ОАО «Русский Холодъ»

140060, Московская

область,

Люберецкий район,

п. Октябрьский,

ул. Старый двор, д. 2

Акционерное общество

«Группа компаний

«Российское молоко»

454091, г. Челябинск,

ул. Тимирязева, д. 5

secretary_chel@rossmol.ru

РЕШЕНИЕ

г. Челябинск

Резолютивная часть решения оглашена 19 мая 2020 года

В полном объеме решение изготовлено 02 июня 2020 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее – Челябинское УФАС России) по рассмотрению дела № 074/01/14.6-2331/2019 о нарушении антимонопольного законодательства (далее – Комиссия) в составе:

Председателя Комиссии:	<…>	- руководителя Челябинского УФАС России;
Членов Комиссии:	<…>	- заместителя руководителя управления - начальника отдела антимонопольного контроля Челябинского УФАС России;
	<…>	- главного специалиста-эксперта отдела антимонопольного контроля Челябинского УФАС России,

рассмотрев дело № 074/01/14.6-2331/2019 по признакам нарушения АО «ГК «РОСМОЛ» пункта 1 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

в присутствии представителя АО «ГК «РОСМОЛ» по доверенности гр. <…>,

в отсутствие представителя ОАО «Русский Холодъ»,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее – Челябинское УФАС России) поступило заявление ОАО «Русский Холодъ» (далее – Заявитель) о недобросовестных конкурентных действиях АО «Группа компаний «Российское Молоко» (далее – Ответчик), выразившихся во введении в оборот товара (мороженое) с использованием товарного знака «ЛАКОМКА» по свидетельству № 228893 без согласия Заявителя.

Так, заявитель указывает, что является правообладателем исключительных прав на товарный знак со словесным обозначением «ЛАКОМКА» по свидетельству № 228893 от 25.11.2002 с приоритетом от 23.11.2001 в отношении товаров 30 класса МКТУ - мороженое; 39 класса МКТУ - упаковка, хранение и транспортировка мороженого, и является производителем мороженого «ЛАКОМКА», начиная с 2001 года.

ОАО «Русский Холодъ» был выявлен факт незаконного использования товарного знака «ЛАКОМКА» Акционерным обществом «Группа компаний «Российское молоко» (далее - АО «ГК «РОСМОЛ»), а именно производство и введение в оборот мороженого с тождественным обозначением «ЛАКОМКА» на упаковке на территории Челябинской области. В связи с этим ОАО «Русский Холодъ» обратилось в Арбитражный суд Челябинской области с требованиями о прекращении использования товарного знака «ЛАКОМКА» по свидетельству № 228893, принадлежащего ОАО «Русский Холодъ»; взыскании с АО «ГК «РОСМОЛ» компенсации за незаконное использование товарного знака; изъятии из оборота и уничтожении за счет АО «ГК «РОСМОЛ» продукции, содержащей изображение товарного знака «ЛАКОМКА». Решением Арбитражного суда Челябинской области от 28.05.2019 по делу № А76-25734/2018 удовлетворен иск о взыскании с АО «ГК «РОСМОЛ» в пользу ОАО «Русский Холодъ» компенсации в сумме 2 400 000 рублей; взысканы расходы по уплате государственной пошлины в сумме 25 629 руб. Также суд обязал АО «ГК «РОСМОЛ» прекратить использование товарного знака «ЛАКОМКА» по свидетельству №228893, изъять из оборота и уничтожить за своей счет продукцию, введенную в оборот и содержащую изображение товарного знака «ЛАКОМКА». В ходе рассмотрения указанного дела были собраны документы, свидетельствующие о розничной реализации указанного мороженого в торговых сетях «Магнит», «Ашан», «Дикси», а также в отдельных торговых точках ООО «Беркут», ООО «Молпродукт», ИП <…> Также в материалы указанного дела поступили ответы на запросы суда о количестве и стоимости приобретенной для реализации мороженого «ЛАКОМКА» у АО «ГК РОСМОЛ» от ООО «Ашан» (с 2016 по 2018 гг. в количестве 19 410 шт. на 449 075,25 рублей) и от ООО «Беркут» (с 2013 по 2018 гг. в количестве 1404 шт. на сумму 38 472 рубля).

ОАО «Русский Холодъ» считает, что в действиях АО «ГК «РОСМОЛ» содержатся признаки нарушения антимонопольного законодательства.

АО «Группа компаний «Российское Молоко» в письменных пояснениях вх. № 18193 от 16.12.2019, вх. № 13091 от 09.09.2019, вх. № 1640 от 07.02.2020 указало следующее.

АО «Группа Компаний «Российское Молоко» в соответствии с выпиской из ЕГРЮЛ

осуществляет следующие виды экономической деятельности в указанных географических границах:

10.51.1. Производство питьевого молока и питьевых сливок - г. Челябинск, г. Магнитогорск, г. Стерлитамак, г. Новоуральск;

10.51.2. Производство сливочного масла, топленого масла, масляной пасты, молочного жира, спредов и топленых сливочно-растительных смесей - г. Челябинск, г. Магнитогорск, г. Стерлитамак; г. Новоуральск;

10.51.3. Производство сыра и сырных продуктов - г. Новоуральск;

10.51.4. Производство молока и сливок в твердой форме - г. Магнитогорск;

10.51.9. Производство прочей молочной продукции - г. Челябинск, г. Магнитогорск, г. Стерлитамак, г. Новоуральск;

10.52. Производство мороженого - г. Челябинск;

46.11.34. Деятельность агентов по оптовой торговле кормами для сельскохозяйственных животных - деятельность не осуществляется;

46.33.1. Торговля оптовая молочными продуктами - Челябинская область, Свердловская область, Республика Башкортостан;

47.29.11. Торговля розничная молочными продуктами в специализированных магазинах - деятельность не осуществляется;

56.29. Деятельность предприятий общественного питания по прочим видам организации питания - г. Челябинск, г. Магнитогорск, г. Стерлитамак;

56.29.2 Деятельность столовых и буфетов при предприятиях и учреждениях г. Челябинск, г. Магнитогорск, г. Стерлитамак;

68.20.2 Аренда и управление собственным или арендованным нежилым недвижимым имуществом - г. Челябинск, г. Магнитогорск, г. Стерлитамак.

Производство продукции (мороженое) с обозначением «Лакомка» осуществлялось АО «ГК «РОСМОЛ» в период с начала 2017 года по 03.08.2018.

Так, на основании договора поставки № 65-УПН-03/16 от 30.03.2016, заключенного между АО «Группа Компаний «Российское Молоко» и АО «Уралпластик-Н» в адрес АО «ГК «РОСМОЛ» производилась поставка упаковки продукции с обозначением «Лакомка». АО «ГК «РОСМОЛ» имеет заключенные договоры поставки молочной продукции с ООО «Ашан», ООО «Беркут», ИП <…>, АО «Торговый дом «ПЕРЕКРЕСТОК», ООО «ИКС 5 Гипер», АО «Уфимский гастроном», ООО «Копейка-Саров», ООО «Агроторг», ООО «Молпродукт», АО «Тандер», АО «Дикси Юг» в рамках которых реализовано (поставлено) мороженое с обозначением «Лакомка».

Прекращение производства и реализации продукции (мороженое) с обозначением «ЛАКОМКА» АО «Группа Компаний «Российское Молоко» подтверждается, представленными в антимонопольный орган, товарно-транспортными накладными за период с сентября 2018 года по конец декабря 2018 года, в том числе за сентябрь 2018 года с ООО «Молпродукт», АО «Торговый

дом «ПЕРКРЁСТОК», АО «Тандер», в составе наименования которых не содержится обозначения «ЛАКОМКА».

Объем выручки, полученной от реализации товара (мороженое) с обозначением «Лакомка» за 2017 год составил 4 083 079, 64 рублей, за 2018 год - 2 634 658,83 рублей. При изъятии из архива первичных документов по отгрузке (поставке) продукции (мороженое) с обозначением «ЛАКОМКА» также было установлено, что в январе 2019 года АО «Группа Компаний «Российское Молоко» была проведена плановая инвентаризация готовой продукции на складе мороженого. По результатам инвентаризации был обнаружен пересорт продукции (мороженое) с обозначением «ЛАКОМКА» в количестве 41 коробка. Указанный объем продукции (мороженое) с обозначением «ЛАКОМКА» был реализован в январе - феврале 2019 года ИП <…> Выручка от реализации составила 17 343 (семнадцать тысяч триста сорок три) рубля.

Арбитражным судом Челябинской области 28.05.2019 по делу № А76-25734/2018 вынесено решение по спору между ОАО «Русский Холодъ» и АО «ГК «РОСМОЛ» предметом, которого было незаконное использование обществом товарного знака «Лакомка», а не совершение акта недобросовестной конкуренции.

По мнению Ответчика, цветовое оформление упаковки товара Ответчика, используемый фирменный стиль Ответчика не подражает внешнему виду товара Заявителя и не имеет сходных элементов дизайна, в связи с чем отсутствует смешение товаров Заявителя и Ответчика. Заявителем исследования на предмет смешения не проводились и в материалы дела не представлены. Оригинал упаковки (образец), используемой Заявителем при производстве товара мороженого с обозначением «ЛАКОМКА» для визуального исследования также не представлялся. Заявителем в подтверждение причиненного ущерба либо угрозы причинения ущерба не представлено экономического обоснования снижения доходов либо ожидаемой прибыли (бухгалтерских справок, писем контрагентов об отказе от контрактов либо уменьшении заказов, запросов уточнения или обращений потребителей с жалобами на смешение товара в виду использования обозначения «ЛАКОМКА» и т.п.).

Рассмотрев заявление и материалы дела, заслушав доводы сторон, Комиссия приходит к следующим выводам.

ОАО «Русский Холодъ» (ОГРН: 1052201878112, ИНН 2221067938, КПП 222101001) зарегистрировано 21.03.2005 в качестве юридического лица Межрайонная инспекция Федеральной налоговой службы России № 15 по Алтайскому краю. Основным видом деятельности является деятельность по предоставлению прочих финансовых услуг, кроме услуг по страхованию и пенсионному обеспечению Дополнительные виды деятельности: 10.5 Производство молочной продукции; 46.33.1 Торговля оптовая молочными продуктами; 47.29.11 Торговля розничная молочными продуктами в специализированных магазинах; 64.20 Деятельность холдинговых компаний; 69 Деятельность в области права и бухгалтерского учета; 70.22 Консультирование по вопросам коммерческой деятельности и управления; 72.1 Научные исследования и разработки в области естественных и технических наук. Управляющей организацией общества является ООО «УК «Русский холод».

АО «ГК «РОСМОЛ» (ОГРН 1027402537876, ИНН 7448025642, КПП 745101001) дата присвоения ОГРН 25.07.2002, зарегистрировано Администрацией города

Челябинска 11.10.1999. Основным видом деятельности общества является: 10.51.1 Производство питьевого молока и питьевых сливок. Дополнительные виды деятельности: 10.51.2 Производство сливочного масла, топленого масла, масляной пасты, молочного жира, спредов и топленых сливочно-растительных смесей; 10.51.3 Производство сыра и сырных продуктов; 10.51.4 Производство молока и сливок в твердой форм; 10.51.9 Производство прочей молочной продукции; 10.52 Производство мороженого и т.д.

Согласно пункту 4 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции» товарный рынок – сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров (далее – определенный товар), в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами.

Географические границы товарного рынка в соответствии со статьей 4 Закона «О защите конкуренции» определяют сферу обращения товара (территорию), в границах которой исходя из экономической, технической или иной возможности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами.

Географические границы товарного рынка – Челябинская и Свердловская область.

Продуктовые границы товарного рынка - производство и оптовая реализация мороженого.

Временной интервал исследования товарного рынка с января 2017 года по декабрь 2018 года.

В соответствии с пунктом 5 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции» хозяйствующий субъект – коммерческая организация, некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации.

Из пункта 7 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции» следует, что конкуренция – это соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

В силу положений пунктов 4, 5, 7 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции» ОАО «Русский Холодъ» и АО «ГК «РОСМОЛ» являются конкурентами по отношению друг к другу, поскольку имеют возможность осуществлять деятельность на одном и том же товарном рынке (рынок производства и оптовая реализации мороженого) в пределах одних географических границ (Челябинская и Свердловская область), следовательно, являются конкурентами по отношению друг к другу.

Из заявления и представленных материалов усматривается, что Общество с ограниченной ответственностью «Компания Русский Холод» Московская обл., г. Красногорск является правообладателем товарного знака «ЛАКОМКА» по свидетельству № 228893 по классу МКТУ и перечня товаров и/или услуг: 30 – мороженое; 39 - упаковка, хранение и транспортировка мороженого.

На основании регистрации договора об уступке товарного знака в отношении всех товаров и/или услуг от 04.09.2007 правообладателем является Открытое акционерное общество «Русский Холодъ». Дата внесения изменений в Госреестр ТЗ: 04.09.2007. Срок действия регистрации товарного знака продлен до 23.11.2021.

В соответствии с п. п. 1, 2 ст. 1482 ГК РФ в качестве товарных знаков могут быть зарегистрированы словесные, изобразительные, объемные и другие обозначения или их комбинации.

К словесным обозначениям относятся слова, сочетания букв, имеющие словесный характер, словосочетания, предложения, а также их сочетания

Товарный знак «ЛАКОМКА» по свидетельству № 228893 является словесным и выполнен стандартным шрифтом заглавными буквами русского алфавита, о чем указано и в решении Арбитражного суда Челябинской области от 28.05.2019 по делу № А76-25734/2018 по иску ОАО «Русский Холодъ» к АО «Группа компаний «Российское Молоко».

В соответствии с частью 1 статьи 1477 Гражданского кодекса Российской Федерации на товарный знак, то есть на обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей, признается исключительное право, удостоверяемое свидетельством на товарный знак.

Согласно пункту 1 статьи 1484 ГК РФ лицу, на имя которого зарегистрирован товарный знак (правообладателю), принадлежит исключительное право использования товарного знака любым не противоречащим закону способом, в том числе способами, указанными в законе.

Исключительное право на товарный знак может быть осуществлено для индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых товарный знак зарегистрирован, в частности путем размещения товарного знака:

на товарах, в том числе на этикетках, упаковках товаров, которые производятся, предлагаются к продаже, продаются, демонстрируются на выставках и ярмарках или иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, либо хранятся или перевозятся с этой целью, либо ввозятся на территорию Российской Федерации;

при выполнении работ, оказании услуг;

на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот;

в предложениях о продаже товаров, о выполнении работ, об оказании услуг, а также в объявлениях, на вывесках и в рекламе;

в сети «Интернет», в том числе в доменном имени и при других способах

адресации.

Согласно части 1 статьи 1229 ГК РФ гражданин или юридическое лицо, обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (статья 1233), если настоящим Кодексом не предусмотрено иное.

Правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением).

Другие лица не могут использовать соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом. Использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (в том числе их использование способами, предусмотренными настоящим Кодексом), если такое использование осуществляется без согласия правообладателя, является незаконным и влечет ответственность, установленную настоящим Кодексом, другими законами, за исключением случаев, когда использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицами иными, чем правообладатель, без его согласия допускается настоящим Кодексом.

Никто не вправе использовать без разрешения правообладателя сходные с его товарным знаком обозначения в отношении товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, или однородных товаров, если в результате такого использования возникает вероятность смешения (часть 3 статьи 1484 ГК РФ).

Действие исключительного права на товарный знак распространяется на всю территорию Российской Федерации (статья 1479 ГК РФ).

В статьях 1252, 1515 ГК РФ установлена ответственность за незаконное использование чужого товарного знака.

По смыслу перечисленных правовых норм, подлежащим запрету незаконным использованием товарного знака является использование лицом обозначения:

сходногодо степени смешения с зарегистрированным товарным знаком правообладателя;

в отношении товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, или однородных товаров;

в отсутствие разрешения правообладателя.

В качестве доказательства производства и реализации ОАО «Русский Холодъ» продукции – мороженое с товарным знаком «ЛАКОМКА» Заявитель представил

ксерокопии товарных накладных о поставке продукции – мороженое «ЛАКОМКА» на территорию Челябинской области, а также ксерокопии рекламных буклетов продукции Заявителя – мороженое «ЛАКОМКА».

В качестве доказательства производства и реализации АО «ГК «РОСМОЛ» продукции – мороженое с товарным знаком «ЛАКОМКА» Заявитель представил копии из материалов по делу № А76-25734/2018, а именно решение суда от 28.05.2019, письменные ответы ООО «Беркут», ООО «Ашан» на запросы суда, ксерокопии кассовых чеков АО «Тандер», ООО «Молпродукт», ИП Чуксина Е.В. за 21.02.2019, 16.10.2018, 10.02.2019 о реализации продукции. Также представлены ксерокопии упаковки продукции: «Первый вкус Мороженое Лакомка пломбир ванильный в шоколадной глазури» дата 02.07.2018-02.01.2020; «Первый вкус Мороженое Лакомка пломбир ванильный в шоколадной глазури» дата 03.08.2018-03.02.2020, где указан изготовитель продукции: АО «ГК «РОСМОЛ».

В решении суда по делу № А76-25734/2018 на стр. 7 указано, что в материалах дела содержится ответ ООО «Беркут» согласно которому, мороженое маркированное товарным знаком «ЛАКОМКА» реализовывалось начиная с 2013 года. Доказательств того, что спорный товар производился и реализовывался Ответчиком в меньший по продолжительности период последним в материалы дела не представлен.

В ответе ООО «Беркут» исх. № 02 от 16.01.2019 указано, что продукция мороженое «ЛАКОМКА» (код EAN-13 4607008053272) поставлялась АО «ГК «РОСМОЛ» в общество с 2013 года по 2018 год.

В ответе ООО «Ашан» указано, что продукция мороженое «ЛАКОМКА» (код EAN-13 4607008053272) поставлялась АО «ГК «РОСМОЛ» в общество в 2016-2018 годах.

Таким образом, данные материалы указывают на длительное использование АО «ГК «РОСМОЛ» обозначения «ЛАКОМКА» при производстве и реализации мороженого до 2018 года.

У АО «ГК «РОСМОЛ» отсутствует разрешения правообладателя на использование товарного знака «ЛАКОМКА» по свидетельству № 228893, а также обозначений, сходных с ними до степени смешения при производстве и реализации продукции – мороженое. Указанное обстоятельство подтверждается отсутствием заключенных между ОАО «Русский Холодъ» и АО «ГК «РОСМОЛ» договоров об отчуждении исключительного права на товарный знак (в порядке статьи 1488 ГК РФ), лицензионного договора о предоставлении права использования товарного знака (в порядке статьи 1489 ГК РФ) или договора коммерческой концессии (в порядке статьи 1027 ГК РФ).

Использование АО «ГК «РОСМОЛ» словесного обозначения «ЛАКОМКА» сходного до степени смешения с зарегистрированным товарным знаком «ЛАКОМКА» по свидетельству № 228893, правообладателем которого является ОАО «Русский Холодъ» является нарушением исключительных прав указанного лица на зарегистрированный товарный знак.

Согласно статье 10 bis «Парижской конвенции по охране промышленной собственности» от 20.03.1883 подлежат запрету все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или

промышленной или торговой деятельности конкурента. Актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах.

В силу части 4 статьи 15 Конституции Российской Федерации международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. СССР подписал Конвенцию 12.10.1967, Российская Федерация как правопреемник СССР является государством участником конвенции (часть 3 статьи 1 Федерального закона от 15.07.1995 № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»).

В соответствии с пунктом 9 статьи 4 Федерального 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.

Согласно пункту 1 статьи 14.6 Федерального 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 незаконное использование обозначения, тождественного товарному знаку, фирменному наименованию, коммерческому обозначению, наименованию места происхождения товара хозяйствующего субъекта-конкурента либо сходного с ними до степени смешения, путем его размещения на товарах, этикетках, упаковках или использования иным образом в отношении товаров, которые продаются либо иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, а также путем его использования в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», включая размещение в доменном имени и при других способах адресации.

В действиях АО «ГК «РОСМОЛ» присутствуют все признаки недобросовестной конкуренции, указанные в пункте 9 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции»:

1. Действия АО «ГК «РОСМОЛ» способствуют получению преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности поскольку указанные лица, не вкладывая материальных ресурсов в разработку собственных обозначений, фактически использует результаты интеллектуальной деятельности, право на использование которых принадлежит другому хозяйствующему субъекту - Заявителю, что позволяет АО «ГК «РОСМОЛ» привлекать потребителей, желающих приобрести продукцию – мороженое у ОАО «Русский Холодъ» обладающего правом использования на товарного знака «ЛАКОМКА» по свидетельству № 228893.

2. Противоречие действующему законодательству, а именно статье 1229 ГК РФ, статье 10 bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости.

3. Способность причинения убытков конкуренту выразилась в том, что у Заявителя в результате действий АО «ГК «РОСМОЛ» может снизиться размер получаемой прибыли по отношению к уровню прибыли при воздержании от указанных действий АО «ГК «РОСМОЛ» (упущенная выгода), поскольку данные действия способствуют привлечению потребителей к товарам данных лиц и их оттоку от товаров Заявителя.

Действия АО «ГК «РОСМОЛ» по использованию при производстве и реализации продукции (мороженое) словесного обозначения «ЛАКОМКА», сходного до степени смешения с зарегистрированным товарным знаком по свидетельству № 228893 указывают на нарушение пункта 1 статьи 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции».

Доводы АО «ГК «РОСМОЛ» об отсутствии у представителя ОАО «Русский Холодъ» полномочий на подписание и подачу заявления в антимонопольный орган, поскольку приложенная к заявлению доверенность выдана последнему на представление интересов в суде, Комиссией не принимаются по следующим основаниям.

Определением исх. № 2004/04 от 26.02.2020 Челябинское УФАС России запросило у ОАО «Русский Холодъ»:

3.1) письменные пояснения о выдаче (не выдаче) доверенностей б/н от 10.10.2018, от 19.12.2019 гр. <…> на представление интересов ОАО «Русский Холодъ»;

3.2) письменные пояснения о наличии (отсутствии) полномочий гр. <…> в рамках доверенности б/н от 10.10.2018 на подписание и подачу заявления в Челябинское УФАС России на действия АО «ГК «РОСМОЛ» по факту введения в оборот товара (мороженое) с использованием товарного знака «Лакомка» по свидетельству № 228893 без согласия Заявителя;

3.3) письменные пояснения, поддерживает ли ОАО «Русский Холодъ» позицию и требования в отношении АО «ГК «РОСМОЛ» по факту введения в оборот товара (мороженое) с использованием товарного знака «Лакомка» по свидетельству № 228893 без согласия Заявителя, изложенные в заявлении ОАО «Русский Холодъ» вх. № 11706 от 14.08.2019, которое подписано представителем общества гр. <…> на основании доверенности б/н от 10.10.2018;

3.4) письменные пояснения о требованиях ОАО «Русский Холодъ» в отношении АО «ГК «РОСМОЛ» по делу № 074/01/14.6-2331/2019.

ОАО «Русский Холодъ» в письме вх. № 2763 от 02.03.2020 по запросу Челябинского УФАС России указало следующее:

Доверенности б/н от 10.10.2018 и от 19.12.2019 действительно были выданы <…> для исполнения им поручений по защите прав ОАО «Русский Холодъ» на товарный знак «Лакомка» по свидетельству № 228893, нарушенных АО ГК «РОСМОЛ»;

при составлении и подписании доверенности б/н от 10.10.2018 ОАО «Русский Холодъ» предполагалось, что предоставляемые по ней полномочия на представление интересов во всех органах государственной власти включают в себя и все полномочия по обращению в антимонопольные органы, включая полномочия по подписанию любых необходимых заявлений. В доверенности б/н от

19.12.2019 указанные полномочия были конкретизированы, в связи с тем, что необходимость обращения в иные органы государственной власти на момент её выдачи уже не усматривалась;

заявление вх. № 11706 от 14.08.2019, подписанное <…> на основании доверенности от 10.10.2018, было подано по поручению ОАО «Русский Холодъ». Решение об обращении с указанным Заявлением было вызвано исключительно тем, что АО ГК «РОСМОЛ» к моменту его подачи, несмотря на ранее удовлетворённый Арбитражным судом Челябинской области иск об обязании прекратить незаконное использование товарного знака, не направило Заявителю сообщение о таком прекращении;

ОАО «Русский Холодъ» считает АО ГК «РОСМОЛ» лицом, нарушившим статью 14.6 Закона о защите конкуренции и подлежащим привлечению к установленной Законом ответственности, а именно - к взысканию в бюджет Российской Федерации дохода, полученного в результате этого нарушения (на основании Закона о защите конкуренции либо КоАП РФ). Определение размера дохода ОАО «Русский Холодъ» оставляет на усмотрение Комиссии.

Таким образом, ОАО «Русский Холодъ» подтвердило полномочия гр. <…> на подписание и подачу заявления в антимонопольный орган и позицию Заявителя в отношении АО «ГК «РОСМОЛ» по факту совершения последним акта недобросовестной конкуренции, выразившегося в использовании при производстве и реализации продукции (мороженое) словесного обозначения «ЛАКОМКА», сходного до степени смешения с зарегистрированным товарным знаком «ЛАКОМКА» по свидетельству № 228893 Заявителя.

Доводы АО «ГК «РОСМОЛ» об отсутствии сходства упаковок Комиссией не принимаются, поскольку в настоящем деле рассматривается не факт сходства упаковок товара Заявителя и Ответчика, а факт использования словесного обозначения «ЛАКОМКА» сходного с товарным знаком «ЛАКОМКА» по свидетельству №228893 Заявителя без его согласия при введении в оборот товара.

В решении Арбитражного суда Челябинской области от 28.05.2019 по делу № А76-25734/2018, которым удовлетворены исковые требования ОАО «Русский Холодъ» к АО «Группа компаний «Российское Молоко» о взыскании компенсации в размере 2 400 000 рублей за незаконное использование товарного знака «Лакомка» по свидетельству № 228893 при производстве и реализации мороженого на листе 4 сделаны выводы, что используемое АО «Группа компаний «Российское Молоко» обозначение товара (мороженое) «ЛАКОМКА» является сходным до степени смешения с товарным знаком «ЛАКОМКА» по свидетельству № 228893 Заявителя, что является проявлением недобросовестной конкуренции, может ввести в заблуждение третьих лиц, дискридитировать деловую репутацию Заявителя.

Также в решении суда указано, что материалы дела содержат доказательства ввода в гражданский оборот Ответчиком, в отсутствие на то законных оснований, товаров с использованием рассматриваемого товарного знака «ЛАКОМКА», принадлежащего ОАО «Русский Холодъ».

Заключение об обстоятельствах дела в порядке статьи 48.1 Федерального закона «О защите конкуренции» принято 12 марта 2020 года, получено сторонами по делу.

От ОАО «Русский Холодъ» поступили письменные возражения на заключение об обстоятельствах дела вх. №5231 от 16.04.2020, в которых изложено, что на стр. 3 заключения (в абзаце, выделенном полужирным шрифтом) указано, что АО ГК «РОСМОЛ» производило мороженое с обозначением «ЛАКОМКА» в период «с начала 2017 года», тогда как в решении суда по делу № А76-25734/2018 и ответе ООО «Беркут» на судебный запрос указано, что спорная продукция реализовывалась начиная с 2013 года.

По мнению ОАО «Русский Холодъ», сведения о реализации мороженого «ЛАКОМКА» производства Ответчика именно с 2013 года подтверждаются и открытыми общедоступными данными различных ресурсов-агрегаторов цен на потребительские товары в сети Интернет. Так, согласно скрин-шоту интернет-страницы сайта mestoskidki.ru имеется упоминание о продаже спорного мороженого в магазинах торговой сети «Дикси» со скидкой в период с 17.12.2013 по 23.12.2013.

Комиссия на возражения ОАО «Русский Холодъ» отмечает, что сведения о реализации мороженого с обозначением «ЛАКОМКА» как «с начала 2017 года» указаны в письменных пояснениях АО «Группа компаний «Российское Молоко» вх. № 13091 от 09.09.2019, которые и были отражены в заключении и не являются выводами антимонопольного органа о дате начала реализации спорной продукции.

В соответствии со статьей 41.1 Федерального закона «О защите конкуренции дело о нарушении антимонопольного законодательства не может быть возбуждено и возбужденное дело подлежит прекращению по истечении трех лет со дня совершения нарушения антимонопольного законодательства, а при длящемся нарушении антимонопольного законодательства - со дня окончания нарушения или его обнаружения.

В связи с этим для рассмотрения настоящего дела, квалификации нарушения, определения размера административного штрафа и т.п. имеют значение последние три года.

От АО «ГК «РОСМОЛ» поступили письменные возражения на заключение об обстоятельствах дела исх. № 133 от 23.04.2020, в которых изложено мнение общества о продуктовых и географических границах товарного рынка, на котором совершено правонарушение.

По мнению АО «ГК «РОСМОЛ», продуктовыми границами товарного рынка являются границы рынка продукции мороженое «ЛАКОМКА», то есть мороженого трубочки покрытой шоколадной глазурью.

Географическими границами рынка производства и реализации продукции (мороженое) «ЛАКОМКА» является территория Челябинской области. В материалах дела не содержится иных относимых и допустимых доказательств реализации АО «ГК «РОСМОЛ» продукции (мороженое) с обозначением «ЛАКОМКА» на территории всех 85 субъектов Российской Федерации, кроме как доказательств реализации продукции только на территории Челябинской области.

Также по мнению АО «ГК «РОСМОЛ» факт причинения или возможность причинения убытков от использования обозначения «ЛАКОМКА» не доказан и документально не

подтвержден.

Комиссия на возражения АО «ГК «РОСМОЛ» отмечает, что по делам, возбужденным по признакам нарушения статей 14.1 - 14.8 Закона о защите конкуренции, анализ состояния конкуренции на товарном рынке проводится с особенностями, установленными пунктом 10.6 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного Приказом ФАС России от 28.04.2010 N 220 (далее – Порядок).

Согласно подпункту б) пункта 10.6 Порядка определение продуктовых границ товарного рынка может производиться исходя из предмета договоров, заключаемых хозяйствующим субъектом (в том числе в отношении которого поданы в антимонопольный орган заявление, материалы) по поводу товара, предлагаемого им к продаже.

Как усматривается из договоров поставок, представленных АО «ГК «РОСМОЛ», в частности:

№ Т-06201 от 01.01.2018 между АО «ГК «РОСМОЛ» и ИП <…> предмет договора - поставка товара под которым понимается молочная продукция и/или мороженое, а также замороженные десерты, замороженные полуфабрикаты;

№ Т-3340 от 01.01.2018 между АО «ГК «РОСМОЛ» и ООО «Беркут» предмет договора – поставка товара под которым понимается молочная продукция и/или мороженое, а также замороженные десерты, замороженные полуфабрикаты.

В связи с этим, определение продуктовых границ товарного рынка произведено исходя из кодов Общероссийского классификатора видов экономической деятельности (ОКВЭД) и предмета договоров, заключенных АО «ГК «РОСМОЛ», а именно: производство и оптовая реализация мороженого.

Согласно подпункту а) пункта 4.2. Порядка определение географических границ товарного рынка проводится на основе информации о регионе, в котором действует хозяйствующий субъект, являющийся объектом антимонопольного контроля, и (или) о регионе, в котором выявлены признаки нарушения антимонопольного законодательства.

Согласно выписке из ЕГРЮЛ у АО «ГК «РОСМОЛ» имеются филиалы в Свердловской области и Республике Башкортостан.

Документальных доказательств того, что спорная продукция реализовывалась в Республике Башкортостан в материалах дела не имеется.

Факты реализации АО «ГК «РОСМОЛ» спорной продукции были выявлены Заявителем в магазинах г. Челябинска, что подтверждается кассовыми чеками.

Согласно ответу ООО «Ашан» на запрос суда мороженое маркированное товарным знаком «ЛАКОМКА» поставлялось в магазины «АШАН», расположенные в г. Челябинске, г. Магнитогорске и г. Екатеринбурге.

В связи с этим, определение границ товарного рынка произведено на основе информации о регионе, в котором выявлены признаки нарушения антимонопольного законодательства, в данном случае Челябинская область и

Свердловская область.

Доводы АО «ГК «РОСМОЛ» относительно не доказанности факта причинения или возможности причинения убытков ОАО «Русский Холодъ» Комиссия не принимает по следующим основаниям.

Признаком недобросовестной конкуренции, указанным в ее определении, является вероятность причинения вреда другому хозяйствующему субъекту-конкуренту. Такой вред может выражаться в убытках, которые терпит конкурент (упущенная выгода), и/или в ущербе его деловой репутации. Для признания действий хозяйствующего субъекта недобросовестной конкуренцией достаточно одной лишь возможности наступления таких последствий, и факта причинения реального ущерба, а также исчисления его размера не требуется.

Статья 15 ГК РФ и часть 3 статьи 37 Закона о защите конкуренции позволяют пострадавшему от нарушения антимонопольного законодательства лицу взыскать как реальный ущерб, так и упущенную выгоду.

В соответствии с разъяснением Президиума ФАС России от 11.10.2017 № 11 «По определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства» указанные разъяснения могут быть использованы в целях определения размера ущерба, причиненного нарушениями антимонопольного законодательства, как обстоятельства, отягчающего в установленных законом случаях административную ответственность (статьи 14.31, 14.31.2, 14.32, 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях).

Согласно Постановлению Конституционного Суда РФ от 24.06.2009 № 11-П необходимым элементом общего понятия состава правонарушения и предпосылкой возложения юридической ответственности является вина привлекаемого к ней лица. Административный орган не может ограничиваться формальной констатацией лишь факта нарушения установленных законом правил, не выявляя иные связанные с ним обстоятельства, в том числе наличие или отсутствие вины соответствующих субъектов.

Действующее законодательство определяет вину юридического лица (как субъекта административного правонарушения, не обладающего возможностью психического отношения к совершенному противоправному деянию) как наличие у него возможности для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, и непринятии всех зависящих от него мер по их соблюдению. Следовательно, в отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения норм законодательства, но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Вина АО «ГК «РОСМОЛ» выражается в том, что у общества имелась возможность не использовать обозначение, сходное до степени смешения с зарегистрированным товарным знаком «ЛАКОМКА» по свидетельству № 228893 при введении в оборот товара – мороженое с нарушением пункта 1 статьи 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции», однако общество не предприняло меры для соблюдения указанных требований, а направленность его действий свидетельствует о намеренном совершении указанных противоправных действий.

Доказательства, свидетельствующие о принятии АО «ГК «РОСМОЛ» всех зависящих от них мер для соблюдения правил и норм, за нарушение которых антимонопольным законодательством предусмотрена ответственность по статье 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, отсутствуют.

Материалами дела опровергается тот факт, что вменяемое АО «ГК «РОСМОЛ» нарушение антимонопольного законодательства было вызвано чрезвычайными, объективно непредотвратимыми обстоятельствами и другими непредвидимыми, непредотвратимыми препятствиями, находящимися вне контроля данного юридического лица, при соблюдении ими той степени заботливости и осмотрительности, какая требовалась от него в целях надлежащего исполнения обязанностей по соблюдению требований антимонопольного законодательства.

Учитывая изложенное, Комиссия считает вину АО «ГК «РОСМОЛ» в нарушении пункта 1 статьи 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции» установленной.

Согласно части 1 статьи 50 Федерального закона «О защите конкуренции» по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства на основании решения по делу комиссия выдает предписание ответчику по делу.

Основания для выдачи Ответчику предписания о прекращении нарушения антимонопольного законодательства отсутствуют, поскольку на момент вынесения настоящего решения нарушение прекращено.

Прекращение производства и реализации продукции (мороженое) с обозначением «ЛАКОМКА» АО «Группа Компаний «Российское Молоко» подтверждается, представленными в антимонопольный орган, товарно-транспортными накладными за период с сентября 2018 года по конец декабря 2018 года, в составе наименования которых не содержится обозначения «ЛАКОМКА».

Согласно поручению Федеральной антимонопольной службы (далее – ФАС России) № СП/67357/17 территориальным управлениям при производстве по делам о нарушении антимонопольного законодательства необходимо устанавливать размер выручки хозяйствующего субъекта, в действиях (бездействии) которого установлены признаки нарушения антимонопольного законодательства.

В рамках приоритетного проекта «Реформа контрольно-надзорной деятельности» и исполнения Сводного плана Приоритетного проекта «Внедрение системы оценки результативности и эффективности контрольно-надзорной деятельности», утвержденного протоколом заседания проектного комитета от 21 февраля 2017 года № 13(2), для оценки эффективности и результативности контрольно-надзорной деятельности антимонопольным органом рассчитывается показатель группы «А» «Показатели результативности, отражающие уровень безопасности охраняемых законом ценностей, выражающийся в величине причинения им вреда (ущерба)».

Показатель группы «А» «Причиненный ущерб, в результате злоупотребления хозяйствующими субъектами доминирующим положением, соглашений (картелей) и

согласованных действий, сговоров на торгах, фактов недобросовестной конкуренции, выявленных и пресеченных в результате действий антимонопольного органа» (далее — показатель «А») рассчитывается следующим образом:

- E – Причиненный ущерб, в результате злоупотребления хозяйствующими субъектами доминирующим положением, соглашений (картелей) и согласованных действий, сговоров на торгах, фактов недобросовестной конкуренции, выявленных и пресеченных в результате действий антимонопольного органа, млн. руб.;

- 0.1 - снижение цены в результате вмешательства антимонопольного органа;

- Q - объем выручки хозяйствующего субъекта, в действиях (бездействии) которого установлены признаки нарушения антимонопольного законодательства, либо объем закупки (начальная максимальная цена, для нарушений связанных со сговором на торгах или порядком их проведения), млн. руб.;

- t - временной интервал существования нарушения, (должен составлять не менее одного года или срок существования товарного рынка, если он составляет менее чем один год).

Объем выручки АО «Группа компаний «Российское Молоко» за 2017 год составил 4083079, 64 рублей.

А = 0.1 *4083079, 64 *1 = 408307, 964 рублей или 408, 7 тысяч рублей.

Объем выручки АО «Группа компаний «Российское Молоко» за 2018 год составил 2634658, 83 рублей.

А = 0.1 *2634658, 83*1= 263465, 883 рублей или 263, 4 тысяч рублей.

Определенный в соответствии с данными рекомендациями ущерб не может быть применен для целей взыскания убытков с нарушителей антимонопольного законодательства в судебном порядке.

Согласно постановлению Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» антимонопольный орган не вправе в рамках своей компетенции разрешать гражданско-правовые споры хозяйствующих субъектов. В частности, он не полномочен защищать субъективные гражданские права потерпевшего от такого нарушения путем вынесения предписания нарушителю о возмещении понесенных убытков.

Руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1-4 статьи 41, частью 1 статьи 49 Федерального закона «О защите конкуренции»,

РЕШИЛА:

1. Признать в действиях АО «ГК «РОСМОЛ» по использованию обозначения «ЛАКОМКА», сходного до степени смешения с зарегистрированным товарным знаком «ЛАКОМКА» по свидетельству № 228893 ОАО «Русский Холодъ» при введении в оборот товара (мороженое) под наименованием «ЛАКОМКА» нарушение пункта 1 статьи 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции».

2. Предписание АО «ГК «РОСМОЛ» о прекращении нарушения антимонопольного законодательства не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Челябинского УФАС России для возбуждения дел об административных правонарушениях, предусмотренных статьей 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении АО «ГК «РОСМОЛ» и его должностного лица.

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

Председатель Комиссии <…>

Члены Комиссии <…>

<…>