

ЗАО «Эвалар»

659332, г.Бийск, Социалистическая ул., <...>

ООО «ЛЕОВИТ нутрио»

127410, г. Москва, Поморская ул., <...>

РЕШЕНИЕ по делу № 022/01/146-679/2023

Резолютивная часть решения оглашена 29 августа 2023г. г.Барнаул

В полном объеме решение изготовлено 06 сентября 2023г.

Комиссия управления Федеральной антимонопольной службы по Алтайскому краю по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

председатель Комиссии:

<...>– врио руководителя управления,

члены Комиссии:

<...>– начальник отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы,

<...>— главный специалист-эксперт отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы,

рассмотрев дело № 022/01/14.6-679/2023 по признакам нарушения ЗАО «Эвалар», ИНН 2227000087, Алтайский край, 659332, г.Бийск, Социалистическая ул., 23/6, пункта 1 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

с участием представителя ответчика – ЗАО «Эвалар» <...>по доверенности ,

в отсутствие представителя заявителя – ООО «ЛЕОВИТ нутрио» (извещено),

УСТАНОВИЛА:

дело № 022/01/14.6-679/2023 возбуждено по результатам рассмотрения заявления ООО «ЛЕОВИТ нутрио» о нарушении ЗАО «ЭВАЛАР» запрета на недобросовестную конкуренцию на рынке реализации продукции для похудения, выразившегося в использовании для показа контекстной рекламы в поисковых системах Яндекс в качестве ключевых слов словесных элементов «ЛЕОВИТ», «LEOVIT», а также «ХУДЕЕМ ЗА НЕДЕЛЮ», тождественных товарным знакам заявителя (свидетельство о регистрации № 642799), (свидетельство о регистрации № 642798 от 24.01.2018г), (свидетельство о регистрации № 594301).

Заявитель полагает, что такие действия ЗАО «Эвалар» подпадают под признаки недобросовестной конкуренции, так как привлечение внимания к продукции ЗАО

«Эвалар» происходит за счет известности товарных знаков ООО «ЛЕОВИТ нутрио», а продукция ЗАО «Эвалар» тем самым смешивается в восприятии потребителей с продукцией заявителя, воспринимается как исходящая от заявителя или контролируемых им лиц.

Рассмотрение дела назначено на 12 июля 2023 года.

ЗАО «Эвалар» представлены пояснения по делу, согласно которым Общество нарушение антимонопольного законодательства не признает, считает, что в его действиях признаки недобросовестной конкуренции отсутствуют, полагает, что ключевые слова для поиска информации в сети интернет являются техническим параметром показа рекламного объявления в поисковой системе, определяемым рекламодателем и настраиваемым посредством соответствующих инструментов в интерфейсе поисковой системы, ключевые слова не индивидуализируют какие-либо товары, услуги либо самого рекламодателя и не является самостоятельным способом использования товарного знака по смыслу статьи 1484 ГК РФ.

Присутствующий при рассмотрении дела представитель ответчика ЗАО «Эвалар» доводы, изложенные в ранее направленных пояснениях по делу, поддержал в полном объеме, с нарушением Обществом запрета на недобросовестную конкуренцию не согласился.

Представитель ООО «ЛЕОВИТ нутрио» на рассмотрение дела не явился. Общество о дате, времени и месте рассмотрения дела извещено надлежащим образом, к видеоконференцсвязи заявителем подключение не производилось.

12 июля 2023 года Комиссия, изучив материалы дела, заслушав представителя ЗАО «Эвалар», рассмотрение дела отложила до 29 августа 2023 года в связи с необходимостью получения дополнительных доказательств, а также участием заявителя.

Определением об отложении рассмотрения дела от лиц, участвующих в деле, истребованы необходимые документы и материалы.

ООО «ЛЕОВИТ нутрио» во исполнение определения представлен ассортиментный перечень продукции, реализуемой под товарными знаками № 594301, № 642799, сведения о географических границах рынка, а также о контрагентах; доказательств смешения на рынке товаров либо производителей заявителем не предоставлено.

Обществом заявлено ходатайство о прекращении рассмотрения дела в отношении ЗАО «Эвалар» по причине отсутствия в его действиях признаков недобросовестной конкуренции.

ЗАО «Эвалар» во исполнение определения об отложении рассмотрения дела представлены доказательства в обоснование указания в контекстной рекламе фраз «Турбослим – для похудения №1», «Турбослим - № 1 для похудения в России».

29 августа 2023 года Представитель ООО «ЛЕОВИТ нутрио» на рассмотрение дела не явился, извещен надлежащим образом, к видеоконференцсвязи заявителем подключение не производилось.

Представитель ответчика продолжал придерживаться ранее изложенной позиции

по делу.

Оценив в совокупности и во взаимосвязи представленные доказательства по делу, заслушав доводы представителя ответчика, применив нормы антимонопольного законодательства, а также учитывая ходатайство ООО «ЛЕОВИТ нутрио», Комиссия Алтайского краевого УФАС России приходит к следующим выводам.

Юридические лица – ООО «ЛЕОВИТ нутрио» и ЗАО «Эвалар» являются действующими хозяйствующими субъектами, сведений о прекращении деятельности не имеется.

В соответствии с пунктом 7 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) конкуренция - 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.

Согласно пункту 5 статьи 4 Закона о защите конкуренции под хозяйствующим субъектом понимается 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.

Пунктом 4 статьи 4 Закона о защите конкуренции установлено, что товарным рынком является 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.

Согласно части 5.1 статьи 45 Закона о защите конкуренции, при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

Заявитель – полное фирменное наименование ОБЩЕСТВО С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ «ЛЕОВИТ НУТРИО», ОГРН 1027700558665, ИНН 7713204095, адрес (место нахождения) 127410, г.Москва, Поморская ул., 33, ком. 2, пом. 1, эт. 2, дата регистрации 21.12.2002, основной вид деятельности – производство детского питания и диетических пищевых продуктов (код ОКВЭД – 10.86).

Ответчик – полное фирменное наименование ЗАКРЫТОЕ АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО «ЭВАЛАР», ОГРН 1022200553760, ИНН 2227000087, адрес (место нахождения) Алтайский край, 659332, г.Бийск, Социалистическая ул., 23/6, дата регистрации 22.07.2002, основной вид деятельности – производство лекарственных препаратов (код ОКВЭД – 21.20.1), дополнительные виды деятельности, в том числе

производство детского питания и диетических пищевых продуктов (код ОКВЭД – 10.86).

Факт осуществления указанными хозяйствующими субъектами деятельности на рынке производства диетических пищевых продуктов, в частности продуктов для похудения, материалами дела подтвержден.

С учетом изложенного, ООО «ЛЕОВИТ нутрио» и ЗАО «ЭВАЛАР» являются конкурентами, поскольку осуществляют предпринимательскую деятельность на одном товарном рынке, в одних и тех же географических границах – Российская Федерация, на территории Алтайского края в частности.

В связи с чем, довод ЗАО «Эвалар» об отсутствии конкурентных отношений, которые ответчик обуславливает исключительно сведениями об основных видах деятельности, содержащимися в ЕГРЮЛ, подлежит Комиссией отклонению как несостоятельный.

В соответствии с пунктом 4 статьи 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора.

Согласно пункту 1 статьи 10bis «Недобросовестная конкуренция» Конвенции по охране промышленной собственности, заключенной в г. Париже 20 марта 1883 года, актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. В том числе согласно указанной международной правовой норме подлежат запрету:

1) все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смещение в отношении предприятия, продуктов или промышленной, или торговой деятельности конкурента.

Запрет недобросовестной конкуренции установлен главой 2.1 Закона о защите конкуренции.

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

Актом недобросовестной конкуренции признаются действия противоправного характера, целью которых является приобретение преимущественного положения на конкретном товарном рынке (при сопоставимости товаров по продуктовым и географическим границам определенного товарного рынка).

Из материалов дела следует, что при наборе в поисковых системах Яндекс по адресам: <https://ya.ru>, <https://dzen.ru> тождественных товарным знакам заявителя

словесных элементов «ЛЕОВИТ», «LEOVIT», а также «ХУДЕЕМ ЗА НЕДЕЛЮ», всплывает строка с контекстной рекламой следующего содержания «Турбослим - № 1 для похудения в России!*» либо «Белковые батончики Турбослим – от Эвалар». В этой же всплывающей строке появляется ссылка на сайт <https://brand.evalar.ru>; информация сопровождается пометкой «реклама».

ООО «ЛЕОВИТ нутрио» является правообладателем следующих товарных знаков:

(свидетельство о регистрации № 642799 от 24.01.2018г. (приоритет с 07.11.2016г.),

(свидетельство о государственной регистрации № 642798 от 24.01.2018г., приоритет с 07.11.2016г.),

(свидетельство о государственной регистрации № 594301 от 10.11.2016г., приоритет с 07.10.2014г.).

Пунктом 1 статьи 1477 ГК РФ признается исключительное право на товарный знак, то есть на обозначение, служащее для индивидуализации товаров (услуг) юридических лиц или индивидуальных предпринимателей.

Лицу, на имя которого зарегистрирован товарный знак (правообладателю), принадлежит исключительное право использования товарного знака в соответствии со статьей 1229 названного Кодекса любым не противоречащим закону способом (пункт 1 статьи 1484 ГК РФ).

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:

1) 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;

2) при выполнении работ, оказании услуг;

3) на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот;

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

5) в сети "Интернет", в том числе в доменном имени и при других способах адресации.

Указанные выше товарные знаки зарегистрированы в отношении всех видов пищевой продукции, предназначенной для похудения, о чем указано в свидетельствах о регистрации данных товарных знаков.

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 возникнет вероятность смешения (пункт 1 статьи 1484 ГК РФ).

Запрет на использование в гражданском обороте обозначения, тождественного или сходного до степени смешения с зарегистрированным товарным знаком, действует во всех случаях, за исключением предоставления правообладателем соответствующего разрешения любым способом, не запрещенным законом и не противоречащим существу исключительного права на товарный знак.

Статья 14.6 Закона о защите конкуренции запрещает недобросовестную конкуренцию путем совершения хозяйствующим субъектом действий (бездействия), способных вызвать смешение, в том числе незаконное использование обозначения, тождественного 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.

При этом, в соответствии с положениями Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства», для доказывания факта недобросовестной конкуренции необходимо установление как специальных признаков, определенных нормами статей 14.1 - 14.7 Закона, так и общих признаков недобросовестной конкуренции, предусмотренных пунктом 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции, статьей 10-bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности.

Из определения понятия "недобросовестная конкуренция" следует, что для квалификации совершенных деяний в качестве акта недобросовестной конкуренции, действия конкретного лица должны выполнять одновременно следующие условия:

- лицо, совершившее данное деяние, обладает признаком хозяйствующего субъекта (а также наличие конкурентных отношений между хозяйствующими субъектами);
- наличие действия хозяйствующего субъекта (группы лиц);
- направленность на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности;
- противоречие действия законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;
- совершенные действия способны причинить убытки либо нанести ущерб деловой

репутации другого хозяйствующего субъекта. Такие убытки либо ущерб, либо вероятность их возникновения должны находиться в причинной связи с совершенным деянием.

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. А для квалификации действий хозяйствующего субъекта по использованию исключительного права на товарный знак, как нарушающих запрет, установленный пунктом 1 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции, необходимо установить цель такого использования.

Комиссией при наборе в поисковых системах Яндекс по адресам: <https://ya.ru>, <https://dzen.ru> в качестве ключевых слов словесных элементов «ЛЕОВИТ», «LEOVIT», «ХУДЕЕМ ЗА НЕДЕЛЮ» установлен факт выдачи поисковой системой контекстной рекламы продукции торговой марки «Турбослим» следующего содержания: «Турбослим - № 1 для похудения в России!» <https://brand.evalar.ru> «реклама».

Всплывающая строка имеет схожую структуру при всех вариантах поискового набора, при переходе по ссылке во всех всплывающих окнах открывается сайт ЗАО «ЭВАЛАР» с предложением к продаже пищевой продукции для похудения под торговой маркой «Турбослим».

Фактов использования в данной контекстной рекламе товарных знаков, принадлежащих ООО «ЛЕОВИТ нутрио», Комиссией не установлено.

Исследовав материалы и обстоятельства дела, Комиссия приходит к выводу, что результаты использования ключевых слов «ЛЕОВИТ», «LEOVIT», «ХУДЕЕМ ЗА НЕДЕЛЮ» не свидетельствуют о наличии оснований для вывода о смешении деятельности ЗАО «Эвалар» с деятельностью ООО «ЛЕОВИТ нутрио», его товарами.

Результаты поиска по названным запросам прямо указывают на разные наименования производителей, их разные сайты. В содержании рекламной информации ответчика не содержится какое-либо средство индивидуализации заявителя, использование которого способно вызвать смешение с деятельностью последнего либо с товарами, вводимыми им в гражданский оборот на территории Российской Федерации.

Как разъяснено в пункте 172 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», использование рекламодателем при размещении контекстной рекламы в сети Интернет в качестве критерия для показа рекламного объявления ключевых слов (словосочетаний), тождественных или сходных до степени смешения с принадлежащим другому лицу средством индивидуализации, с учетом цели такого использования может быть признано актом недобросовестной конкуренции.

Вместе с тем, исходя из положений статьи 1484 ГК РФ, указание третьими лицами товарного знака или сходного с ним обозначения с целями, отличными от цели индивидуализации товаров, работ или услуг, при отсутствии вероятности смешения различных товаров и производителей, не является использованием товарного знака.

Комиссия отмечает, что контекстная реклама представляет собой особый вид рекламы, при которой рекламное объявление демонстрируется на сайте в сети Интернет в зависимости от запроса пользователя в поисковой системе (ключевых слов). При размещении рекламы на соответствующем сайте, как правило, заказчик (рекламодатель) определяет ключевые слова, при введении которых пользователями в строку поиска будет демонстрироваться его рекламное объявление.

Использование без согласия правообладателя чужого товарного знака в качестве ключевого слова в своей контекстной рекламе, если в самом объявлении товарный знак не используется, по общему правилу, не является нарушением, поскольку ключевые слова не являются частью объявления и не демонстрируются пользователям; ключевые слова не имеют отношения к переадресации, осуществляемой с использованием рекламной ссылки.

Согласно правовой позиции, изложенной в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01.12.2009 № 10852/09 словесное упоминание товарного знака без цели индивидуализации товаров и услуг не является использованием товарного знака; ключевые слова не служат средством индивидуализации товаров и услуг; ключевые слова являются одним из технических критериев показа рекламного объявления в поисковой системе.

Более того, заявителем доказательств возникновения на рынке смешения товаров двух разных производителей, в частности продукции для похудения производства ООО «ЛЕОВИТ нутрио» с однородной продукцией производства ЗАО «Эвалар», либо самих производителей, не предоставлено.

Напротив, Комиссия отмечает достаточную степень известности на рынке продукции под брендом «Турбослим» производства ЗАО «Эвалар», равно как и самого Общества, в виду чего, цель недобросовестного смешения на рынке товаров двух разных производителей за счет использования спорных ключевых слов не прослеживается. В связи с чем, рассматриваемые действия ЗАО «Эвалар» не направлены на получение преимущественного положения на рынке, в частности имущественной выгоды или возможности ее извлечения, при осуществлении экономической деятельности за счет иных участников рынка, в том числе посредством оказания влияния на выбор покупателей (потребителей), на возможность иных хозяйствующих субъектов, конкурирующих добросовестно, извлекать преимущество из предложения товаров на рынке, на причинение вреда хозяйствующим субъектам-конкурентам иными подобными способами.

Исходя из того, что действия ЗАО «Эвалар», заключающиеся в использовании им в контекстной рекламе ключевых слов «ЛЕОВИТ», «LEOVIT», «ХУДЕЕМ ЗА НЕДЕЛЮ», не направлены на индивидуализацию товаров и услуг, а также из того, что принадлежащие ООО «ЛЕОВИТ нутрио» товарные знаки либо обозначения, тождественные им, не отображаются в рекламе, Комиссия соглашается с доводами ответчика о том, что использование в рассматриваемом случае при размещении контекстной рекламы в сети Интернет в качестве критерия для показа рекламного объявления ключевых слов (словосочетаний), тождественных или сходных до степени смешения с принадлежащим другому лицу товарным знаком, не свидетельствует о нарушении ЗАО «Эвалар» положений статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

Более того, заявитель также считает, что в действиях ответчика признаков нарушения антимонопольного законодательства не содержится, в связи с чем, ходатайствует о прекращении рассмотрения дела.

В соответствии с частью 1 статьи 48 Закона о защите конкуренции Комиссия прекращает рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства, в том числе в случае отсутствия нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых комиссией действиях (бездействии).

Таким образом, материалы дела свидетельствуют о том, что дело № 022/01/14.6-679/2023 подлежит прекращению.

С учетом изложенного и руководствуясь статьей 41, пунктом 1 части 1, части 2 статьи 48 Закона о защите конкуренции, Комиссия Алтайского краевого УФАС России

РЕШИЛА:

рассмотрение дела № 022/01/14.6-679/2023 о нарушении ЗАО «Эвалар», ИНН 2227000087, Алтайский край, 659332, г.Бийск, Социалистическая ул., 23/6, антимонопольного законодательства прекратить в связи с отсутствием в рассматриваемых действиях Общества нарушения пункта 1 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его принятия, а также в коллегиальный орган ФАС России.

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии <...>