

## РЕШЕНИЕ

по жалобе № А-44/2019 ООО «ХайТексЛаб» на решение и предписания Свердловского УФАС России от 19.06.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 110А

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «30» октября 2019 года.

Решение в полном объеме изготовлено «07» ноября 2019 года.

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-44/2019 ООО «ХайТексЛаб» (далее также – Общество) на решение и предписания Свердловского УФАС России от 19.06.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 110А, в присутствии представителей по доверенностям от ООО «ХайТексЛаб»: «<...>», «<...>», «<...>»; от ЗАО «Фирма «Гигиена» (посредством видеоконференц-связи): «<...>», «<...>»; от Свердловского УФАС России (посредством видеоконференц-связи): «<...>», «<...>», «<...>» (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено на официальном сайте ФАС России [www.fas.gov.ru](http://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 ООО «ХайТексЛаб» (далее — Заявитель) на решение и предписания Свердловского УФАС России от 19.06.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 110А.

Оспариваемым решением Свердловского УФАС России ООО «ХайТексЛаб» признано нарушившим пункт 2 статьи 14<sup>б</sup> Закона о защите конкуренции путем производства и последующей реализации на территории Российской Федерации в период с 2017 по 2019 годы товара – средств женской гигиены «Милана» в упаковке, имитирующей упаковку товара – средств женской гигиены «Милана», введенных в гражданский оборот ЗАО «Фирма «Гигиена», что противоречит законодательству РФ, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, направлено на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, может причинить убытки.

Комиссией Свердловского УФАС России выдано два предписания по указанному делу:

1. О прекращении нарушения антимонопольного законодательства путем принятия всех мер по прекращению нахождения в гражданском обороте на территории Российской Федерации упаковок средств женской гигиены «Милана» со «старым» дизайном.
2. О перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства в размере 39 939 123,81 руб.

Заявитель жалобы с решением и предписаниями Свердловского УФАС России не согласен, считает, что указанные акты противоречат Закону о защите конкуренции и нарушают единообразие применения норм антимонопольного законодательства, просит решение и предписания отменить.

## **В ходе рассмотрения жалобы Апелляционной коллегией установлено следующее.**

В Свердловское УФАС России 18.08.2017 поступило заявление ЗАО «Фирма «Гигиена» (вх. № 01-15022 от 18.08.2017) о недобросовестной конкуренции со стороны ООО «Фирма «Гигиена» (в настоящее время — ООО «ХайТексЛаб»).

Письмом от 25.09.2017 № АК/66096/17 ФАС России наделило Свердловское УФАС России полномочиями по рассмотрению соответствующего заявления о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ООО «Фирма «Гигиена» по существу.

По результатам рассмотрения заявления (вх. № 01-15022 от 18.08.2017) приказом № 425 от 13.12.2017 Свердловского УФАС России было возбуждено дело № 110А.

Оспариваемым решением Свердловского УФАС России установлено, что ЗАО «Фирма «Гигиена» зарегистрировано в качестве юридического лица 11.04.2000, производит и реализует средства женской гигиены – прокладки гигиенические, прокладки гигиенические ежедневные под обозначением «Милана», которое зарегистрировано в качестве товарного знака «Милана» (свидетельство на товарный знак № 241373, приоритет товарного знака от 16.08.2001). Товарный знак по свидетельству № 241373, правообладателем которого является ЗАО «Фирма «Гигиена», представляет собой комбинированное обозначение. В состав товарного знака включены словесный элемент «Милана» и графический элемент - стилизованное изображение ромашки.

ООО «ХайТексЛаб» зарегистрировано в качестве юридического лица 27.05.2014, производит и реализует средства женской гигиены – прокладки гигиенические, прокладки гигиенические ежедневные под обозначением «Милана». Кроме того, ООО «ХайТексЛаб» является правообладателем товарного знака «Милана» (свидетельство на товарный знак № 606966, приоритет товарного знака от 17.09.2015). Товарный знак по свидетельству № 606966 является комбинированным. В состав товарного знака включены словесный элемент «Милана» и графический элемент - стилизованное изображение сердца розового цвета.

Вместе с тем, ООО «ХайТексЛаб» при производстве и реализации продукции под обозначением «Милана» на упаковках продукции (картонные коробки и пластиковые пакеты) не использует комбинированный товарный знак по свидетельству № 606966 в той мере, в которой он зарегистрирован. ООО «ХайТексЛаб» использует совместно со словесным обозначением «Милана» иную графическую композицию - стилизованное изображение ромашки (далее – старый дизайн). В последующем (в 2018 году) ООО «ХайТексЛаб» в графической части, содержащейся на упаковках товара, исключило стилизованное изображение ромашки и стало использовать изображение сердца (далее – новый дизайн).

При этом внешний вид упаковки товара (старый дизайн) ООО «ХайТексЛаб» содержит не только наименование продукции - «Милана», фонетически тождественное наименованию «Милана», используемому на упаковке для маркировки продукции производства ЗАО «Фирма «Гигиена», но и выполнен с использованием графических элементов (ромашка) и цветовой гаммы, что, в совокупности (наименование товара + графический элемент + цветовая гамма) визуально напоминает (имитирует) упаковку продукции «Милана», производимую и реализуемую ЗАО «Фирма «Гигиена».

Более того, продукция «Милана», производимая ООО «ХайТексЛаб», имеет схожие размеры упаковки и идентичный материал упаковки, что и у продукции «Милана» производства ЗАО «Фирма «Гигиена», а именно: для прокладок гигиенических ежедневных – картонные коробки, а для прокладок гигиенических – пластиковые пакеты.

Продукция под обозначением «Милана», производимая и реализуемая как ЗАО «Фирма «Гигиена», так и ООО «ХайТексЛаб», располагается в торговых точках на одних полках рядом друг с другом, что подтверждается фотоматериалами, представленными ЗАО «Фирма «Гигиена».

Более того, в определенный период времени два общества под обозначениями «Фирма «Гигиена» (различались только организационно – правовые формы – ЗАО и ООО) осуществляли на территории Российской Федерации производство и реализацию продукции – средств женской гигиены под тождественным обозначением – «Милана» в схожих упаковках.

В последующем, решением Арбитражного суда Свердловской области от 14.12.2017 по делу № А60-52452/2017 (оставлено без изменений постановлением Семнадцатого Арбитражного апелляционного суда от 20.03.2018 № 17АП-1208/2018-ГК) на ООО «Фирма «Гигиена» была возложена обязанность прекратить использование в фирменном наименовании слов «Фирма Гигиена» при осуществлении вида деятельности «Производство бумажных изделий хозяйственно – бытового и санитарно – гигиенического назначения» (ОКВЭД 17.22), в связи с чем ООО «Фирма «Гигиена» сменило фирменное наименование на ООО «ХайТексЛаб».

В результате смешения потребитель при приобретении товара ошибочно принимает новый товар (средства женской гигиены «Милана» производства ООО «ХайТексЛаб») за давно ему известный (средства женской гигиены «Милана» производства ЗАО «Фирма «Гигиена»), ориентируясь на знакомое ему обозначение, что вызывает отток потребительского спроса от товара заявителя к товару со сходным до степени смешения обозначением ответчика.

Социологическим исследованием, представленным ЗАО «Фирма «Гигиена» (исследование проведено ООО «Фонд «Социум»), а также социологическим исследованием, представленным ООО «ХайТексЛаб» (исследование проведено ООО «Центр социальных технологий Оптима»), было установлено, что имеется процент женщин, способных спутать (смешать) упаковку товара ООО «ХайТексЛаб» с упаковкой товара ЗАО «Фирма «Гигиена» и наоборот.

В оспариваемом решении Комиссия Свердловского УФАС России пришла к выводу о том, что использование ЗАО «Фирма «Гигиена» в обороте упаковки товара «Милана», на которой в совокупности содержатся наименование товара «Милана», графический элемент «ромашка» и цветовая гамма, позволило потребителям ассоциировать указанную упаковку продукции именно с заявителем, сформировало определенное мнение о качестве товара, реализуемого последним.

Занимаясь производством и реализацией средств женской гигиены на территории Российской Федерации ЗАО «Фирма «Гигиена» приобрело определенную деловую репутацию.

Сходные до степени смешения упаковки товара ЗАО «Фирма «Гигиена» и ООО «ХайТексЛаб», за счет использования в них в совокупности наименования продукции - «Милана», графического элемента «ромашка» и цветовой гаммы, способны ввести в заблуждение потребителей, не позволяя идентифицировать производителей и приводят к их смешению в хозяйственном обороте, что может быть использовано в целях недобросовестной конкуренции.

На основании изложенного, Комиссия Свердловского УФАС России пришла к выводу о том, что в действиях ООО «ХайТексЛаб» содержится нарушение пункта 2 статьи 14<sup>б</sup> Закона о защите конкуренции, выразившееся в имитации в период с 2017 по 2019 годы упаковки товара – средств женской гигиены «Милана», введенных в гражданский оборот ЗАО «Фирма «Гигиена».

Комиссией Свердловского УФАС России выдано два предписания по делу № 110А:

1. О прекращении нарушения антимонопольного законодательства путем принятия всех мер по прекращению нахождения в гражданском обороте на территории Российской Федерации упаковок средств женской гигиены «Милана» со «старым» дизайном.
2. О перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения

антимонопольного законодательства в размере 39 939 123,81 руб.

Выдавая предписание о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства, Свердловское УФАС России исходило из того, что в период с 01.01.2017 по 31.12.2017 сумма выручки ООО «ХайТексЛаб» от реализации всех товаров «Милана» со «старым» дизайном составила 79 878 247,62 руб.

При этом вероятность покупки в результате смешения товара ООО «ХайТексЛаб» вместо товара ЗАО «Фирма «Гигиена», по мнению Свердловского УФАС России, является равной и составляет  $\frac{1}{2}$ .

По этой причине за доход, полученный в результате нарушения антимонопольного законодательства, Свердловским УФАС России была принята  $\frac{1}{2}$  (половина) выручки, полученной от реализации ООО «ХайТексЛаб» всех товаров «Милана», произведенных в 2017 году со «старым» дизайном (т.е.  $\frac{1}{2}$  от 79 878 247,62 руб.), а именно 39 939 123,81 руб.

**Изучив жалобу ООО «ХайТексЛаб» на решение и предписания Свердловского УФАС России от 19.06.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 110А, доводы Свердловского УФАС России, материалы дела № 110А, Апелляционная коллегия приходит к следующим выводам.**

Согласно пункту 2 статьи 14<sup>б</sup> Закона о защите конкуренции не допускается недобросовестная конкуренция путем совершения действий, способных вызвать смешение с деятельностью конкурента либо с его товарами, в том числе копирование или имитация внешнего вида товара, упаковки, этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом или иных элементов, индивидуализирующих конкурента или его товар.

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.

Таким образом, для установления факта совершения акта недобросовестной конкуренции необходимо установить наличие в действиях хозяйствующего субъекта всех признаков недобросовестной конкуренции, установленных в пункте 9 статьи 4 Закона «О защите конкуренции», а именно:

- осуществление действий хозяйствующим субъектом - конкурентом;
- направленность действий хозяйствующего субъекта на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности;
- противоречие указанных действий положениям действующего законодательства, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;
- причинение или способность причинения указанными действиями убытков другому хозяйствующему субъекту-конкуренту, либо нанесения ущерба его деловой репутации.

Апелляционная коллегия отмечает, что предметом рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства в виде копирования или имитации внешнего вида товара, является не сам по себе выпуск товара в соответствующей упаковке, а влияние действий лица, в отношении которого подано заявление, на конкурентную среду, выражающееся в возможном смешении товаров разных производителей в результате сходства внешнего вида, в частности, маркированных сходным до степени смешения

обозначением, что приводит или может привести к перераспределению спроса на товарном рынке. В результате такого смешения потребитель при приобретении товара ошибочно принимает новый товар за давно ему известный, ориентируясь на знакомое ему оформление упаковки, что вызывает отток потребительского спроса от товара добросовестного производителя к товару со сходным дизайном упаковки.

Согласно разъяснениям ФАС России от 22.08.2018 №АД/66643/18 «По вопросу о разграничении применения статей 14.2 и 14.6 Закона о защите конкуренции» в качестве акта недобросовестной конкуренции в форме смешения рассматривается использование обозначений, которые способны нести функцию индивидуализации: обладают различительной способностью либо приобрели ее в силу использования, то есть на основании восприятия которых потребитель идентифицирует товар как принадлежащий определенному производителю либо продавцу, в связи с чем использование таких обозначений способно вызвать смешение. Например, если форма товара или используемое при оформлении сочетание цветов устойчиво связаны в сознании потребителя с определенным производителем, несанкционированное использование их иными производителями может привести к смешению.

Следовательно, для квалификации действий хозяйствующих субъектов как нарушающих запрет, установленный пунктом 2 статьи 14<sup>6</sup> Закона о защите конкуренции, необходимо установить реальную возможность смешения потребителями товаров ЗАО «Фирма «Гигиена» и товаров лица, в отношении которого возбуждено дело, вследствие действий последнего. Для этого необходимо установить, в том числе, что такой дизайн приобрел известность на какой-либо территории как оформление товара, который производит именно Заявитель, и ассоциируется именно с ним, с целью установления того факта, что действия лица, использующего спорное оформление товара, направлены на получение необоснованных преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности.

При этом, по мнению Апелляционной коллегии, выводы Свердловского УФАС России в достаточной степени мотивированы и соответствуют правовой позиции, приведенной в пункте 13 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности, утвержденного информационным письмом Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13.12.2007 №122, согласно которой допускается возможность разрешения вопросов сходства с позиции рядового потребителя и специальных знаний для этого не требуется.

Таким образом, Апелляционная коллегия полагает, что приведенные в обжалуемом решении выводы Свердловского УФАС России в полной мере соответствуют обстоятельствам дела и не нарушают единообразия при рассмотрении антимонопольными органами дел по признакам нарушения антимонопольного законодательства.

Учитывая изложенное, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что основания для отмены решения Свердловского УФАС России от 19.06.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 110А отсутствуют.

Вместе с тем, относительно выдачи Свердловским УФАС России ООО «ХайТексЛаб» предписания о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства, Апелляционная коллегия отмечает следующее.

В соответствии с подпунктом «к» пункта 2 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган выдает хозяйствующим субъектам обязательные для исполнения предписания о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства.

Вместе с тем, примененный Свердловским УФАС России расчет дохода, полученного ООО «ХайТексЛаб» вследствие нарушения антимонопольного законодательства не основан на

нормах действующего законодательства.

На основании изложенного, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что предписание Свердловского УФАС России от 19.06.2019 по делу № 110А о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства, нарушает единообразие практики применения антимонопольным органом норм антимонопольного законодательства.

Относительно предписания Свердловского УФАС России по делу № 110А о прекращении нарушения антимонопольного законодательства путем принятия всех зависящих от него мер по прекращению нахождения в гражданском обороте на территории Российской Федерации упаковок средств женской гигиены «Милана» со «старым» дизайном, ФАС России обращает внимание на следующее.

Использованная Свердловским УФАС России формулировка «путем принятия всех зависящих от него мер по прекращению нахождения в гражданском обороте на территории Российской Федерации упаковок средств женской гигиены «Милана» со «старым» дизайном» может подразумевать под собой изъятие из оборота реализованного товара, в том числе путем обратного выкупа, что свидетельствует о наличии признаков неисполнимости выданного предписания, и создает угрозу стабильности гражданского оборота.

В связи с изложенным, данное требование Свердловского УФАС России не соответствует полномочиям антимонопольного органа и не может быть реализовано.

Руководствуясь частями 10 и 11 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия

#### **РЕШИЛА:**

1. Жалобу ООО «ХайТексЛаб» на решение Свердловского УФАС России от 19.06.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 110А оставить без удовлетворения.
2. Изменить предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства Свердловского УФАС России от 19.06.2019 по делу № 110А, изложив пункт 1 предписания в следующей редакции: «ООО «ХайТексЛаб» в срок до 31.12.2019 прекратить введение в гражданский оборот на территории Российской Федерации товара - средств женской гигиены «Милана» в упаковке, имитирующей упаковку товара – средств женской гигиены «Милана», введенных в гражданский оборот ЗАО «Фирма «Гигиена».
3. Отменить предписание Свердловского УФАС России от 19.06.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 110А о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства.

Заместитель председателя Апелляционной коллегии:

«<...>»

Члены Апелляционной коллегии:

«<...>»

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.