАНОВИВ:

1. ПРЕДМЕТ СПРАВИ

- (1) Антимонопольним комітетом України (далі – Комітет) розпочато розгляд справи № 127-26.4/7-18 за ознаками вчинення товариством з обмеженою відповідальністю «Ілан Фарм» (далі – ТОВ «Ілан Фарм», Відповідач) (м. Київ, ідентифікаційний код юридичної особи 36948064) порушення, передбаченого статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у вигляді неправомірного використання позначень.

2. ЗАЯВНИК

- (2) Заявником у справі є публічне акціонерне товариство «Фармак» (далі — ПАТ «Фармак», Заявник) (м. Київ, ідентифікаційний код юридичної особи 00481198).
- (3) ПАТ «Фармак» згідно з Єдиним державним реєстром юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань, зареєстрований 27.06.1994.
- (4) Заявник здійснює господарську діяльність, зокрема з виробництва та реалізації лікарських засобів.
- (5) Основним видом діяльності Заявника, згідно з кодом КВЕД 21.20, є виробництво фармацевтичних препаратів і матеріалів.
- (6) Таким чином, Заявник є суб'єктом господарювання у розумінні статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

3. ВІДПОВІДАЧ

- (7) Відповідач у справі — ТОВ «Ілан Фарм».
- (8) Згідно з даними Єдиного державного реєстру підприємств та організацій України та інформацією, наданою Відповідачем, видами діяльності ТОВ «Ілан Фарм», згідно з кодом КВЕД, зокрема, є:
 - виробництво дитячого харчування та дієтичних харчових продуктів фармацевтичних препаратів і матеріалів (код 10.86);
 - виробництво фармацевтичних препаратів і матеріалів (код 21.20);

- оптова торгівля парфумними та косметичними товарами (код 46.45).

- (9) Таким чином, Відповідач є суб'єктом господарювання у розумінні статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

4. ПРОЦЕСУАЛЬНІ ДІЇ

- (10) До Комітету надійшла заява ПАТ «Фармак» від 05.10.2017 № 17-9/59 (вх. № 8-01/480-АМ від 09.10.2017) про недобросовісну конкуренцію у діях ТОВ «Ілан Фарм» під час реалізації продукту «Пікомакс».
- (11) Розпорядженням державного уповноваженого Комітету від 25.01.2018 № 09/18-р, розпочато розгляд справи № 127-26.4/7-18 за ознаками вчинення ТОВ «Ілан Фарм» порушення, передбаченого статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у вигляді неправомірного використання без дозволу (згоди) ПАТ «Фармак» позначення «Пікомакс», схожого на позначення «Піколакс», яке Заявник раніше за ТОВ «Ілан Фарм» почав використовувати у своїй господарській діяльності, що може призвести до змішування з діяльністю ПАТ «Фармак».
- (12) Подання про попередні висновки від 26.02.2019 № 127-26.4/7-18/74-спр з пропозицією щодо визнання ТОВ «Ілан Фарм» таким, що вчинило порушення, передбачене статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» та з пропозицією щодо накладення штрафу і зобов'язання відповідно до законодавства про захист економічної конкуренції (далі – Подання 1).
- (13) ПАТ «Фармак» було подано клопотання від 06.03.2019 № 17-9/12 (вх. № 8-01/2833 від 06.03.2019) (далі – Клопотання) щодо закриття провадження у справі № 127-26.4/7-18.
- (14) Подання про попередні висновки у справі від 19.07.2019 № 127-26.4/7-18/331-спр з пропозицією щодо закриття провадження у справі № 127-26.4/7-18 (далі – Подання 2).

5. ОБСТАВИНИ СПРАВИ

Обставини справи встановлені за результатами дослідження діяльності Заявника

- (15) Заявник здійснює господарську діяльність, зокрема з виробництва та реалізації лікарських засобів та є одним із лідерів серед виробників лікарських засобів в Україні.
- (16) ПАТ «Фармак» здійснює виробництво та реалізацію лікарського засобу під позначенням «Піколакс» (далі – Засіб).
- (17) З наявної в Комітеті інформації, Заявник розпочав виробництво та реалізацію Засобу, зокрема у формі крапель для орального застосування 0,75 %, з жовтня 2004 року. Виробництво Засобу здійснюється ПАТ «Фармак» упродовж 13 років. Вказаний лікарський засіб виробляється в таких формах випуску:
- краплі оральні 0,75 %, по 15 мл або по 30 мл у флаконах № 1 (реєстраційне посвідчення на лікарський засіб № UA/1522/01/01);
 - таблетки по 5 мг, по 10 таблеток у блістері, по 1 блістеру в пачці з картону (реєстраційне посвідчення на лікарський засіб № UA/11778/01/01);
 - таблетки по 7,5 мг, по 10 таблеток у блістері, по 1 або по 3 блістери в пачці з картону (реєстраційне посвідчення на лікарський засіб № UA/11778/01/02).
- (18) Господарська діяльність Заявника з виробництва та реалізації Засобу розпочалась із жовтня 2004 року та супроводжується використанням знака для товарів і послуг від 15.06.2005 № 50840, а саме:

ПІКОЛАКС

(19) Засіб (в різних формах випуску) має наступний вигляд:



- (20) Відповідно до інструкції для медичного застосування, Засіб є проносним засобом місцевої дії. Діючою речовиною Засобу є натрію пікосульфат, вміст якого, зокрема у формі випуску крапель оральних 0,75 %, становить 7,5 мг (20 крапель).
- (21) Допоміжними речовинами Засобу, зокрема у формі випуску крапель оральних 0,75 %, є сорбіт (Е 420), натрію бензоат (Е 211), кислота лимонна, моногідрат, натрію цитрат, вода для ін'єкцій.
- (22) Також, згідно зазначеної інструкції, Засіб відноситься до фармакотерапевтичної групи: контактні проносні засоби (код АТХ А06А В08). Показанням Засобу є запори або випадки, що потребують полегшення дефекації.
- (23) Тобто Засіб має властивості послаблення кишечника та застосовується при запорах або випадках, що потребують полегшення дефекації.
- (24) ПАТ «Фармак» здійснювало рекламування Засобу на території України шляхом розміщення рекламних матеріалів на телебаченні. Зазначене підтверджується наданими Заявником договорами та актами надання послуг. На відповідні рекламні заходи, Заявником вкладались значні кошти, сума яких за період з 2011 по 2017 роки становила більш, ніж 23 млн. грн.
- (25) За повідомленням Заявника, він не надавав іншим особам дозволу на використання в господарській діяльності позначення «Піколакс».

Обставини справи встановлені за результатами дослідження діяльності Відповідача

- (26) Заявнику стало відомо про те, що ТОВ «Ілан Фарм» здійснюється реалізація продукту під торговою назвою «Пікомакс», який за своїм складом аналогічний Засобу, зокрема у формі випуску крапель оральних 0,75 %, виробництва ПАТ «Фармак».
- (27) В одній з аптек міста Києва Заявником 14.02.2017 виявлено реалізацію продукту під позначенням «Пікомакс» (краплі оральні 0,75 %) (далі – Продукт). З інформації зазначеної на упаковці Продукту встановлено, що його виробництво здійснено товариством з обмеженою відповідальністю «Науково-виробнича лабораторія «Фітопродукт» (далі – Товариство) (ідентифікаційний код юридичної особи 37660857) на замовлення ТОВ «Ілан Фарм».
- (28) Придбання вказаного товару підтверджується фіскальним чеком від 14.02.2017, що міститься в матеріалах цієї справи.
- (29) Продукт мав наступний вигляд:



- (30) З аналізу упаковки Продукту та інструкції до нього встановлено, що він не є лікарським засобом, у розумінні чинного законодавства, а є фітоконцентратом та дієтичною добавкою до харчування. Також, з аналізу вказаної інструкції, Продукт відноситься до контактних проносних засобів.
- (31) Як зазначалось Заявником, позиціонування Продукту як фітоконцентрату вказує на його рослинне походження. Водночас, Продукт містить у своєму складі діючу (хімічну) речовину – натрію пікосульфат (sodium picosulfate), вміст якої, як і в Засобі, зокрема у формі випуску крапель оральних 0,75 %, також становить 0,75%.
- (32) Також Заявник наголошував на тому, що лікарські засоби з діючою речовиною натрію пікосульфат відносяться до фармакотерапевтичної групи «Контактні проносні засоби» (код АТХ А06А В08). За класифікацією в терапевтичній практиці, препарати із зазначеною діючою речовиною належать до лікарських препаратів, що викликають хімічне подразнення слизової оболонки товстого кишечника. Лікарські засоби із вказаною діючою речовиною мають певні протипоказання та побічні реакції, що передбачає обов'язкову консультацію з лікарем.
- (33) До складу Продукту входили такі компоненти: сорбітол, вода очищена, пропіленгліколь, екстракт крушини, натрію пікосульфат, бензоат натрію. Тобто, у склад Продукту входили компоненти схожі на компоненти Засобу.
- (34) Таким чином, основною властивістю Продукту було також послаблення кишечника.
- (35) Проте, як на упаковці Продукту, так і в інструкції до нього зазначалось, що Продукт є фітоконцентратом.
- (36) Отже, Заявник і Відповідач здійснювали господарську діяльність на одному ринку засобів з діючою речовиною натрію пікосульфат, що використовується у проносних засобах.
- (37) ТОВ «Ілан Фарм» позиціонував Продукт як харчовий продукт (проносний засіб). Вказана інформація також підтверджується інструкцією до Продукту. Крім того, в інструкції зазначено, що він призначався для додавання до раціону харчування та має послаблюючі характеристики.
- (38) За наявної у Комітеті інформації, ТОВ «Ілан Фарм» виробляв Продукт виключно у формі крапель оральних (0,75 %) об'ємом 15 мл.
- (39) Товариством 29.04.2016 подано заявки №№ m 2016 09679, m 2016 09681 та m 2016 09682 на реєстрацію словесних позначень «PICOMAX», «ПІКОМАКС» та «ПІКОМАКС» відповідно, як знаків для товарів та послуг.
- (40) Згідно з наданою ТОВ «Ілан Фарм» інформації та документів встановлено, що воно не є виробником Продукту, проте є його замовником відповідно до укладеного з Товариством договору від 20.10.2015 № 8 та додаткової угоди від 07.06.2016 № 1 до нього.

- (41) Згідно з вищезазначеними договорами, Товариство за дорученням ТОВ «Ілан Фарм», приймало на себе обов'язки виконати роботи з виготовлення Продукту. Задля виконання відповідних дій Відповідач передавав Товариству печатну продукцію (коробки, етикетки, інструкції), згідно накладних. У свою чергу, ТОВ «Ілан Фарм» зобов'язаний приймати від Товариства готовий Продукт.
- (42) За повідомленням Відповідача, він ніс повну відповідальність за інформацію розміщену на упаковках Продукту.
- (43) Також, з наявної в Комітеті інформації перший промисловий випуск Продукту ТОВ «Ілан Фарм» здійснив в червні 2016 року, що підтверджується наданими видатковими накладними.
- (44) Отже, замовлення виробництва Продукту та його реалізація Відповідачем, розпочалось пізніше, ніж виробництво та реалізація Заявником Засобу.

Обставини справи встановлені за результатами аналізу взаємозамінності Засобу та Продукту

- (45) Відповідно до положень статті 2 Закону України «Про лікарські засоби», зокрема лікарський засіб – будь-яка речовина або комбінація речовин (одного або декількох АФІ та допоміжних речовин), що має властивості та призначена для лікування або профілактики захворювань у людей, чи будь-яка речовина або комбінація речовин (одного або декількох АФІ та допоміжних речовин), яка може бути призначена для запобігання вагітності, відновлення, корекції чи зміни фізіологічних функцій у людини шляхом здійснення фармакологічної, імунологічної або метаболічної дії або для встановлення медичного діагнозу.
- (46) Згідно з положеннями статті 1 Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» зокрема, дієтична добавка – харчовий продукт, що споживається у невеликих визначених кількостях додатково до звичайного харчового раціону, який є концентрованим джерелом поживних речовин, у тому числі білків, жирів, вуглеводів, вітамінів, мінеральних речовин (цей перелік не є виключним), і виготовлений у вигляді таблеток, капсул, драже, порошків, рідин або інших формах.
- (47) Разом з тим, термін харчовий продукт, що також закріплений Законом України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» – речовина або продукт (неперероблений, частково перероблений або перероблений), призначені для споживання людиною. До харчових продуктів належать напої (в тому числі вода питна), жувальна гумка та будь-яка інша речовина, що спеціально включена до харчового продукту під час виробництва, підготовки або обробки.

Термін «харчовий продукт» не включає:

корми;

тварин, які не призначені для споживання людиною живими;

рослини (до збору врожаю);

лікарські засоби;

косметичні продукти;

тютюн і тютюнові вироби;

наркотичні і психотропні речовини у межах визначень Єдиної Конвенції ООН про наркотики 1961 року і Конвенції ООН про психотропні речовини 1971 року;

залишки та забруднюючі речовини.

- (48) Тобто, Засіб та Продукт мали різний статус, проте мали схожу дію на організм, оскільки мали однакову кількість діючої речовини — натрію піко сульфат, що становив 7,5 мг.
- (49) Як вказувалось вище, Засіб застосовується при запорах або випадках, що потребують полегшення дефекації, а Продукт також мав послаблюючі характеристики.
- (50) Таким чином, Засіб та Продукт були взаємозамінними товарами, оскільки були проносними засобами та призначеними для полегшення дефекації, що в свою чергу могло призвести до змішування діяльності ПАТ «Фармак» з діяльністю ТОВ «Ілан Фарм».
- (51) Окремо слід зазначити, що активний фармацевтичний інгредієнт (лікарська речовина, діюча речовина, субстанція) (далі - АФІ), в розумінні Закону України «Про лікарські засоби», є будь-яка речовина чи суміш речовин, що призначена для використання у виробництві лікарського засобу і під час цього використання стає його активним інгредієнтом. Такі речовини мають фармакологічну чи іншу безпосередню дію на організм людини, у складі готових форм лікарських засобів їх застосовують для лікування, діагностики чи профілактики захворювання, для зміни стану, структур або фізіологічних функцій організму, для догляду, обробки та полегшення симптомів.
- (52) З наявної в Комітеті інформації, натрію пікосульфат є зареєстрованою, відповідно до вимог вказаного Закону АФІ, який використовується для виробництва проносних лікарських засобів.
- (53) Крім того, слід звернути увагу на те, що законодавством про лікарські засоби детально визначено правовідносини, пов'язані зі створенням, реєстрацією, виробництвом, контролем якості та реалізацією лікарських засобів, зокрема, що містять АФІ, та передбачає собою дотримання ряду обов'язкових процедур (етапів), яких дотримуються всі виробники лікарських засобів, але що не визначено для виробників дієтичних добавок.
- (54) Разом із тим, відповідно до інформації з Державного реєстру лікарських засобів України, на ринку України наявна значна кількість лікарських засобів з АФІ, показаннями для застосування яких є запори або випадки, що потребують полегшення дефекації.\
- (55) Кожна з наведених назв лікарських засобів є індивідуальною і не схожою одна на одну (за виключенням тих, що використовують назву діючої речовини таких засобів). Вказані назви мають чітку індивідуалізацію, що дозволяє уникнути в подальшому будь-яких сплутувань та схожості між ними, що в свою чергу забезпечує розпізнавальну здатність кожного такого лікарського засобу.
- (56) До того ж, аналіз позначення лікарського засобу «Піколакс» виробництва Заявника та Засобу, виробником якого є ТОВ «Ілан Фарм», свідчив про те, що вказані позначення були схожими: відмінність назв полягала лише в одній літері; обидва засоби мали послаблюючі властивості кишечника та однакову форму випуску (краплі оральні 0,75 % по 15 мл).
- (57) Крім того, реалізація лікарського засобу «Піколакс» та Продукту здійснювалась в аптечних закладах, що зважаючи на необізнаність та/або випадкову помилку споживачів у назві, могла призвести до їх сплутування.

Обставини справи, встановлені за результатами проведення опитування споживачів

- (58) З метою з'ясування можливості змішування діяльності ПАТ «Фармак» та ТОВ «Ілан Фарм», органами Комітету проведено опитування споживачів. Загальна кількість респондентів – 255 чоловік з різних куточків України.
- (59) За результатами опитування встановлено наступне:

- (60) 58,8 % опитаних респондентів вважали, що виробником Засобу (з зображенням, наведеним у цьому поданні, зокрема у формі крапель) є ПАТ «Фармак». Решта співвідносять його з іншими суб'єктами господарювання.
- (61) 45 % опитаних респондентів вважають, що виробником Продукту (з зображенням, наведеним у цьому поданні) був ТОВ «Ілан Фарм». Решта співвідносили його з іншими суб'єктами господарювання.
- (62) Також 63,1 % респондентів зазначили, що в них не складається враження про приналежність Засобу та Продукту одному виробнику. Проте 36,9 % повідомили протилежне.
- (63) На думку близько 58,8 % респондентів назва Засобу не схожа з назвою Продукту.
- (64) 56,5 % респондентів повідомили, що не могли б придбати Продукт внаслідок сплутування його назви з назвою Засобу.
- (65) З аналізу вказаної інформації вбачається, що близько половина опитаних споживачів не асоціюють Продукт з Заявником. Також, більшість опитаних респондентів зазначили, що назви Засобу та Продукту не є схожими, проте вказану продукцію з цими назвами можна сплутати.
- (66) Але, опитуванням також встановлено, що існує й інша частина споживачів з протилежною думкою. 41,2 % опитаних респондентів, на відміну від 58,8 % вважають, що назва Засобу схожа з назвою Продукту. 43,5 % опитаних споживачів могли б придбати Продукт внаслідок сплутування його назви з назвою Засобу.
- (67) У такий спосіб, існувала значна частина споживачів, яка могла сплутати Продукт з Засобом, внаслідок виникнення асоціативного зв'язку між продукцією Заявника та Відповідача. Вказане могло призвести до змішування діяльності цих суб'єктів господарювання.
- (68) Зазначене могло призвести до того, що необізнаний споживач, під час вибору необхідної продукції, міг обмежуватись лише візуальним сприйняттям та/або схожістю її назви, що у свою чергу могло призвести до сприйняття продукції ТОВ «Ілан Фарм» як такої, що вироблена безпосередньо Заявником.
- (69) Отже, використання Відповідачем на Продукті позначення «Пікомакс», могло призвести до змішування діяльності ТОВ «Ілан Фарм» з діяльністю ПАТ «Фармак» внаслідок використання ділової репутації, напрацьованої Заявником.
- (70) Враховуючи викладене, Комітетом складено Подання 1, відповідно до якого пропонувалось визнати, що ТОВ «Ілан Фарм» вчинило порушення, передбачене статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у вигляді неправомірного використання без дозволу (згоди) ПАТ «Фармак» позначення «Пікомакс», схожого на позначення «Піколакс», яке Заявник раніше за ТОВ «Ілан Фарм» почав використовувати у своїй господарській діяльності, що може призвести до змішування з діяльністю ПАТ «Фармак».
- (71) Позиція Комітету, що викладена у Поданні 1, була підтримана Заявником (лист від 06.03.2019 № 17-9/12 (вх. № 8-01/2833 від 06.03.2019)) на відміну від Відповідача (лист від 12.03.2019 № 01 (вх. № 8-09/3137 від 14.03.2019)).

6. ПІДСТАВИ ДЛЯ ЗАКРИТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВІ

- (72) Проте, Клопотанням Заявник повідомив, що між ним та Відповідачем укладено мирову угоду та надав її копію (від 27.05.2019 № 302-1/19).
- (73) Відповідно до зазначеної угоди, сторони зобов'язуються вчинити ряд дій щодо врегулювання спірного питання. Зокрема ТОВ «Ілан Фарм», зобов'язаний припинити

виробництво та реалізацію Продукту, будь-яке використання позначень «ПІКОМАКС», «ПИКОМАКС», «РІСОМАХ» тощо.

- (74) Також, як зазначило ПАТ «Фармак», підстави звернення до Комітету, наразі відсутні. У зв'язку з наведеним Заявник просить закрити провадження у справі № 127-26.4/7-18.
- (75) На підставі зазначеного, Комітетом направлено сторонам Подання 2 про закриття провадження у справі № 127-26.4/7-18.
- (76) ПАТ «Фармак» у своїй відповіді (лист від 02.08.2019 № 17-9/39 (вх. № 8-01/9056 від 05.08.2019) на Подання 2 повторно наголосив на вищезазначених фактах та підтримав пропозицію Комітету, викладену у Поданні 2.
- (77) Відповідно до частини третьої статті 30 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у разі надходження від заявника клопотання про відмову від заяви про захист своїх прав органи Антимонопольного комітету України можуть прийняти рішення про закриття провадження у справі.

Враховуючи наведене, керуючись статтею 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», статтями 27 і 30 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», статтею 49 Закону України «Про захист економічної конкуренції», та пунктами 23 та 36 Правил розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, затверджених розпорядженням Антимонопольного комітету України від 19 квітня 1994 року № 5, зареєстрованих у Міністерстві юстиції України 6 травня 1994 року за № 90/299 (у редакції розпорядження Антимонопольного комітету України від 29 червня 1998 року № 169-р) (із змінами), Управління розслідувань недобросовісної конкуренції

ПОСТАНОВИВ:

Закрити провадження у справі № 127-26.4/7-18

Рішення може бути оскаржене до господарського суду міста Києва у двомісячний строк з дня його одержання.

Голова Комітету

Ю. ТЕРЕНТЬЄВ