Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы — Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее — Апелляционная коллегия) в составе: заместителя председателя Апелляционной коллегии - <"..."> членов Апелляционной коллегии: <"...">

рассмотрев жалобу № А-45/2019 ОАО «Русский холодъ» (вх. № 159007/19) на решение Оренбургского УФАС России от 09.08.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 07-16-98/2018,

в присутствии: представителя от ОАО «Русский холодъ» - <"..."> (по доверенности), представителя от Оренбургского УФАС России – <"..."> , (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено 13.09.2019 на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

УСТАНОВИЛА:

На рассмотрение Апелляционной коллегии в порядке статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) поступила жалоба ОАО «Русский холодъ» (далее - Заявитель) на решение Оренбургского УФАС России от 09.08.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 07-16-98/2018.

Решением Оренбургского УФАС России дело № 07-16-98/2018 о нарушении ООО «Оренбургский хладокомбинат» пункта 2 статьи 14^6 Закона о защите конкуренции прекращено в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства.

Заявитель с решением Оренбургского УФАС России не согласен, считает, что указанный акт противоречит Закону о защите конкуренции, нарушает единообразие практики применения антимонопольного законодательства, просит решение изменить и признать действия ООО «Оренбургский хладокомбинат» нарушением пункта 2 статьи 14^6 Закона о защите конкуренции.

Доводы Заявителя изложены в жалобе, в частности, Заявитель полагает, что Оренбургским УФАС России не установлена дата регистрации и дата приоритета товарных знаков с обозначением «Белочка», не определена дата ввода в оборот продукции под обозначением «Белочка» ОАО «Русский холодъ»; а также Оренбургским УФАС России не установлена дата начала использования спорной упаковки под

обозначением «Белочка» ООО «Оренбургский хладокомбинат».

В ходе рассмотрения жалобы Апелляционной коллегией установлено следующее.

Дело № 07-16-98/2018 было возбуждено Оренбургским УФАС России на основании заявления ОАО «Русский Холодъ» о недобросовестной конкуренции со стороны ООО «Оренбургский хладокомбинат» путем введения в оборот мороженого в упаковке с нанесением изображения, сходного до степени смешения с товарным знаком «Белочка», правообладателем которого является ОАО «Русский холодъ».

Согласно материалам дела № 07-16-98/2018, ОАО «Русский холодъ» является правообладателем товарных знаков по свидетельствам № 281572, № 281571, № 4474650, действие которых распространяется на 30 класс МКТУ – мороженое. На основании данных свидетельств Заявитель производит мороженое «Белочка».

Комиссией Оренбургского УФАС России установлено, что ОАО «Русский холодъ» и ООО «Оренбургский хладокомбинат» вводят в гражданский оборот на территории Российской Федерации взаимозаменяемые товары, а именно, специализируются на производстве и реализации мороженого, соответственно, являются хозяйствующими субъектами-конкурентами.

В рамках рассмотрения дела № 07-16-98/2018, Оренбургским УФАС России был направлен запрос в адрес Федеральной службы по интеллектуальной собственности о предоставлении информации (справки) о результатах оценки степени сходства используемых в гражданском обороте обозначений с охраняемыми средствами индивидуализации с приложением фото с изображенными на них упаковками мороженого «Белочка» производителей ОАО «Русский холодъ» и ООО «Оренбургский хладокомбинат».

ФГБУ «Федеральный институт промышленной собственности» (далее - ФИПС) была представлена справка, в которой имеются следующие выводы:

- используемое ООО «Оренбургский хладокомбинат» изображение на упаковках мороженого «Белочка» является сходным до степени смешения с товарным знаком по свидетельству № 447465, поскольку ассоциируется в ним в целом в силу фонетического и семантического тождества словесных элементов «Белочка», а также включения изобразительных элементов в виде стилизованного изображения белки;

- изображение, нанесенное на упаковку мороженого «Белочка», используемое ООО «Оренбургский хладокомбинат», является сходным до степени смешения с товарным знаком по свидетельству № 281572, поскольку ассоциируется с ним в целом в силу фонетического и семантического тождества словесных элементов «Белочка».

Также в рамках рассмотрения дела Оренбургским УФАС России в адрес Ассоциации автоматической идентификации «Юнискан/ГС 1РУС», членом которой является ООО «Оренбургский хладокомбинат», был направлен запрос о предоставлении информации о присвоении штрих – кода 4607091250565 мороженого «Белочка», производителем которого является ООО «Оренбургский хладокомбинат», с указанием даты такого присвоения.

Согласно представленной по запросу информации ООО «Оренбургский хладокомбинат» является владельцем штрих-кода № 4607091250565 с 14.12.2005, находящийся в каталоге GS46, и в соответствии с которым идентифицируется продукция – мороженое эскимо «Белочка» (65 гр. в перелеризовой упаковке).

На основании изложенного, по мнению Комиссии Оренбургского УФАС России, ООО «Оренбургский хладокомбинат» введено в оборот мороженое «Белочка» задолго до регистрации заявителем товарных знаков по свидетельствам № 447465, 281572.

Таким образом, Комиссия Оренбургского УФАС России пришла к выводу, что в действиях ООО «Оренбургский хладокомбинат» отсутствует необходимая совокупность обстоятельств, достаточных для квалификации совершенного деяния в качестве нарушения части 2 статьи 14^6 Закона о защите конкуренции и подтверждения его состава: не доказан существенный признак недобросовестной конкуренции - направленность действий ООО «Оренбургский хладокомбинат» на получение преимуществ на товарном рынке в силу введения в оборот продукции задолго до получения заявителем исключительного права на средство индивидуализации.

Апелляционная коллегия, изучив жалобу на решение Оренбургского УФАС России от 09.08.2019 по делу № 07-16-98/2018, пришла к следующим выводам.

Согласно пункту 7 статьи 4 Закона о защите конкуренции 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.

Недобросовестная конкуренция - это любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации (пункт 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции).

Из приведенного определения понятия недобросовестной конкуренции следует, что для признания действий недобросовестной конкуренцией они должны одновременно выполнять несколько условий, а именно: совершаться хозяйствующими субъектами; быть направлены на получение преимуществ в предпринимательской деятельности; противоречить законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости; причинить или быть способными причинить убытки другому хозяйствующему субъекту - конкуренту либо нанести ущерб его деловой репутации (причинение вреда).

Под направленностью действий хозяйствующего субъекта на получение преимуществ в предпринимательской деятельности понимается их объективная способность предоставить хозяйствующему субъекту такие преимущества. При этом сами преимущества означают такое превосходство над конкурентами, которое обеспечивает в том числе возможность увеличить размер получаемой прибыли по отношению к уровню прибыли при воздержании от указанных действий. Таким образом, действия хозяйствующих субъектов могут считаться направленными на получение преимуществ, если они позволяют хозяйствующим субъектам увеличить получаемую прибыль либо предотвратить ее неизбежное снижение.

В пункте 1 статьи 14^6 Закона о защите конкуренции предусмотрено, что 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.

Согласно пункту 2 статьи 14^6 Закона о защите конкуренции не допускается недобросовестная конкуренция путем совершения хозяйствующим субъектом действий (бездействия), способных вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами или услугами, вводимыми хозяйствующим субъектом-конкурентом в гражданский оборот на территории Российской Федерации, в том числе копирование или имитация внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом-конкурентом, упаковки такого товара, его этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом (в совокупности фирменной одежды, оформления торгового зала, витрины) или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товар.

Соответственно, данная норма содержит запрет создания смешения с товарами хозяйствующего субъекта – конкурента в результате копирования или имитации внешнего вида рассматриваемого товара, то есть совокупности различных составляющих его элементов. При этом в отличие от нормы пункта 1 статьи 14^6 Закона о защите конкуренции речь идет о неохраняемых элементах такой упаковки.

Запрет действий, способных вызвать смешение, основан на положениях статьи 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883, согласно которым запрещаются любые действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента.

Под смешением в целом следует понимать ситуацию, когда потребитель одного товара (услуги) отождествляет его с другим товаром (услугой) либо допускает, несмотря на заметные отличия, производство двух указанных товаров (оказание услуг) одним лицом. Таким образом, при смешении возникает риск введения потребителя в заблуждение относительно производителя товара (лица, оказывающего услуги).

Следовательно, для признания действий хозяйствующего субъекта недобросовестной конкуренцией такие действия должны

одновременно: совершаться хозяйствующим субъектом-конкурентом; быть направленными на получение преимуществ в предпринимательской деятельности; противоречить законодательству, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости; причинять (иметь возможность причинять) убытки другому хозяйствующему субъекту конкуренту либо наносить (иметь возможность наносить) вред его деловой репутации (причинение вреда).

При этом установлению подлежит вся совокупность вышеназванных обстоятельств, поскольку при недоказанности хотя бы одного из элементов состава действия лица не могут быть признаны актом недобросовестной конкуренции.

Согласно сведениям, включенным в ЕГРЮЛ, ООО «Оренбургский хладокомбинат» зарегистрировано 09.06.1997.

Комиссией Оренбургского УФАС России установлено, что мороженое «Белочка» производства ООО «Оренбургский хладокомбинат» начало вводиться в гражданский оборот 14.12.2005.

ОАО «Русский холодъ» зарегистрировано в ЕГРЮЛ 21.03.2005.

Согласно информации, содержащейся в материалах дела Оренбургского УФАС России, ОАО «Русский холодъ» получило исключительные права на товарный знак по свидетельству № 281572 в результате регистрации договора об отчуждении исключительного права на товарный знак в отношении всех товаров и/или услуг 19.08.2011, а также 17.11.2011 приобрело исключительные права на товарный знак по свидетельству № 447465.

Таким образом, факт того, что товарные знаки ранее принадлежали ООО «Алтайхолод» не имеет правового значения для целей рассмотрения дела № 07-16-98/2018, поскольку в рамках данного дела рассматривалась возможность создания смешения на товарном рынке в случае реализации мороженого «Белочка» производства ООО «Оренбургский хладокомбинат» и производства ОАО «Русский холодъ». Кроме того, ООО «Алтайхолод» не мог образовать группу лиц с ОАО «Русский холодъ» ранее даты регистрации данного юридического лица – 21.03.2005.

Как указывает Заявитель, несмотря на то, что товарный знак № 447465 был зарегистрирован 17.11.2011, мороженое «Белочка» в рассматриваемой упаковке начало вводиться в гражданский оборот ранее. На обозрение Апелляционной коллегии был представлен каталог продукции ОАО «Русский холодъ», согласно которого с 2006 года ОАО

«Русский холодъ» ввело в ассортимент 12 новых видов мороженого, среди которых имеется изображение рассматриваемой упаковки мороженого «Белочка».

Таким образом, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что мороженое «Белочка» производства ОАО «Русский холодъ» начало вводиться в оборот с 2006 года.

Вместе с тем Заявителем по жалобе не представлены доказательства, опровергающие факт введения ОАО «Русский холодъ» в гражданский оборот мороженого «Белочка» позже введения в оборот мороженого «Белочка» производства ООО «Оренбургский хладокомбинат» в спорной упаковке.

При наличии сходства упаковок мороженого «Белочка» Заявителя и ООО «Оренбургский хладокомбинат» в материалах дела Оренбургского УФАС России отсутствует информация, подтверждающая возможность смешения противопоставленных упаковок.

Таким образом, исходя из анализа фактических обстоятельств, а также материалов дела, Оренбургским УФАС России дана надлежащая оценка полученным в ходе рассмотрения дела доказательствам о наличии в рассматриваемых действиях ООО «Оренбургский хладокомбинат» признаков недобросовестной конкуренции по смыслу пункта 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции. Комиссия Оренбургского УФАС России пришла к обоснованному выводу об отсутствии доказательств, подтверждающих нарушение антимонопольного законодательства со стороны ООО «Оренбургский хладокомбинат».

Учитывая изложенное, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что решение Оренбургского УФАС России о прекращении рассмотрения дела от 09.08.2019 по делу № 07-16-98/2018, не нарушает единообразие применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

РЕШИЛА:

Оставить жалобу ОАО «Русский холодъ» на решение Оренбургского УФАС России от 09.08.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 07-16-98/20108 без удовлетворения.

<"...">

Согласно части 15 статьи 23 Закона о защите конкуренции решение коллегиального органа, принятое по результатам пересмотра решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, вступает в силу с момента его размещения на официальном сайте федерального антимонопольного органа в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

В соответствии с частью 1.1. статьи 52 Закона о защите конкуренции решение по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд в течение одного месяца с момента вступления в силу решения коллегиального органа федерального антимонопольного органа.