



## АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

### РІШЕННЯ

#### АДМІНІСТРАТИВНОЇ КОЛЕГІЇ КИЇВСЬКОГО ОБЛАСНОГО ТЕРИТОРІАЛЬНОГО ВІДДІЛЕННЯ

---

« 08 » вересня 2016 року

№ 41

справа № 151-02/10.15

м. Київ

Про закриття провадження  
у справі

Адміністративна колегія Київського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України, розглянувши подання Першого відділу досліджень та розслідувань Відділення з попередніми висновками у справі від 28.07.2016 № 75/ПС-02-05 та матеріали справи № 151-02/10.15 за ознаками порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції з боку товариства з обмеженою відповідальністю «Вітера» (02099, м. Київ, вул. Бориспільська, 15, код ЄДРПОУ 32304682),

#### **ВСТАНОВИЛА:**

Розпорядженням адміністративної колегії Київського міського територіального відділення Антимонопольного комітету України від 26.10.2015 №160/02-рп/к розпочато розгляд справи за ознаками порушення товариством з обмеженою відповідальністю «Вітера» (код ЄДРПОУ 32304682) законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, передбаченого статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у вигляді використання позначення «Лактузан» для комбінованого відновлюючого пребіотичного комплексу з хітозаном та лактулозою ентеросорбенту, що є схожим з позначенням «Лактусан», яке раніше почало використовувати товариство з обмеженою відповідальністю «Феліцата Україна» (надалі – Заявник, Підприємство).

Відповідно до розпорядження Антимонопольного комітету України від 26.10.2015 № 36-рп з 03 листопада 2015 року функції Київського міського територіального відділення Антимонопольного комітету України, відповідно до Положення про територіальне відділення Антимонопольного комітету України, виконує Київське обласне територіальне відділення Антимонопольного комітету України.

#### **В ході збору та аналізу доказів у справі встановлено наступне.**

Дорученням Антимонопольного комітету України від 10.07.2015 № 8-01/5583 Київське міське територіальне відділення Антимонопольного комітету України (надалі – Міське ТВ) було уповноважено розглянути заяву ТОВ «Феліцата Україна» б/н б/д (вх. від 13.07.2015 № 08-8/89 (з)) щодо наявності в діях товариства з обмеженою відповідальністю «Вітера» (надалі – Товариство) ознак порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції (надалі – Заява).

Так, Заявник повідомив, що має чинне Свідоцтво на знак для товарів та послуг № 74399 від 10.04.2007 року «Лактусан», що використовується для його продукції.

Разом з тим, Заявник повідомив, що його конкурент ТОВ «Вітера» розпочав продаж аналогічної /спорідненої продукції під знаком «Лактузан DUO» (Свідоцтво на знак для товарів та послуг № 127806 від 25.08.2010 року) й своєю продукцією вводили в оману споживачів.

У зв'язку з цим, ТОВ «Феліцата Україна» звернулось до Антимонопольного

комітету України із заявою про порушення ТОВ «Вітера» Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» щодо неправомірного, на думку Заявника, використання ТОВ «Вітера» знаку «Лактузан DUO», який є схожим зі знаком «Лактусан».

Заявником до Заяви додана упаковка дієтичної добавки пребіотику «Лактусан®», яка виготовляється та реалізується в Україні Заявником, та упаковка комбінованого відновлюючого пребіотичного комплексу з хітозаном та лактулозою ентеросорбенту з назвою «Лактузан™ DUO», яка реалізовується в Україні ТОВ «Вітера» (надалі – Товариство), які виявлені Заявником у торговельних мережах України.

Листом від 10.08.2015 б/н (вх. від 10.08.2015 № 09-8/2420) Заявник повідомив, що ТОВ «Феліцата Україна» почало виробництво дієтичної добавки пребіотику «Лактусан®» у 2006 році.

Разом з тим, Заявник припускає, що ТОВ «Вітера» реалізує пребіотик «Лактузан™ DUO» з 2010 року.

На думку Заявника, назва пребіотику «Лактузан™ DUO» виробництва ТОВ «Вітера» схожа з назвою пребіотику «Лактусан», що виробляється та реалізовується Заявником, що в свою чергу може ввести в оману споживачів.

В ході розгляду Заяви Міським ТВ було направлено вимогу про надання інформації до Товариства від 28.08.2015 №26-02/2953 (далі – Вимога).

За результатами розгляду Заяви, доданих до неї матеріалів та інформації, отриманої в ході розгляду Заяви, встановлено наступне.

ТОВ «Вітера» зареєстроване 24 грудня 2002 року Відділом державної реєстрації юридичних та фізичних осіб-підприємців Дарницького району реєстраційної служби Головною управління юстиції у місті Києві. Основним видом діяльності Товариства є оптова та роздрібна торгівля фармацевтичними товарами.

ТОВ «Феліцата Україна» зареєстроване у 2005 році Відділом державної реєстрації юридичних та фізичних осіб-підприємців Шевченківського району реєстраційної служби Головного управління юстиції у м. Києві.

Місцезнаходження Заявника: м. Київ, вул. Якіра, 17 А.

Основним видом діяльності Заявника є оптова та роздрібна торгівля фармацевтичними товарами (КВЕД 46.46), зокрема лактулозою, дієтичними добавками, тощо.

ТОВ «Феліцата Україна» займається активним просуванням дієтичної добавки з назвою «Лактусан®» як в Україні, так і інших країнах, зокрема, в Білорусії, Молдові, Грузії, Азербайджані.

Заявник приймає активну участь у виставках, проводить рекламні заходи шляхом поширення інформації про добавку з назвою «Лактусан®» в засобах масової інформації (друковані періодичні видання, зокрема «Дієтика», «Телескоп» тощо).

Присутність продукції Заявника на ринку, а також вжиття Заявником заходів з рекламування своєї продукції сприяють обізнаності споживачів про продукцію, яка ним реалізовується.

Як повідомив Заявник, оскільки питання про схожість спірних знаків до ступеня змішування мирно врегулювати не вдалося, він звернувся до суду.

До матеріалів Заяви ТОВ «Феліцата Україна» додало копію постанови Окружного адміністративного суду м. Києва від 07.04.2014 року у справі № 826/7953/13-а, предметом якої, зокрема, було визнання недійсним свідоцтва України на знак для товарів і послуг № 127806 від 25.08.2010 року та Ухвалу Київського апеляційного адміністративного суду від 11.09.2014 у справі № 826/7953/13-а, відповідно до яких встановлено наступне.

ТОВ «Феліцата Україна» звернулось до Окружного адміністративного суду м. Києва з позовом до Державної служби інтелектуальної власності України, в якому, зокрема, просило визнати протиправним та скасувати Свідоцтво України на знак для товарів та послуг № 127806 від 25.08.2010.

Позов було мотивовано наявним порушенням під час реєстрації знака для товарів і послуг «Лактузан Дуо», оскільки суб'єкт владних повноважень не врахував, що цей знак є схожим із позначенням «Лактусан» (№ 43311 від 15.09.2004, № 74399 від 10.04.2007 року).

Державним департаментом інтелектуальної власності Міністерства освіти і науки України 15.09.2004 за заявкою від 19.09.2002 видано свідоцтво України № 43311 на знак для товарів і послуг «ЛАКТУСАН» відносно товарів і послуг 5, 29, 30, 32, 35, 43 класів Міжнародної класифікації товарів і послуг (далі - МКТП), власником якого є ТОВ «Феліцата Холдінг» м. Москва, Росія.

Державним департаментом інтелектуальної власності Міністерства освіти і науки України 10.04.2007 за заявкою від 01.05.2005 видано ТОВ «Феліцата Холдінг» свідоцтво України № 74399 на знак для товарів і послуг «ЛАКТУСАН» для товарів і послуг 5, 33 та 42 класів МКТП.

ТОВ «Феліцата Україна» 15.05.2007 року одержало невиключне право на використання знаку «ЛАКТУСАН» за свідоцтвом України № 74399, а також права власника знаку стосовно судового захисту (пункт 2.8) (ліцензійний договір від 15.05.2007).

Відповідно до рішення Державного департаменту інтелектуальної власності (заявка від 09.12.2009 року) 25.08.2010 року зареєстровано знак для товарів і послуг «ЛАКТУЗАН ДУО» та видано відповідне свідоцтво на знак для товарів і послуг № 127806, відносно товарів і послуг 5 класу МКТП, власником якого є Федоненко Ігор Володимирович.

Федоненко І. В. є співвласником ТОВ «Вітера», яке є виробником пробіотичного комплексу «Лактузан™ DUO» і делегувало йому право на одержання свідоцтва на згаданий знак за заявкою m2009 16602.

Ухвалою Окружного адміністративного суду м. Києва м. Києва від 31.07.2013 у адміністративній справі № 826/7953/13-а за позовом ТОВ «Феліцата Україна» до Державної служби інтелектуальної власності було призначено судову експертизу об'єктів інтелектуальної власності (надалі – Судова експертиза).

Судовою експертизою досліджувались наступні об'єкти:

- знак для товарів і послуг за свідоцтвом України № 127806;
- знак для товарів і послуг за свідоцтвом України № 74399;
- знак для товарів і послуг за свідоцтвом України № 43311.

Предметом дослідження Судової експертизи були наступні питання:

- Чи є знак для товарів і послуг «ЛАКТУЗАН ДУО LAKTUZAN DUO» за свідоцтвом України №127806 схожим зі знаком ЛАКТУСАН за свідоцтвом України №74399, раніше зареєстрованим в Україні, настільки, що їх можна сплутати?

- Чи є знак для товарів і послуг «ЛАКТУЗАН ДУО LAKTUZAN DUO» за свідоцтвом України №127806 схожим зі знаком ЛАКТУСАН за свідоцтвом України № 43311, раніше зареєстрованим в Україні настільки, що їх можна сплутати?

- Чи є позначення «ЛАКТУЗАН ДУО LAKTUZAN DUO», на яке видане Свідоцтво України № 127806 від 25.08.2010 року на знак для товарів і послуг, таким, що може ввести в оману щодо товару, послуги або особи, що виробляє товари та надає послуги?

Згідно з висновком експерта Науково-дослідного центру судової експертизи з питань інтелектуальної власності № 167/13 від 20.09.2013 року, «знак для товарів і послуг за свідоцтвом України № 127806 «ЛАКТУЗАН ДУО LAKTUZAN DUO» є схожим настільки, що його можна сплутати зі знаком для товарів і послуг «ЛАКТУСАН» за свідоцтвом України № 74399, зі знаком для товарів і послуг «ЛАКТУСАН» за свідоцтвом України № 43311, раніше зареєстрованими в Україні» (мова оригіналу).

«Позначення «ЛАКТУЗАН ДУО LAKTUZAN DUO», на яке видане свідоцтво України № 127806 від 25.08.2010 року на знак для товарів і послуг є таким, що може ввести в оману щодо особи ТОВ «Феліцата Україна», яка є виробником товарів 5 класу, маркованих знаками для товарів і послуг «ЛАКТУСАН» за свідоцтвами України № 74399, № 43311» (мова оригіналу).

Судовою експертизою було встановлено схожість знаків для товарів і послуг «ЛАКТУСАН» і «ЛАКТУЗАН ДУО LAKTUZAN DUO» та встановлено, що позначення «ЛАКТУЗАН ДУО LAKTUZAN DUO» є таким, що може ввести в оману щодо особи ТОВ «Феліцата Україна».

Слід зазначити, що судовою експертизою при дослідженні схожості знака «ЛАКТУЗАН ДУО LAKTUZAN DUO» за свідоцтвом України №127806 із зареєстрованими знаками для товарів і послуг «ЛАКТУСАН» за свідоцтвами України № 74399, № 43311 була врахована фонетична (звукова), графічна (візуальна) та семантична (смілова) схожість.

Постановою Окружного адміністративного суду м. Києва від 07.04.2014 року у справі № 826/7953/13-а (надалі - Постанова) було, зокрема, визнано недійсним Свідоцтво України № 127806 від 25.08.2010 року на знак для товарів і послуг «ЛАКТУЗАН ДУО LAKTUZAN DUO».

Ухвалою Київського апеляційного адміністративного суду від 11.09.2014 у справі № 826/7953/13-а апеляційну скаргу Федоненка І.В. на Постанову залишено без задоволення, а Постанову залишено без змін.

Проте, Ухвалою Вищого адміністративного суду України від 20.10.2015 року у справі К/800/50750/14 (надалі – Ухвала) постанову Окружного адміністративного суду м. Києва від 07.04.2014 року та Ухвалу Київського апеляційного адміністративного суду від 11.09.2014 року скасовано, справу направлено на новий розгляд до суду першої інстанції.

Вищий адміністративний суд України приймаючи Ухвалу, врахував, зокрема, наступні обставини: **«Висновок, що ґрунтується лише на підставі фонетичної (звукової), графічної (візуальної) та семантичної (смілової) схожості не може бути достатньою підставою для відмови позивачу у реєстрації знаку.**

**Суди першої та апеляційної інстанцій, задовольнивши позов, не перевірили чи ґрунтується він на перевірці всіх обставин, що мають значення для порівняння позначень**, зокрема, дослідження роду товарів, їх призначення, виду матеріалу, з якого товари виготовлені, умови та канали збуту товарів, коло споживачів.

Суд першої інстанції не дав обґрунтованого висновку позовним вимогам в аспекті наслідків пропуску строку звернення до суду та поважності його причинам, а апеляційний суд взагалі не дав оцінку цій обставині.

*Неповнота у встановленні фактичних обставин справи не дає можливості суду касаційної інстанції визначитись в правильності правової позиції оцінки позовних вимог, проведеної судами попередніх інстанцій»* (мова оригіналу).

Ухвалою Окружного адміністративного суду м. Києва від 18.12.2015 у справі № 826/7953/13-а клопотання Державної служби інтелектуальної власності України (надалі ДСІВ) про залишення позовної заяви ТОВ «Феліцата Україна» без розгляду задоволено, адміністративний позов ТОВ «Феліцата Україна» до ДСІВ про, зокрема, скасування свідоцтва залишено без розгляду.

Ухвалою Київського апеляційного адміністративного суду від 13.01.2016 року у справі № 826/7953/13-а Ухвалу Окружного адміністративного суду м. Києва від 18.12.2015 у справі № 826/7953/13-а залишено без змін.

**Таким чином, Свідоцтво України № 127806 від 25.08.2010 на знак для товарів і послуг «ЛАКТУЗАН ДУО LAKTUZAN DUO» не було скасовано в судовому порядку.**

Разом з тим, проведеним Відділенням дослідженням щодо наявності/відсутності схожості позначень «ЛАКТУСАН» і «Лактузан», та упаковок зазначених препаратів встановлено наступне.

Знак для товарів і послуг «ЛАКТУСАН» за свідоцтвом України № 74399 зареєстровано для наступних товарів і послуг МКТП, клас 5: зокрема, фармацевтичні та ветеринарні препарати; гігієнічні препарати на лікарські (медичні) потреби; дієтичні речовини на лікарські (медичні) потреби, дитяче харчування.

Слід зазначити, що згідно з базою даних Державного підприємства «Український інститут інтелектуальної власності» (Укрпатент») (base.uipv.org) дія свідоцтва України № 43311 на знак для товарів і послуг «ЛАКТУСАН» з 20.09.2012 року припинена.

Знак для товарів і послуг «ЛАКТУЗАН ДУО LAKTUZAN DUO» за свідоцтвом України № 127806 зареєстровано для наступних товарів 5 класу МКТП: дієтичні та харчові добавки пребіотичної дії та ентеросорбенти.

За інформацією, отриманою в ході розгляду Заяви встановлено, що в аптечних мережах, зокрема в ТОВ «Людмила Фарм Ко» (м. Київ, пр-т Перемоги, 77/1) та в ТОВ «Вітамін» (м. Київ, вул. Підлісна, 3) в один і той же проміжок часу (07.08.2015) реалізувався як препарат Заявника (форма випуску табл. 0,5 № 60, сироп 100 гр, 200 гр, 300 гр) так і препарат Товариства (капсули 0,5 гр № 30).

Згідно з листом від 13.10.2015 № 173/15 (вх. Міського ТВ від 15.10.2015 № 09-8/3081) ТОВ «Столичний медичний Альянс» повідомило, що закуповує препарат «ЛАКТУЗАН ДУО» виробництва ТОВ «Вітера» у ТОВ «БадМ», ТОВ «ФРАМ КО», ТОВ «Оптіма – Фарм ЛТД», ТОВ «Вента ЛТД».

Листом від 28.08.2015 б/н (вх. від 28.08.2015 № 09-8/2632) ТОВ «Феліцата Україна» зазначило, що «дистриб'ютори, з якими вони працюють (СП «Оптіма-Фарм ЛТД», ТОВ «ФРАМ КО», ТОВ «БадМ», ТОВ «Галафарм») співпрацюють із ТОВ «Вітера», та замість придбання товару у нас, купують на їхню думку аналогічний товар у ТОВ «Вітера» (мова оригіналу).

Проте, зазначене не є доказом щодо змішування діяльності на ринку реалізації дієтичних добавок ТОВ «Феліцата Україна» і ТОВ «Вітера».

Товариство (лист від 30.06.2016 № 30/06 (вх. Відділення від 04.07.2016 № 01-11-1140)) повідомило, що є виробником комбінованого відновлюючого пребіотичного комплексу з хітозаном та лактулозою «ЛАКТУЗАН ДУО» у вигляді капсул з 2010 року та реалізує його оптовими партіями виключно через ТОВ «Югмедконтракт».

За поясненнями ТОВ «Вітера», воно «використовує у назві препарату слово «лактузан» через те, що основним компонентом препарату є лактулоза, а позначення у назві на «лактузан» на один з основних компонентів препарату є орієнтиром для споживача щодо властивостей препарату на організм» (мова оригіналу).

Разом з тим, Заявник пояснив назву препарату «Лактусан®» також тим, що вона пішла від слова лактулоза, так як сам продукт створений на основі лактулози.

При аналізі зовнішнього оформлення упаковок пребіотику «Лактусан®» (надалі – Препарат 1) та препарату «Лактузан™ DUO» (надалі – Препарат 2) (див. фото 1 та фото 2) Відділенням встановлено наступне.



Фото 1 Упаковка Препарату 1

Склад Препарату 1: лактулоза 66,0-70,0 %, лактоза не більше 27,0 %.

До складу Препарату 2 входить: лактулоза, пектин яблучний, екстракт цикорія, лактоза, хітозан, вітамін В3, В5, Е, В1, В2, В6, В7, В9, селен, В12, стеарат кальцію.

Таким чином, з огляду на склад цих препаратів, Препарат 1 є двокомпонентним, а Препарат 2 є комбінованим багатоконпонентним препаратом, додатково збагаченим

вітамінами групи В та іншими мінералами.



Фото 2 Упаковка Препарату 2

Упаковка Препарату 1 переважно білого-синього кольору, на якій нанесено однозначну словесну інформацію синього кольору щодо Препарату 1 і його виробника та графічне зображення у вигляді кола, в якому розміщені 2 краплі.

Упаковка Препарату 2 переважно білого кольору із однозначною словесною інформацією чорного кольору щодо Препарату 2 і його виробника, в нижній частині якої міститься вирізняльне позначення «VITERA®» та графічне зображення у вигляді частини тіла людини.

Таким чином, упаковки Препарату 1 та Препарату 2 відрізняються між собою за графічно-кольоровою композицією, загальним стилем. На обох упаковках міститься однозначна інформація щодо цих препаратів та їх виробників, зокрема на упаковці Препарату 2 - наявність вирізняльного словесного торговельного знаку «VITERA®», який ідентифікує ТОВ «Вітера», як виробника цього препарату.

Окрім зазначеного вище, з метою аналізу сприйняття споживачами словесного позначення «Лактусан», яке розміщено на упаковці препарату «Лактусан®», виробництва ТОВ «Феліцата Україна» та позначення «Лактузан», що міститься на упаковці дієтичної добавки «Лактузан™ DUO», виробником якої є ТОВ «Вітера», а також щодо схожості позначень «Лактусан» та «Лактузан», та можливості введення в оману споживачів (покупців) при виборі вказаної продукції зазначених суб'єктів господарювання, Відділенням було проведено опитування респондентів, різних за віком.

Згідно з пунктом 22 Правил розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, затверджених розпорядженням Антимонопольного комітету України від 19.04.94 р. №5, зареєстрованих в Міністерстві юстиції України 06.05.1994 за №90/299 (у редакції розпорядження Антимонопольного комітету України від 29 червня 1998 року №169-р), повноваження службовців Комітету щодо збирання доказів під час розгляду справи стверджуються службовим дорученням, виданим державним уповноваженим, а зазначені повноваження службовців відділення - службовим дорученням, виданим державним уповноваженим, головою відділення.

Опитування в ході збирання доказів у справі № 151-02/10.15 проводилось уповноваженими спеціалістами Відділення відповідно до службових доручень від 13.07.2016 № 21, від 13.07.2016 № 22, службової записки від 13.07.2016 № 02-05/15 щодо дозволу на

проведення опитування відповідними спеціалістами Відділення та затвердження проекту анкети.

Зазначені документи містяться у матеріалах справи № 151-02/10.15.

За результатами опитування встановлено, що 88,46 % вважають, що позначення «Лактузан» та «Лактусан» та упаковки вказаних препаратів, на яких розміщені ці позначення не є візуально схожими/тотожними.

67,3 % опитаних зазначає, що позначення «Лактузан» та «Лактусан» не мають звукової (фонетичної) схожості, тобто подібності у вимові.

55,76 % респондентів повідомили, що на їх погляд позначення «Лактузан» та «Лактусан», в цілому не є схожими, та такими, що їх можна сплутати.

Переважна більшість опитаних 92,3 % зазначили, що у них не складається враження про приналежність вказаних дієтичних добавок одному виробнику.

86,53 % респондентів вважають, що вони не змогли б придбати дієтичну добавку «Лактузан Дуо», замість дієтичної добавки «Лактусан» помилково (тобто всупереч рекомендаціям лікаря).

За результатами аналізу відповідей опитаних споживачів встановлено, що позначення «Лактузан» і «Лактусан» сприймається переважною більшістю споживачів, як такі, що не є в цілому схожими та тотожними і такими, що їх не можна сплутати. Крім того, у переважній більшості опитаних не складається враження про приналежність вказаних дієтичних добавок одному виробнику.

Отже, несхожість окремих основних елементів та зовнішнього оформлення упаковок в цілому Препарату 1 і Препарату 2, та однозначне зазначення виробників цих препаратів унеможливають змішування зазначених товарів і діяльності ТОВ «Феліцата Україна» з ТОВ «Вітера».

Таким чином, за результатами проведеного дослідження в ході збору доказів у справі, Відділенням не виявлено достатніх обставин та повної сукупності факторів, які можуть свідчити про наявність в діях ТОВ «Вітера» порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції.

*Відповідно до статті 49 Закону України «Про захист економічної конкуренції» розгляд справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції підлягає закриттю без прийняття рішення по суті, якщо, зокрема, не доведено вчинення порушення.*

За результатами збирання та аналізу доказів у справі № 151-02/10.15, Відділенням складено подання з попередніми висновками від 28.07.2016 № 75/ПС-02-05 (далі - Подання), копію якого листом від 28.07.2016 № 02-05/2572 було надіслано на адресу ТОВ «Вітера» та листом від 28.07.2016 № 02-05/2573 до ТОВ «Феліцата Україна».

Подання ТОВ «Вітера» було отримано 08.08.2016, що підтверджується повідомленням про вручення поштового відправлення № 0303510026198.

У запропонований строк з боку ТОВ «Вітера» до Відділення не надходило заперечень або зауважень на Подання.

У відповідь на Подання, листом від 19.08.2016 № юр/34 (вх. Відділення від 22.08.2016 № 01-11-2167) ТОВ «Феліцата Україна» надало заперечення, з якими Відділення не погоджується з наступних підстав.

*1. ТОВ «Феліцата Україна» було встановлено, що Відділенням «було проведено опитування респондентів різних за віком, яким було поставлені на погляд Підприємства неоднозначні п'ять питань, та на підставі результатів яких ви винесли попередні необгрунтовані висновки, та пропонуєте закрити провадження у справі № 151-02/10.15 без прийняття рішення по суті у зв'язку з не доведенням вчинення Товариством порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції» (мова оригіналу).*

Перелік питань та самі питання, які ставились в анкетах для опитування потенційних споживачів (покупців) дієтичних добавок визначався Відділенням виходячи із обставин та предмету справи № 151-02/10.15, та з урахуванням, зокрема, положень Закону України «Про

Антимонопольний комітет України», вимог статті 41 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (надалі – Закон).

Статтею 41 Закону визначено коло доказів, видів засобів доказування та порядок збирання доказів органами Антимонопольного комітету України при розгляді справ про порушення, зокрема, і законодавства про захист від недобросовісної конкуренції.

Відповідно до статті 41 Закону, доказами у справі можуть бути будь-які фактичні дані, які дають можливість встановити наявності або відсутності порушення, які встановлюються такими засобами: поясненнями сторін і третіх осіб, поясненнями службових осіб та громадян, письмовими доказами, речовими доказами і висновками експертів.

Законом не визначено певної форми доказів.

Слід зазначити, що висновки у Поданні ґрунтуються не лише на результатах зазначеного анкетування, що є відображенням думки споживачів (потенційних покупців), а й документів, наданих сторонами справи, на підставі проведеного Відділенням власного порівняльного аналізу зовнішнього оформлення упаковок Препарату 1, Препарату 2, складу цих препаратів, позначень «ЛАКТУСАН» і «Лактузан» на предмет їх схожості з метою дослідження питання, чи призводить використання Товариством позначення «Лактузан» у господарській діяльності до змішування з діяльністю та товарами ТОВ «Феліцата Україна».

На відміну від Судової експертизи, яка досліджувала питання схожості тільки позначень «ЛАКТУСАН» і «Лактузан» (на предмет фонетичної (звукової), графічної (візуальної) та семантичної (сислової) схожості), Відділенням був проведений також аналіз зовнішнього оформлення упаковок Препарату 1, Препарату 2 та зроблено висновок про їх загальну не схожість, що унеможливило змішування діяльності ТОВ «Феліцата Україна» і ТОВ «Вітера» в розумінні Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

*2. Щодо зауважень Підприємства стосовно процедури проведення опитування та оформлення анкет.*

Органи Антимонопольного комітету України під час розгляду справ про порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції не позбавлені права проводити опитування споживачів (потенційних покупців) продукції. Тому, Відділенням було проведено опитування (анкетування) респондентів різного віку, освіти, соціального рівня щодо схожості упаковки Препарату 2 виробництва ТОВ «Вітера» із упаковкою Препарату 1 виробництва ТОВ «Феліцата Україна», а також позначень «ЛАКТУСАН» і «Лактузан», з метою з'ясування, чи призводить використання Товариством позначення «Лактузан» у господарській діяльності до змішування з діяльністю, товарами ТОВ «Феліцата Україна». В свою чергу, респондент не зобов'язаний вказувати своє ім'я, вік, статус, освіту, сферу діяльності, дату заповнення анкети при проведенні будь – яких опитувань, а особа, що проводить опитування, в свою чергу, не має права вимагати одержання такої інформації від респондента. Тому, відсутність таких даних при проведенні Відділенням анкетування не може свідчити, що опитування (анкетування) проведено не вірно та не є обставиною, яка має значення для надання правової оцінки щодо наявності/відсутності порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції. Детальна інформація щодо результатів проведеного анкетування належним чином оформлена у вигляді службової записки від 22.07.2016 № 02-05/16, яка знаходиться у матеріалах справи.

Згідно із статтею 15 Закону України "Про Антимонопольний комітет України" апарат Антимонопольного комітету України, його територіальних відділень здійснює роботу із забезпечення діяльності Антимонопольного комітету України та його органів, територіальних відділень Антимонопольного комітету України, в тому числі організаційну, технічну, аналітичну, інформаційно-довідкову та іншу роботу. Посадові особи апарату Антимонопольного комітету України та його територіальних відділень з метою виконання завдань, визначених частиною першою цієї статті, можуть зокрема: проводити розслідування за заявами і справами про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, безперешкодно входити до приміщень підприємств, установ та організацій під час проведення перевірок та розслідувань за заявами і справами про порушення законодавства



про захист економічної конкуренції, при розгляді заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, вимагати від суб'єктів господарювання, об'єднань, органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, їх посадових осіб і працівників, інших фізичних та юридичних осіб інформацію, в тому числі з обмеженим доступом.

Розслідування - це діяльність уповноважених органів і посадових осіб з виявлення, розкриття і процесуального оформлення будь-яких обставин. Основним завданням розслідування - є виявлення юридично значимих фактів та надання їм попередньої юридичної кваліфікації. Під ним також розуміється система процесуальних дій, які проводяться відповідними органами для збирання доказів, встановлення об'єктивної істини з відповідного питання.

Відповідно до пункту 11 Положення про територіальне відділення Антимонопольного комітету України, затвердженого розпорядженням Антимонопольного комітету України від 23 лютого 2001р. №32-р, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 30 березня 2001р. №291/5482 (із змінами), діяльність щодо виявлення, попередження та припинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції здійснюється територіальним відділенням з додержанням процесуальних засад, визначених законодавчими актами України.

В зазначених анкетах мало місце фіксація інформації, що мала значення для розгляду справи № 151-02/10.15.

Отже, Відділення провело опитування в межах повноважень та з додержанням процесуальних засад, визначених законодавчими актами України.

Про правомірність використання органами Антимонопольного комітету України результатів опитування споживачів при розгляді справ про порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції йдеться зокрема у постановках Вищого господарського суду України від 19.02.2013 р. у справі № 5023/3321/12 та від 26.02.2013 р. у справі № 17/5005/5821/2012.

*3. Підприємство просить залучити висновок судового експерта № 167/13 від 20.09.2013 року до справи.*

Зазначений висновок міститься в матеріалах справи № 151-02/10.15 та його було враховано Відділенням під час складання Подання.

В той же час, висновок про наявність схожості та змішування товарів і господарської діяльності суб'єктів господарювання у справах про порушення суб'єктами господарювання законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», належить **виключно до компетенції органів Антимонопольного комітету України.**

*4. Підприємство повідомило, що свідоцтво України на знак для товарів і послуг № 127806 судом було анульовано.*

Зазначене Підприємством не відповідає дійсності, оскільки Ухвалою Київського апеляційного адміністративного суду від 13.01.2016 року у справі № 826/7953/13-а Ухвалою Окружного адміністративного суду м. Києва від 18.12.2015 у справі № 826/7953/13-а залишено без змін, якою позовну заяву Товариства з обмеженою відповідальністю «Феліцата Україна» щодо скасування свідоцтва залишено без розгляду.

*5. ТОВ «Феліцата Україна» зазначило, що ними було подано 05.04.2016 року позовну заяву до господарського суду м. Києва про скасування патентів на промислові зразки № 29708 та № 29722. По даній справі рішення ще прийнято не було.*

Слід зазначити, що предметом розгляду зазначеної судової справи є з'ясування, чи відповідають промислові зразки за патентами № 29708 та № 29722 критерію патентоздатності «новизна», та не є предметом розгляду справи № 151-02/10.15.

Таким чином, наведені зауваження до Подання, спростовуються матеріалами справи № 151-02/10.15.

Враховуючи наведене та керуючись статтею 7, 12<sup>1</sup>, 14 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», статтями 49 Закону України «Про захист економічної конкуренції», статтями 27, 30 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»,

пунктами 3, 11 Положення про територіальне відділення Антимонопольного комітету України, затвердженого розпорядженням Антимонопольного комітету України від 23 лютого 2001 року за № 32-р, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України від 30 березня 2001 року за № 291/5482 (зі змінами), пунктом 36 Правил розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, затверджених розпорядженням Антимонопольного комітету України від 19.04.94 р. №5, зареєстрованих в Міністерстві юстиції України 06.05.1994 за №90/299 (у редакції розпорядження Антимонопольного комітету України від 29 червня 1998 року №169-р) (зі змінами), адміністративна колегія Київського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України,

**ВИРІШИЛА:**

Закрити провадження у справі № 151-02/10.15 без прийняття рішення по суті, у зв'язку з тим, що не доведено вчинення порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції з боку товариства з обмеженою відповідальністю «Вітера» (02099, м. Київ, вул. Бориспільська, 15, код ЄДРПОУ 32304682).

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

**Голова адміністративної колегії -  
Голова відділення**

**О. Хмельницький**

**Члени колегії:**

/ \_\_\_\_\_ /  
(підпис)

**О. Білянський**

/ \_\_\_\_\_ /  
(підпис)

**Г. Мінченко**

/ \_\_\_\_\_ /  
(підпис)

**К. Куракова**

/ \_\_\_\_\_ /  
(підпис)

**В. Коваленко**

**Начальник юридичного відділу**

Т. Ключова / \_\_\_\_\_ /  
(підпис)

**Секретар колегії:**

\_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ /  
(підпис)

**Виконавець:**

Л. Захарченко / \_\_\_\_\_ /  
(підпис)