

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 054/01/14.6-1320/2023

«08» апреля 2024г.

г. Новосибирск

Комиссия Новосибирского УФАС России по рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства в составе: «...»

рассмотрев дело № 054/01/14.6-1320/2023, возбужденное по признакам нарушения ООО «Бионика» ст. 14.5, п.2 ст. 14.6, Федерального закона от 26.07.2006г. №135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон «О защите конкуренции»), выразившегося в использовании результатов интеллектуальной деятельности ООО «Микопро» без согласия правообладателя, копировании или имитации внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом-конкурентом, упаковки такого товара,

в присутствии:

- представителей ООО «Микопро» - «...», «...»,
- представителя ООО «Бионика» - «...»,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление ООО «Микопро» (вх. № 6499/23 от 12.04.23) по факту недобросовестной конкуренции со стороны ООО «Бионика», выразившейся в использовании результатов интеллектуальной деятельности без согласия правообладателя, а также создании смешения с продукцией заявителя.

Как указывает заявитель, ООО «Микопро» является правообладателем и фактическим реализатором биологического нематоцида «Нематофагин-Микопро». На штамм микроорганизма (гриба), содержащегося в препарате «Нематофагин-Микопро», настоящим заявителем в установленном порядке получен патент на

изобретение № RU 2634390. приоритет 29.12.2016, регистрация 26.10.2017. Препарат «Нематофагин-Микопро» и иная продукция ООО «Микопро» пользуется устойчивым спросом на рынке сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия.

ООО «Бионика» был выпущен продукт с другим наименованием, но с тем же составом, что и запатентованный ООО «Микопро» биопрепарат «Нематофагин-Микопро». Скопированный продукт называется «Нематодином», производится и продается в розничных магазинах, а также на торговых интернет-площадках Ozon и Wildberries ООО «Бионика». Данный вывод, как отмечается в заявлении, обусловлен идентичными, внутренне неизменными составами «Нематофагина-Микопро» и «Нематодина», а именно: споры нематофаговых грибов рода *Arthrobotrys oligospora* и *Duddingtonia flagrans* с титром не менее $3 \cdot 10^6$ спор / грамм.

Деятельность ООО «Бионика», по мнению заявителя, по продаже биопрепарата, созданного и запатентованного ООО «Микопро», под личным брендом нарушает материальные нормы законодательства РФ, направленные на защиту юридических лиц и предпринимателей от недобросовестной конкуренции.

«Нематодин» от ООО «Бионика» не проходил регистрацию в Министерстве сельского хозяйства РФ, то есть относится к пестицидам и агрохимикатам, не разрешенным в использовании на территории РФ, а потому в целом не может находиться в обороте на рынке как средство защиты растений.

ООО «Бионика» не только применяет не принадлежащее изобретение в целях получения прибыли, но и использует сам дизайн упаковки продукции. сходный до степени смешения, что в конечном итоге попросту вводит потребителя в заблуждение относительно приобретаемого товара.

Дизайны упаковок, по мнению заявителя, «Нематофагина-Микопро» от ООО «Микопро» и «Нематодина» от ООО «Бионика» полностью совпадают, изменению подверглись только название, цвет упаковки и реквизиты производителя. Большая же часть текста, а именно преимущества, совместимость, способы и варианты использования продукции скопированы без каких-либо корректировок.

При оформлении внешнего вида товара используются многочисленные элементы, такие как форма и размер, графические элементы и их расположение, поэтому наличие незначительного по

размеру индивидуализирующего элемента, такого как товарный знак ООО «Бионика», никаким образом не смогло бы повлиять на фактическую идентификацию потребителем товарного знака «Нематофагин-Микопро» ООО «Микопро».

Также Заявитель отмечает, что доказательством полного копирования дизайна товаров является то, что на продукции «Нематодин» от ООО «Бионика» на оборотной стороне в графе реквизиты указан ОГРН 1135476142152, принадлежащий ООО «Микопро». То есть, ООО «Бионика», по мнению заявителя действуя недобросовестно, при «краже» дизайна не убрало ОГРН ООО «Микопро», заменив его собственный, либо при ошибке при копировании, либо сознательно, что также вводит потребителя в заблуждение относительно истинного производителя данного биопрепарата.

Таким образом, ООО «Микопро» полагает, что ООО «Бионика» осуществляет действия, направленные на имитацию внешнего вида товара с целью создания у покупателей впечатления о принадлежности продукции линейке имитируемых товаров. При этом схожий дизайн используется на всей продукции ООО «Бионика», имеющейся в продаже. То есть, ООО «Бионика» не просто скопировало дизайн с упаковки «Нематофагина-Микопро» для создания и продажи «Нематодина», но и в целом начало его использовать на всей своей продукции, изменяя только цветовую гамму и наименование.

В ответ на запрос Новосибирского УФАС России ООО «Бионика» представлены пояснения, согласно которым в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 23 декабря 2021 г. N 2425 в отношении категории препаратов, к которым относится «Нематодин», требования об обязательной сертификации, не применяются. ООО «Бионика» было оформлено добровольное подтверждение соответствия товара, получен сертификат соответствия № 0627807 от 05.04.2023

Регистрация препарата «Нематодин» в Министерстве сельского хозяйства РФ не проводилась. Препарат «Нематофагин-Микопро», производимый ООО «Микопро» также до 15.07.2022 г. не имел регистрации Министерстве сельского хозяйства РФ. При этом, зарегистрированный препарат не соответствует заявленному. Т.к. зарегистрирован препарат на основе штамма *Arthrobotrys oligospora* F-1303, а согласно описанию препарата «Нематофагин-Микопро»

препарат содержит споры нематофаговых грибов рода *Arthrobotrys oligospora* и *Duddingtonia flagrans* (согласно инструкции на упаковке и информации, размещенной на сайте компании <https://mvsopro.ru/index.php/biorpreparaty/khozvaistvam/neitiatofagin-pro>). Данные штаммы кардинально отличаются по всем параметрам. Таким образом, препарат, реализуемый ООО «Микопро», а именно «Нематофагин-Микопро» в сухой форме (в рамках которого было направлено заявление) не имеет регистрации в Министерстве сельского хозяйства РФ.

Опытная партия препарата «Нематодин» производилась ООО «Торговый Дом Бионика» на основании заключенного с ООО «Бионика» Договора на контрактное производство б/н от 21.12.2022 и в соответствии с Техническими условиями ОКПД 2 20.15.80 от 10.03.2022 ООО «Бионика», а также Паспортами штамма, выданными 14.02.2023 Биоресурсным центром Всероссийской коллекции промышленных микроорганизмов (БРЦ ВКПМ Национального исследовательского центра «Курчатовский институт» (ВКПМ).

Дизайн упаковки препарата «Нематодин» разрабатывался самостоятельно ООО «Бионика». Указание на обратной стороне упаковки продукции «Нематодин» ОГРН, не принадлежащего ООО «Бионика», произошло вследствие ошибки, допущенной на этапе разработки дизайна упаковки. По факту выявления указанной ошибки в марте 2023г., ООО «Бионика» были внесены необходимые исправления и товар поступает в продажу с корректным указанием ОГРН ООО «Бионика» на упаковке товара.

Товар «Нематофагин-Микопро, против нематоды 100 гр.» приобретался и размещался на продажу ООО «Бионика» на основании Договора поставки № А17-22 от 15.07.2022, заключенного между ООО «Микопро». Кроме того, указанный препарат приобретался ООО «Бионика» у физического лица - Мишиной Анны Сергеевны, являющейся директором ООО «Микопро». Полученные в подотчет денежные средства руководителем ООО «Бионика» Гринько В.В. переводились в адрес указанного лица физического лица.

В период реализации товара «Нематофагин-Микопро, против нематоды 100 гр.» через <https://www.ozon.ru>, продано 646 единиц товара.

По результатам рассмотрения заявления и представленных материалов, возбуждено настоящее дело, в ходе рассмотрения

которого установлено следующее.

Анализом состояния конкуренции на рынке биологических препаратов для защиты растений, в том числе для борьбы с нематодами, подготовленным отделом товарных и финансовых рынков Новосибирского УФАС России, установлено наличие фактических конкурентных отношений между ООО «Микопро» и ООО «Бионика» на рынке биологических препаратов для защиты растений, в том числе для борьбы с нематодами, в границах Российской Федерации, включая Новосибирскую область, с 02.02.2022 (дата создания ООО «Бионика»).

При этом, ООО «Бионика» и ООО «ТД Бионика» не входят в одну группу лиц в соответствии с ч. 1 ст. 9 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции».

Определением о назначении дела о нарушении антимонопольного законодательства к рассмотрению от 12.07.2023г. ООО «Микопро» привлечено к настоящему делу в качестве заявителя, ООО «Бионика» в качестве ответчика, ООО ТД «Бионика» в качестве заинтересованного лица.

На рассмотрение дела Комиссией Новосибирского УФАС России 18.08.2023г. представителями ООО «Микопро» озвучена позиция, согласно которой идентичность составов препаратов «Нематофагин-Микопро» и «Нематодин» была определена экспертизой, заказанной заявителем у сторонней организации.

Кроме того, в дополнениях к заявлению от 31.05.2023г., ООО «Микопро» сообщает, что по факту наличия смешения упаковок продукции заявителя и ответчика, Обществом *«будет проведена экспертиза»*. На рассмотрение дела Комиссией Новосибирского УФАС России 18.08.2023г. представителями ООО «Микопро» заявлено, что данная экспертиза планируется к проведению.

В ответ на Определение об отложении рассмотрения дела от 18.08.2023г., в качестве уточнений требований, ООО «Микопро» представлены дополнительные пояснения, согласно которым ответчик нарушает права истца путем производства и реализации товара «Нематодин», поскольку в указанном товаре:

- состав идентичен составу препарата «Нематофагин», произведенный ООО «Микопро»;
- упаковка является имитацией упаковки товара «Нематофагин»,

произведенного ООО «Микопро»;

- скопировано описание препарата «Нематодин» с сайта и упаковок ООО «Микопро». Данное описание не урегулировано какими-либо ГОСТами или требованиями, а являются полностью авторским изложением ООО «Микопро»;

- скопирована техническая документация.

В подтверждение указанных доводов ООО «Микопро» представляет следующие документы и доводы.

На упаковке товара «Нематодин» размещена дата производства товара – 03.11.2022. На оборотной стороне указано, что в составе препарата содержатся споры нематофаговых грибов ARTHROBOTRYS OLIGOSPORA и DUDDIGTONIA FLAGRANS, что подтверждается идентичность состава с товаром «Нематофагин-Микопро».

В заседании 18.08.23 представитель ООО «Бионика» утверждал, что штамм ARTHROBOTRYS OLIGOSPORA был приобретен у НИЦ «Курчатовский институт», а до этого момента указанного штамма в составе препарата не было, в составе был Пециломицин (*Paecilomyces*). Но при этом в Технических условиях от 10.03.2022, представленных ответчиком, указано, что препарат выполнен на основе штамма ARTHROBOTRYS OLIGOSPORA.

ООО «Микопро» представлено заключение Тепляковой Т.В., на изучение которой был представлен препарат «Нематодин» и поставлена цель изучить состав и свойства указанного препарата, произведенного ООО «Бионика».

По результатам исследования специалист сделал следующие выводы:

- в основе препарата содержатся споры гриба DUDDIGTONIA FLAGRANS;

- состав препарата «Нематодин» полностью повторяет состав препарата «Нематофагин-Микопро».

Кроме того, ООО «Микопро» был проведен нотариальный осмотр карточки товара «Нематодин», размещенной ООО «Бионика» на сайте <https://www.wildberries.ru/> (артикул товара 139672241). Из нотариального осмотра видно, что при описании товара (назначение средства защиты растений) указано «защита от нематоды; для

клубники; нематофагин», что дополнительно подтверждает тот факт, что ответчик стремился создать смешение в глазах потребителя с целью получение выгоды за счет репутации истца.

Таким образом, по мнению ООО «Микопро» производя товар «Нематодин», который имитирует товар «Нематофагин-Микопро» посредством использования идентичного состава, схожих упаковок, схожей технической документации, описания продукции, ООО «Бионика» нарушает права заявителя по п. 2 ст. 14.6 Закона «О защите конкуренции».

Также ООО «Микопро» отмечает, что помимо товара «Нематодин», ООО «Бионика» осуществляет производство поддельного товара «Нематофагин-Микопро».

«Нематофагин-Микопро» единожды продавался ООО «Бионика» в количестве 20 штук (110 гр.) и 100 штук (10 гр.), что подтверждается накладной. Однако, ООО «Бионика» реализовало более 1 000 штук, что, по мнению заявителя, показывает, что ООО «Бионика» самостоятельно производило поддельный товар с незаконным использованием товарных знаков заявителя.

Количество проданного ответчиком товара «Нематофагин-Микопро» не соответствует количеству закупленного оригинального товара у заявителя, следовательно, ответчик реализует контрафактный товар собственного производства с использованием товарных знаков и объектов авторского права (оформление и дизайн упаковок, этикеток) истца.

Таким образом, производя поддельный товар «Нематофагин-Микопро», используя незаконно результаты интеллектуальной деятельности ООО «Микопро», ООО «Бионика» нарушает права заявителя по ст. 14.5 ФЗ «О защите конкуренции».

Что касается представленного ответчиком чека об операции на сумму 37 500 руб., заявитель не обладает сведениями о назначении данных средств, поскольку никаких отгрузок на указанную или приближенную сумму ООО «Микопро» не осуществлялось.

Кроме того, заявитель сообщает, что ООО «Бионика», реализует товар в упаковке, снятой ООО «Микопро» с производства еще в 2019 году.

Также заявителем был закуплен указанный товар на платформе ozon.ru. Несмотря на то, что товар в такой упаковке не выпускается

заявителем с 2019 года, ответчик реализует товар, дата производства которого - март 2023 года. На указанной упаковке также имеются отличия в шрифте и ошибка в индексе производителя, что видно в сравнении с оригинальной упаковкой заявителя.

Заявитель обратился к специалисту Дубовскому И.М. с просьбой о проведении исследования по следующим вопросам:

Определить визуальное сходство упаковки нематицида «Нематофагин-Микопро», реализуемого ООО «Бионика» и оригинального нематицида «Нематофагин-Микопро», производимого ООО «Микопро». Определить состав и свойства представленных препаратов.

В ходе исследования был произведен сравнительный анализ упаковок, визуальное сравнение содержимого, а также качественный состав содержимого.

По результатам исследования были сделаны следующие выводы: *«В результате проведенного исследования установлено, что визуально (упаковка) представленного образца (продавец ООО «Бионика») схожа до степени смешения с оригинальным препаратом «Нематофагин-Микопро», производитель ООО «Микопро». Однако на упаковке Образца есть ряд различий (знак РСТ другого формата, логотип ООО «Микопро», имеются ошибки в указании адреса). По внешнему виду препарат имеет явные различия. Представленный Образец существенно по фракции и виду отличается от Оригинального препарата «Нематофагин-Микопро». В составе Образца при первичной микроскопии нематофаговые (хищные) грибы не обнаружены. В оригинальном образце «Нематофагин-Микопро» видны единичные и множественные хламидоспоры нематофаговых (хищных) грибов рода *Duddingtonia flagrans*, являющихся основой препарата».*

Следовательно, препарат «Нематофагин-Микопро», реализуемый ООО «Бионика» не является оригинальным препаратом ООО «Микопро», в нем отсутствует действующее вещество.

Таким образом, по мнению заявителя, ООО «Бионика» реализует контрафактный товар «Нематофагин-Микопро» собственного производства с использованием результатов интеллектуальной деятельности ООО «Микопро» в нарушение ст. 14.5 ФЗ «О защите конкуренции».

Таким образом, заявитель считает нарушением его прав со стороны ООО «Бионика», производство товара «Нематодин» с имитацией состава препарата, упаковки, текстов на упаковках, технических условий (п. 2 ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции»), а также производство поддельного товара «Нематофагин-Микопро» с использованием результатов интеллектуальной деятельности заявителя (ст. 14.5 ФЗ «О защите конкуренции»).

ООО «Бионика» 15.09.2023г. представлены пояснения, согласно которым Выпуск препарата «Нематодин» осуществляется ООО «Бионика» в соответствии с собственной разработкой данного процесса. Технологии культивирования штаммов нематофаговых грибов являются открытой информацией, доступной неограниченному кругу лиц. Основным условием производства любых микробиологических препаратов является наличие самого штамма нематофагового гриба.

Что касается подбора питательных сред для культивирования штамма, то сведения о наборе питательных сред для развития гриба и технологии воспроизводства представлены в различных открытых источниках сети Интернет и не являются коммерческой тайной.

Кроме того, ВКПМ «Курчатовский институт» при продаже образцов штаммов также предоставляет паспорт, в котором указывает состав питательной среды.

В процессе работы у компании ООО «Бионика» появился значительный опыт сотрудничества с специалистами в области микробиологии по вопросам технологии культивирования микробиологических грибов и применения различных их штаммов. В период октябрь-декабрь 2022 года компанией было приобретено специализированное оборудование. В декабре 2022 года был заключен договор с компанией ООО «ТД Бионика» на контрактное производство, в рамках которого контрагентом предоставлено описание схемы культивации и закуплены необходимые штаммы в ВКПМ «Курчатовский институт».

Также ООО «Бионика» отмечает, что ООО «Микопро» не является автором штамма *Arthrobotrys oligospora* T-15, право на использование которого (патент) оно имеет. При этом, ООО «Микопро», как и иные участники рынка биологических препаратов, самостоятельно производит биологические препараты на основе штамма, авторство которого ему не принадлежит. Кроме того, ООО «Микопро» помимо «Нематофагин-Микопро» производит и иные препараты - Триходерма-

Микопро, Кордицепс-Микопро, в состав которых входят различные штаммы грибов (не *Arthrobotrys oligospora* T-15), на которые у ООО «Микопро» также отсутствуют авторские права.

Таким образом, при производстве биологических препаратов принадлежность производителю авторского права на тот или иной штамм, входящий в состав препарата, не является обязательным условием.

С июня 2022 года по январь 2023 года препарат «Нематодин», реализуемый ООО «Бионика», содержал штаммы грибов *Raecilomyces fumosoroseum* и *Metarhizium*. Этикетки препарата содержали соответствующую информацию.

С февраля 2023 года выпуск препарата «Нематодин» осуществлялся на основе штамма гриба *Arthrobotrys oligospora* 168, этикетки препарата содержали соответствующую информацию. Выпуск препарата осуществлялся ООО «Торговый Дом Бионика» на основании Договора на контрактное производство б/н от 21.12.2022, заключенного с ООО «Бионика».

С июля 2023 года по настоящее время ООО «Бионика» приобретает и реализует препарат «Нематодин», производимый ООО «Торговый Дом Бионика» на основе штамма гриба *Duddingtonia flagrans*, право на использование которого принадлежит ему на основании Лицензионного договора от 15 мая 2023 года, заключенного с ФБУН «ГНЦ ВБ «Вектор» Роспотребнадзора. Этикетки препарата содержат соответствующую информацию о составе препарата.

Дополнительно ООО «Бионика» отмечает, что препарат «Нематофагин-Микопро» приобретался ООО «Бионика» у ООО «Микопро», а также у директора данной компании Мишиной А.С., как у физического лица. По имеющейся информации, в том числе от других контрагентов ООО «Микопро», последнее реализует товар посредством расчетов через банковскую карту Мишиной А.С., а также используя наличный расчет.

Относительно качества препарата «Нематофагин-Микопро», реализуемого ООО «Бионика» через сервис ОЗОН от клиентов получена 91 оценка товара (средний балл 4,8 из 5 возможных). Негативный отзыв о качестве продукции поступил 17.03.2023 года, когда ООО «Микопро» начало подготовку претензии к ООО «Бионика», что позволяет сделать разумные предположения о принадлежности авторства данного отзыва.

Также ООО «Бионика» представлена копия экспертного заключения об использовании изобретения, охраняемого на территории РФ № 2634390 в препарате «Нематодин». В указанном экспертном заключении сделан вывод, что изобретение по патенту № 2634390 не использовано в препарате «Нематодин», т.к. он не содержит каждый признак указанного изобретения, приведенный в независимом пункте содержащейся в патенте формулы изобретения.

20.09.2023г. ООО «Бионика» представлены дополнительные пояснения, согласно которым наличие у ООО «Бионика» Технических условий ТУ 20.15.80-001-97667834-2022 от 10.03.2022 на органический биопрепарат-удобрение «Нематодин» на основе штамма хищного нематофагового гриба рода *Arthrobotrys oligospora*, не свидетельствует о нарушении ООО «Бионика» прав ООО «Микопро» на результаты его интеллектуальной деятельности, поскольку главным обстоятельством остается факт производства препарата «Нематофагин-Микопро» на основе штамма *Arthrobotrys oligospora* T-15, задепонированного в БРЦ ВКПМ под номером F-1303, тогда как в состав препарата «Нематодин» входил штамм *Arthrobotrys oligospora* 168, задепонированный в БРЦ ВКПМ под номером F-1135.

Кроме того, ООО «Бионика» отмечает, что заключение Тепляковой Т.В. не является экспертным заключением и не может рассматриваться в качестве надлежащего доказательства в рамках настоящего дела.

В заключении Тепляковой Т.В., указано, что для исследования была представлена упаковка препарата «Нематодин», 100 гр., приобретенная через интернет-магазин OZON. Сведения, кем и когда приобретался образец товара, отсутствуют. При этом в заключении Тепляковой Т.В. указано, что цвет препарата желто-коричневый, а также сделан вывод о том, что препарат «Нематодин» по внешнему виду идентичен составу препарата «Нематодин-Микопро». Данное обстоятельство дает основания предполагать, что для исследования Тепляковой Т.В. был представлен не препарат «Нематодин», поскольку последний по внешнему виду принципиально отличается от препарата «Нематодин-Микопро». «Нематодин» (сухая форма) представляет собой порошкообразное вещество средней фракции белого цвета. «Нематодин-Микопро» (сухая форма) производится в виде порошка желто-коричневого цвета значительно более мелкой фракции, чем «Нематодин».

Выводы Тепляковой Т.В. о внешней идентичности препаратов, а также о том, что состав препарата «Нематодин» повторяет полностью

препарат «Нематофагин-Микопро» и содержит штамм *Duddingtonia flagrans*, вызывают обоснованные сомнения, поскольку из текста заключения следует, что препарат «Нематофагин-Микопро», производимый ООО «Микопро», в принципе не подвергался исследованию.

Главным фактором отсутствия в действиях ООО «Бионика» использования результатов интеллектуальной деятельности ООО «Микопро» является то, что в препаратах «Нематофагин-Микопро» и «Нематодин» использовались различные типы штаммов *Arthrobotrys oligospora*, кардинально отличающиеся по всем параметрам. Наличие или отсутствие в препаратах штамма *Duddingtonia flagrans* не может являться признаком нарушения авторских прав ООО «Микопро», поскольку данный штамм не является его изобретением, а используется на основании лицензионного договора с ФБУН «ГНЦ ВБ «Вектор» Роспотребнадзора. Данный штамм также используется ООО «ТД «Бионика» на основании лицензионного договора от 15 мая 2023 года.

15.07.2022 года ООО «Микопро» зарегистрировало в Министерстве сельского хозяйства РФ препарат на основе только одного штамма *Arthrobotrys oligospora* T-15. Однако, если в состав производимого ООО «Микопро» «Нематофагин-Микопро» помимо *Arthrobotrys oligospora* T-15 входит также *Duddingtonia flagrans*, возникает закономерный вывод о том, что фактически реализуемый ООО «Микопро» препарат не зарегистрирован в Министерстве сельского хозяйства РФ, при этом этикетка данного товара содержит информацию о регистрации, что свидетельствует о введении потребителей в заблуждение о приобретении ими зарегистрированного препарата.

В целом ООО «Микопро» в различных источниках заявляет различную информацию о составе производимого им препарата «Нематофагин-Микопро».

Так, на этикетке (часть с упаковок с регистрационным номером, часть - без регистрационного номера с указанием ТУ) указано в качестве состава *Arthrobotrys oligospora*. На сайте Министерства сельского хозяйства РФ (каталог пестицидов) - *Arthrobotrys oligospora* F-1303, в порошковой форме (П). В свидетельстве о регистрации препарата - *Arthrobotrys oligospora* F-1303. На сайте компании micopro.ru (описание в сухой форме) - *Arthrobotrys oligospora* и *Duddingtonia flagrans*. На сайте компании micopro.ru (описание в

жидкой форме) - *Arthrobotrys oligospora*. В отзыве на определение Новосибирского УФАС России от 16.09.2023 - *Arthrobotrys oligospora* и *Duddingtonia flagrans*.

Таким образом, по мнению ООО «Бионика», остается неясным, каков же состав реальный препарата «Нематодин- Микопро», и о копировании какого состава препарата «Нематофагин» идет речь. Из пояснений директора ООО «Микопро» Мишиной А. С., которые были даны в рамках заседания Комиссии 20.09.2023, следует, что ООО «Микопро» произвольно принимает решения относительно состава препарата при выпуске той или иной партий товара.

20.09.2023г. на рассмотрении дела Комиссией Новосибирского УФАС России ООО «Микопро» представлено заключение специалиста в области промышленного дизайна Таубе М.В., в котором исследовался вопрос об имитации упаковок товаров ООО «Микопро» и ООО «Бионика».

Определением об отложении рассмотрения дела от 20.09.2023г. у ООО «Микопро» запрошено документальное подтверждение обращения потребителей в адрес ООО «Микопро» с претензиями относительно качества продукции, а также относительно смешения с продукцией ООО «Бионика».

В ответ на данное Определение заявителем представлено ходатайство об уточнении требований, и отзыв. В данном отзыве ООО «Микопро» сообщает о негативных отзывах на сайте ozon.ru, представленные в первоначальном заявлении, а также сообщает, что Общество находится в процессе сбора писем от иных покупателей, которые будут представлены к следующему заседанию.

Данные письма не были представлены заявителем.

17.10.2023г., ООО «Бионика» представило пояснения, согласно которым выводы Экспертного заключения говорят о том, что изобретение по патенту РФ №2634390 не использовано в препарате «Нематодин», т.к. не содержит каждый признак указанного изобретения, приведенный независимом пункте содержащейся в патенте формулы изобретения. Таким образом «Нематофагин-Микопро» и «Нематодин» являются различными по составу препаратами, содержащими разные типы штаммов *Arthrobotrys oligospora*, кардинально отличающиеся по всем параметрам.

Ссылка ООО «Микопро» на то, что использование производителями

различных штаммов *Arthrobotrys oligospora* не имеет значения, несостоятельна. Все штаммы микроорганизмов (бактерии, дрожжи, грибы и т.п.) имеют индивидуальный номер, поскольку разнятся по индивидуальному морфологическому составу, имеют разные свойства и проявляют разное воздействие.

Внешний вид упаковок препаратов «Нематофагин-Микопро» и «Нематодин» принципиально различаются по цветовому и графическому дизайну, расположению элементов, изображенному товарному знаку, наименованию препарата, реквизитам производителя, что исключает ошибочный выбор покупателя при покупке товара. Использование фольгированных пакетов для сухой формы препарата и пластиковых бутылок для жидкой формы препарата не может рассматриваться в качестве копирования и имитации внешнего вида упаковки, поскольку обусловлено исключительно их функциональным применением.

Со стороны ООО «Бионика» представлено Заключение № 187-2023 от «13» октября 2023 года, подготовленное ФГБУ Институт социологии федерального научно-исследовательского центра РАН (Лаборатория социологической экспертизы) по результатам сравнительного анализа упаковок с точки зрения потребителей.

Указанное Заключение содержит следующие выводы: *«...социологические признаки копирования и имитации упаковкой «Нематодин 1 литр» упаковки «Нематофагин 1 литр» отсутствуют; ... социологические признаки копирования и имитации упаковкой «Нематодин 100 граммов» упаковки «Нематофагин 100 граммов» отсутствуют; ...социологические признаки копирования и имитации упаковкой «Триходерма 50 граммов» упаковки «Триходерма 50 граммов» отсутствуют; ...социологические признаки копирования и имитации упаковкой «Кордицепс 50 граммов» упаковки «Кордицепс 50 граммов» отсутствуют».*

Помимо вышеуказанного заключения ФГБУ Институт социологии федерального научно-исследовательского центра РАН (Лаборатория социологической экспертизы) по заказу ООО «Бионика» также сделано Заключение № 188-2023 от «13» октября 2023 года, подготовленное по следующим вопросам: 1. Определение наличия или отсутствия в оформлении упаковки «Нематодин 1 литр» признаки копирования или имитации внешнего вида упаковки товара и «Нематофагин 1 литр», которые создают смешение в восприятии потребителя и могут привести к ошибочному выбору им товара. 2.

Определение наличия или отсутствия в оформлении упаковки «Нематодин 100 грамм» признаков копирования или имитации внешнего вида упаковки «Нематофагин 100 грамм», которые создают смешение в восприятии потребителя и могут привести к ошибочному выбору им товара.

Указанное Заключение содержит выводы о том, что «Большинство потребителей не путают обозначения «Нематодин» и «Нематофагин»; Подавляющее большинство респондентов (93%) не путают упаковку товара «Нематофагин 1 литр» с упаковкой «Нематодин 1 литр»; Абсолютное большинство опрошенных (94%) полагают, что упаковка микробиологической добавки для растений «Нематодин 1 литр» является оригинальной и не копирует упаковку «Нематофагин 1 литр»; Подавляющее большинство потребителей (85%) считают, что товары под упаковкой «Нематодин 1 литр» и товары под упаковкой «Нематофагин 1 литр» производятся разными компаниями. Большинство опрошенных (82%) считают, что данные товары принадлежат разным линейкам товаров разных производителей; Подавляющее большинство респондентов не путают упаковку товара «Нематодин 100 грамм» с упаковкой товара «Нематофагин 100 грамм»; Абсолютное большинство опрошенных полагают, что упаковка микробиологической добавки для растений «Нематодин 100 грамм» является оригинальной и не копирует упаковку «Нематофагин 100 грамм»; Подавляющее большинство опрошенных (87%) полагают, что микробиологические добавки для растений под тестируемыми упаковками производятся разными компаниями; Подавляющее большинство опрошенных (85%) полагают, что микробиологические добавки для растений под тестируемыми упаковками принадлежат линейкам товаров разных производителей».

В отзыве от 18.12.2023г., ООО «Бионика» дополнительно отмечает, что товар «Нематофагин-Микопро» приобретался и размещался на продажу ООО «Бионика» на основании Договора поставки № А17-22 от 15.07.2022, заключенного между ООО «Микопро». Также товар «Нематофагин-Микопро» приобретался у директора ООО «Микопро» Мишиной Анны Сергеевны, как у физического лица, на сумму 37 500 рублей в количестве 1200 шт. подтверждается авансовым отчетом от 30.06.2022.

Кроме того, ООО «Бионика» приобретало препарат, производимый ООО «Микопро» у физических лиц, которые в свою очередь, также приобретали его у директора ООО «Микопро» Мишиной Анны

Сергеевны, как у физического лица. В частности, препарат приобретался у физического лица Морозова Никиты Сергеевича, который приобретал его у Мишиной А.С. путем перечисления денежных средств в размере 10 000 рублей на ее личную карту, что подтверждается чеком по операции от 25.03.2022 года.

Данное обстоятельство подтверждает ранее приведенные ООО «Бионика» факты того, что реализация товара посредством расчетов через банковскую карту Мишиной А.С., а также путем наличного расчета, является сложившейся практикой ООО «Микопро».

Кроме того, в соответствии с п. 4 ст. 1252 Гражданского кодекса РФ в случае, когда изготовление, распространение или иное использование, а также импорт, перевозка или хранение материальных носителей, в которых выражены результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, приводят к нарушению исключительного права на такой результат или на такое средство, такие материальные носители считаются контрафактными.

Таким образом, признаками контрафактного товара являются использование результата чужой интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации; изготовление и распространение такового, что это приводит к нарушению исключительного права на этот объект интеллектуальной собственности. В рассматриваемом случае признаки реализации контрафактного товара полностью отсутствуют.

Во-первых, «Нематофигин-Микоро» не является объектом интеллектуальной собственности, о чем ранее давало пояснения ООО «Бионика» (принадлежность права на *Duddingtonia flagrans* третьему лицу, реализация ООО «Микопро» под наименованием «Нематофагин-Микопро» товара, содержащего различный нестабильный состав и т.д.). Детальные факты перечисленных обстоятельств содержатся в пояснениях ООО «Бионика», ранее представленных в материалы дела.

Во-вторых, ООО «Микопро» не доказан факт поддельности препарата «Нематофагин-Микопро», который реализовывался ООО «Бионика» в спорный период. ООО «Бионика» представлены доказательства приобретения препарата у самого ООО «Микопро». Кроме того, даже рассматривая версию ООО «Микопро» о том, что ООО «Бионика» реализовало препарата больше, чем приобрело по договору поставки, данное обстоятельство не может являться

подтверждением поддельности продаваемого препарата ООО «Бионика». Таким подтверждением может служить исключительно результат соответствующей экспертизы препарата. Такой экспертизы со стороны ООО «Микоро» не представлено.

Дополнительно, в отзыве от 29.01.2024, ООО «Бионика» отмечает, что заключение Дубовского И.М. по вопросу визуального сходства упаковки препарата «Нематофагин-Микопро», реализуемого ООО «Бионика» и препарата «Нематофагин-Микопро», производимого ООО «Микопро», и вопросу определения состава и свойства представленных препаратов не может являться надлежащим доказательством производства и реализации поддельного товара, поскольку, во-первых, Дубовский И.М. не является специалистом в области дизайна, графики и прочих критериев, на основании сравнения которых возможен вывод о сходстве и различии упаковок до степени смешения. Во-вторых, указанное заключение не позволяет определить, какие именно препараты исследовались.

Так, в заключении указано, что в качестве препарата, якобы реализуемого ООО «Бионика», предоставлен образец, приобретенный на сайте OZON покупателем Алпатовой Полиной. При этом, какое отношение имеет Алпатова Полина к ООО «Микопро», являющегося заказчиком экспертизы, неизвестно. Также в заключении указано, что препарат передан в крафтовом пакете, фасовкой 1 кг, край пакета закреплен тремя скрепками. Таким образом, очевидно, что описанный способ закрепления пакета не исключает замену его содержимого без видимых следов его вскрытия и повторного закрепления скобами степлера.

Соответственно факты принадлежности исследуемого товара и реализации его именно ООО «Бионика», не подтверждены.

В качестве уточнения требований от 17.10.2023г., ООО «Микопро» сообщает, что утверждения ООО «Бионика» о том, что с июня 2022 года по январь 2023 года препарат «Нематодин» содержал штаммы грибов PAECILOMYCES FUMOSOROSEUM и METARHIZIUM, а с февраля 2023 года препарат производился на основе штамма ARTHROBOTRYS OLIGOSPORA и только с июля 2023 года препарат выпускался на основе DUDDIGTONIA FLAGRANS, не соответствуют действительности.

В дополнительном отзыве от 17.11.2023г., ООО «Микопро» отмечает, что представленное ООО «Бионика» заключение выполнено со значительными недочетами, вследствие чего нельзя говорить о корректности выводов, к которым пришел специалист

Также заявитель отмечает, что опрос, заказанный одной из сторон по делу, не может являться однозначным доказательством отсутствия или наличия имитации.

08.04.2024г. качестве очередных уточнения требований ООО «Микопро» представлены пояснения и документы (вх. № 6351-ЭП/24), согласно которым ООО «Бионика» на рынок были выпущены товары: «Нематодин», «Триходерма» и «Кордицепс» в различных граммовках аналогично товарам «Нематофагин», «Триходерма» и «Кордицепс» производства ООО «Микопро».

ООО «Бионика» имитирует каждый товар ООО «Микопро» по отдельности, используя аналогичное название, цвет, упаковку, тексты.

По мнению ООО «Микопро», на имитацию влияет не только выбор названий, идентичный текст, упаковки и картинки на этикетках, но и выбор идентичной или похожей цветовой гаммы (что влияет на восприятие товара потребителем), а именно:

- синий / фиолетовый - для «Нематодина» (как и у «Нематофагина»);
- красный - для «Триходермы».
- зеленый - для «Кордицепса».

Указанное подтверждается заключением дизайнера Таубе М.В., которая анализировала как каждый товар по-отдельности, так и всю линейку в целом.

В ходе исследования специалистом была использована методика упаковок товаров через анализ рынка товаров, предметное изучение образцов, анализ цвета и деталей упаковок, а также их функциональность.

Кроме того, смешение, по мнению заявителя, также подтверждается тем, что ИП Хомяк С.С. получил информацию от Кудашкиной Екатерины о том, что заявитель и ответчик - единая компания, при этом пока последняя еще работала в ООО «Микопро». Следовательно, по мнению заявителя, сотрудники ООО «Бионика» намеренно создают смешение на рынке. Отгрузки в адрес ИП Хомяка С.С. осуществлялись ООО «Бионикой» одновременно с ООО «Микопро», что свидетельствует о параллельном ведении бизнеса, намеренном смешении компаний на рынке.

Заявителем была выявлена видеозапись блогера, который делал

обзор на товар «Нематодин», при этом в комментариях пользователи явным образом путали товар «Нематодин» и «Нематофагин».

На платформе <https://www.wildberries.ru/>, на дату представления отзыва, продолжается смешение, поскольку в карточке товара «Нематодин» продавцы указывают «Нематофагин».

Так, в результате поискового запроса «Нематофагин» на указанной площадке, одним из результатов поиска является товар «Нематодин». Указанное смешение происходит, поскольку в карточке товара «Нематодин» снова указано «Нематофагин».

Заявителем также представлена Аналитическая записка по результатам пилотного опроса 150 респондентов, проведенного по заказу ООО «Микопро» ВЦИОМ 3-4 апреля 2024 г.

Так, респонденты посчитали схожими между собой упаковки жидких препаратов (75% опрошенных), упаковки сухих препаратов (65 % опрошенных). И 52% опрошенных могли бы перепутать их при покупке.

Также заявитель отмечает, что часть респондентов на вопрос № 14 ответила, что знает продукцию компании ООО «Бионика» более 5-ти лет, в то время как ООО «Бионика» существует на рынке с 2022, что также подтверждает, что потребители путают товары и думают, что ООО «Бионика» более 5 лет торгует препаратами, хотя данную реализацию с 2013 по 2022 (до возникновения ООО «Бионика») осуществляло только ООО «Микопро».

ООО «Микопро» отмечает, что на рынке товаров для защиты растений таких же либо подобных упаковок не существует, что еще раз подчеркивает факт имитации со стороны ООО «Бионика».

По мнению заявителя, Гринин В.В., будучи бывшим сотрудником ООО «Микопро», реализует аналогичную линейку продукции в похожих упаковках, при этом работает с клиентской базой заявителя, вводя клиентов в заблуждение относительно смешения компания.

Таким образом, по мнению ООО «Микопро» следующие действия ООО «Бионика» нарушают ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции»:

- смешение товара «Нематодин» и товара «Нематофагин»;
- смешение линейки товаров ООО «Микопро» и ООО «Бионика», включающие в себя товары «Нематодин» / «Нематофагин», «Кордицепс» и «Триходерма».

Заявитель отмечает, что его результаты интеллектуальной деятельности были использованы ООО «Бионика»:

- в ходе производства собственной продукции, поскольку были использованы путем переработки дизайны упаковок и этикеток и тексты ООО «Микопро»;

- в ходе производства контрафактной продукции, поскольку были взяты товарные знаки, дизайны упаковок и тексты ООО «Микопро».

В силу ст. 1259 ГК РФ дизайн упаковок и этикеток, а также текст являются объектами авторского права. На основании ст. 1270 ГК РФ использованием объекта авторских прав является в том числе его переработка. При создании упаковок, по мнению заявителя, продукции ООО «Бионика» переработало упаковки заявителя, о чем говорит использование идентичных материалов, размеров, текстов, расположения элементов.

Указанный довод подтверждается также наличием ОГРН заявителя на упаковке ООО «Бионика», что явным образом свидетельствует, что упаковка последнего была сделана на основе упаковки заявителя. При этом ООО «Бионика» утверждает, что данное указание возникло вследствие ошибки, однако, остается непонятным, как такая ошибка могла быть допущена без упаковки ООО «Микопро».

ООО «Микопро» отмечает и копирование текстов на лицевой и на оборотной частях упаковок. Также ООО «Микопро» подчеркивает, что ООО «Бионика» использовало результаты интеллектуальной деятельности заявителя в ходе производства контрафактной продукции.

На основании изложенного, заявитель просит:

- Признать действия ООО «Бионика» по производству и реализации товара «Нематодин» актом недобросовестной конкуренции, нарушающим ст. 14.6 и ст. 14.5 ФЗ «О защите конкуренции».

- Признать действия ООО «Бионика» по производству и реализации контрафактного товара «Нематофагин-Микопро» актом недобросовестной конкуренции, нарушающим ст. 14.5 ФЗ «О защите конкуренции».

- Признать действия ООО «Бионика» по производству и реализации линейки продукции «Нематодин», «Триходерма» и «Кордицепс» актом недобросовестной конкуренции, нарушающим ст. 14.6 и ст. 14.5 ФЗ

«О защите конкуренции».

- Признать действия ООО «Бионика» по производству и реализации линейки контрафактной продукции «Нематофагин», «Триходерма» и «Кордицепс» актом недобросовестной конкуренции, нарушающим ст. 14.5 ФЗ «О защите конкуренции».

- Выдать предписание ООО «Бионика» о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, а также привлечь ООО «Бионика» к административной ответственности.

Рассмотрев материалы дела, оценив все представленные сторонами пояснения и доказательства, Новосибирское УФАС России отмечает следующее.

В силу п. 7 ст. 4 Федерального закона от 26.07.2006г. №135-ФЗ «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 п. 5 ст. 4 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.

В соответствии с п.9 ст.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.

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.

В соответствии со ст. 14.5 Закона «О защите конкуренции», не допускается недобросовестная конкуренция путем совершения хозяйствующим субъектом действий по продаже, обмену или иному введению в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности, за исключением средств индивидуализации, принадлежащих хозяйствующему субъекту-конкуренту.

Согласно п. 2 ст. 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.

Требования заявителя по факту использования ООО «Бионика»

наименования «нематофагин» в карточке товара на маркетплейсе Wildberries рассмотрены Комиссией Новосибирского УФАС России и квалифицированы как нарушение положений п.3 ст.14.2 Закона «О защите конкуренции». ООО «Бионика» выдано Предупреждение о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, путем прекращения использования (а также недопущения такого использования в будущем) обозначения «нематофагин» в предпринимательской деятельности, связанной с реализацией собственной продукции, в том числе на маркетплейсе Wildberries.

ООО «Бионика» исполнило данное Предупреждение, представив в материалы дела скриншоты карточки товара, а также переписки с юристом маркетплейса Wildberries.

Доводы заявителя, о том, что ООО «Бионика» не исполнило предупреждение, поскольку на указанном маркетплейсе Wildberries имеется иная карточка товара «нематодин», с указанием в описании товара слова «нематофагин» не принимаются Комиссией Новосибирского УФАС России, на основании следующего.

Указанная заявителем карточка товара (артикул 206561642) размещена продавцом «Xas market» (Корнюшко Кирилл Михайлович, ИНН: 525012132208, Номер регистрации: 525012132208). Данная карточка не содержит сведений об ООО «Бионика», как изготовителе или продавце данного товара. Не содержит также полноценного изображения продаваемого товара (упаковку, фасовку), и иных сведений, позволяющих определить, как сам товар, так и его производителя.

В случае, если, по мнению заявителя, информация, размещенная в данной карточке товара, нарушает права ООО «Микопро», заявитель вправе обратиться с самостоятельным заявлением в антимонопольный орган.

Доказательств размещения данной карточки товара именно ООО «Бионика» материалы настоящего дела не содержат.

В части нарушения ООО «Бионика» статьи 14.5 Закона «О защите конкуренции», Комиссия Новосибирского УФАС России отмечает следующее.

Доказательств того, что указанная заявителем «контрафактная» продукция изготовлена ООО «Бионика» в материалах дела не

имеется.

Закон «О защите конкуренции» не содержит в себе понятия контрафактного товара. Данное понятие закреплено в статье 1515 Гражданского кодекса РФ, согласно которой товары, этикетки, упаковки товаров, на которых незаконно размещены товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение, являются **контрафактными**.

Правообладатель вправе требовать изъятия из оборота и уничтожения за счет нарушителя контрафактных товаров, этикеток, упаковок товаров, на которых размещены незаконно используемый товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение. В тех случаях, когда введение таких товаров в оборот необходимо в общественных интересах, правообладатель вправе требовать удаления за счет нарушителя с контрафактных товаров, этикеток, упаковок товаров незаконно используемого товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения. Лицо, нарушившее исключительное право на товарный знак при выполнении работ или оказании услуг, обязано удалить товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение с материалов, которыми сопровождается выполнение таких работ или оказание услуг, в том числе с документации, рекламы, вывесок.

ГОСТ Р 58223-2018 «Национальный стандарт Российской Федерации. Интеллектуальная собственность. Антимонопольное регулирование и защита от недобросовестной конкуренции» (утв. приказом Росстандарта от 13.09.2018 N 597-ст) определяет **контрафакт** как товары, содержащие любые охраняемые результаты интеллектуальной деятельности или приравненные к ним средства индивидуализации, действия с которыми (в том числе изготовление, распространение или иное использование, а также импорт, перевозка или хранение) приводят к нарушению исключительных прав их правообладателей (например, оригинальная продукция, ввезенная в ЕАЭС без согласия правообладателей, и поддельная продукция с незаконным использованием охраняемых средств индивидуализации этих товаров, в том числе обозначений, сходных до степени смешения).

При этом материальный носитель может признать контрафактным только суд. Указанная позиция находит отражение в статье 1252 ГК РФ, пункте 75 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2019 N 10.

ООО «Микопро» не представлены в материалы настоящего дела какие-либо доказательства признания судом той или иной продукции, изготовленной ООО «Бионика» контрафактом.

При этом в соответствии с ч. 2 ст. 45.1 Закона «О защите конкуренции» - каждое лицо, участвующее в деле, должно раскрыть доказательства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений, перед другими лицами, участвующими в деле, в пределах срока, установленного комиссией.

Позиция ООО «Микопро», согласно которой ООО «Бионика» реализует контрафактный товар, является **выводами** заявителя, сделанными в результате сопоставления некоторых фактов, изложенных в заявлении.

Сведения о том, что ИП Хомяк С.С. получил информацию от Кудашкиной Екатерины информацию о том, что заявитель и ответчик - единая компания, не имеют материального (документального) подтверждения. Кроме того, заявитель сам отмечает, что в этот момент Кудашкина Е. работала в ООО «Микопро». Следовательно, любые её действия в данный период времени невозможно рассматривать, как действия должностных лиц ответчика.

Заявитель также отмечает, что Гринин В.В., будучи бывшим сотрудником ООО «Микопро», реализует аналогичную линейку продукции в похожих упаковках, при этом работает с клиентской базой заявителя, вводя клиентов в заблуждение относительно смешения компания. При этом, Гринин В.В. не является сотрудником ООО «Бионика» и расценивать его действия, как действия должностных лиц ответчика невозможно. Наличие группы лиц между ООО «Бионика» и ООО ТД «Бионика» (где Гринин В.В. является директором) не установлено.

Доводы заявителя о том, что ООО «Бионика» реализовало посредством маркетплейса «ozon» больше товаров, чем закупало у ООО «Микопро» не являются доказательствами изготовления ООО «Бионика» контрафактной продукции. Из пояснений ООО «Бионика» следует, что продукцию «НЕМАТОФАГИН-МИКОПРО» ответчик закупал также у третьих лиц. Доказательств данного довода, как и его опровержение не имеется в материалах дела. Представленные ООО «Бионика» чеки, о перечислении Мишиной А.С. денежных средств, заявителем оставлены без комментариев, позволяющих опровергнуть доводы ООО «Бионика».

При этом, все неустранимые сомнения трактуются в пользу обвиняемого лица, поскольку заключение о совершении лицом противоправных действий должно основываться на доказательствах, а не предположениях.

Поскольку между ООО «Бионика» и ООО «Микопро» имели место договорные отношения на поставку товаров, утверждать, что та или иная упаковка товара «НЕМАТОФАГИН-МИКОПРО», реализуемая посредством сайта «ozon» не является упаковкой, поставленной ООО «Бионика» самим заявителем, невозможно.

В случае наличия подозрений со стороны потребителей (ИП Хомяка С.С.), что поставляемая ООО «Бионика» продукция не является оригинальной, данным лицам следовало обратиться в правоохранительные и судебные органы для сбора соответствующих доказательств и установления факта изготовления контрафакта в судебном порядке.

В настоящем же производстве установить изготовление контрафакта задним числом, не имея прямых доказательств изготовления такого товара ООО «Бионика», невозможно.

Таким образом, признаки нарушения ООО «Бионика» статьи 14.5 Закона «О защите конкуренции», в данном случае не усматриваются, поскольку заявителем не доказано наличие как такового **ДЕЙСТВИЯ** лица по изготовлению и введению в оборот контрафактного товара.

Доказательств совершения ООО «Бионика», либо должностными лицами ООО «Бионика» действий по незаконному получению, использованию или разглашению информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну ООО «Микопро», заявителем не представлено.

Кроме того, заявителем не представлено доказательств использования ООО «Бионика» изобретения по патенту № 2634390, поскольку продукция ООО «Бионика» не содержит каждый признак указанного изобретения, приведенный в независимом пункте содержащейся в патенте формулы изобретения.

Претензия ООО «Микопро» о копировании ответчиком состава продукции «Нематофагин-Микопро» также не подтверждается материалами дела, поскольку в ходе рассмотрения дела установлено, что продукция заявителя («Нематофагин-Микопро») и продукция ООО «Бионика» («Нематодин») изготавливаются с

использованием различных штаммов нематофаговых грибов. При этом, различные штаммы использовались и ООО «Бионика» и ООО «Микопро», в составе продукции которого указан: *«консорциум штаммов нематофаговых грибов»*.

При рассмотрении дела Комиссией Новосибирского УФАС России, директором ООО «Микопро» даны пояснения, согласно которым состав препаратов, изготавливаемых ООО «Микопро» может состоять из различных штаммов, в зависимости от партии изготовления. При этом, в изобретении по патенту № 2634390 указан конкретный штамм (*Arthrobotrys oligospora T-15*).

Таким образом, действующее законодательство не позволяет зарегистрировать, как изобретение, препарат для борьбы с нематодой, основанный на **любом из штаммов** нематофагового гриба *Arthrobotrys oligospora*, или на нематофаговом грибе *Arthrobotrys oligospora* **в целом**, поскольку для изобретения, и для определения состава охраняемого препарата, необходима **конкретика** в указании состава.

Исходя из изложенного, поскольку состав препаратов как ООО «Микопро», так и ООО «Бионика» изменялся в зависимости от вида и штаммов, используемых нематофаговых грибов, в данном случае невозможно утверждать о копировании ответчиком состава препарата «Нематофагин-Микопро» в целом.

Претензия заявителя, относительно копирования дизайна упаковок, производству и реализации линейки продукции «Нематодин», «Триходерма» и «Кордицепс» не принимается Комиссией Новосибирского УФАС России на основании следующего.

Нормой пункта 2 статьи 14.6 Закона установлен запрет на недобросовестную конкуренцию путем копирования или имитации 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.

Копированием внешнего вида изделия является воспроизведение внешнего вида изделия другого хозяйствующего субъекта (предпринимателя) и введение его в гражданский оборот.

Имитация внешнего вида товара представляет собой своеобразное подражание товару конкурента с целью создания у покупателей впечатления о принадлежности таких товаров линейке имитируемых товаров.

С учетом изложенного предметом рассмотрения по данной категории дел является не только установление факта копирования (имитации) как таковое, а воздействие такой тактики лица, в отношении которого подано заявление, на конкурентную среду, выражающееся в возможном смешении товаров разных производителей, оформленных с использованием сходных элементов дизайна, цветовой гаммы и т.п. В результате такого смешения потребитель при приобретении товара ошибочно принимает новый товар за давно ему известный, ориентируясь на знакомое ему обозначение, что вызывает отток потребительского спроса от товара правообладателя к товару со сходным до степени смешения обозначением.

При этом доказательству подлежит факт копирования или имитации предполагаемым нарушителем на упаковке, этикетке либо иных способах индивидуализации товара (бизнеса в целом) элементов оформления товара (фирменного стиля и т.п.) заявителя, с описанием непосредственно элементов дизайна (приемов оформления и т.п.), которые используются заявителем и копирование (имитация) которых осуществляется предполагаемым нарушителем;

Кроме того, обязательным элементом доказывания в таких делах является наличие (обоснование) **различительной способности** у перечисленных элементов в качестве индивидуализации товара, **который производит именно Заявитель, стойкой ассоциации потребителя товаров именно с заявителем**, с целью установления того факта, что действия лица, копирующего спорные элементы индивидуализации, направлены на получение необоснованных преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности (доказывание целеполагания).

Подтверждением данного обстоятельства могут служить документально подтвержденные сведения о фактах осуществления Заявителем мероприятий, направленных на продвижение своего товара под указанным обозначением (реклама, акции или иное), направление коммерческих предложений и заключение договоров задолго до даты выявленного нарушения, участие в выставках, закупках, а также результаты опросов потребителей относительно

узнаваемости конкретного хозяйствующего субъекта по спорным средствам индивидуализации.

Для целей применения данной нормы как недобросовестная конкуренция может рассматриваться использование только **таких обозначений, на основании восприятия которых потребитель идентифицирует товар как принадлежащий определенному производителю либо продавцу.** Объектами, несанкционированное использование которых способно вызвать смешение, могут быть только те, которые способны нести функцию индивидуализации: **обладают различительной способностью** либо приобрели ее в силу использования. Если форма товара связана в сознании потребителя с определенным производителем, несанкционированное ее использование может привести к смешению. Не может считаться вызывающим смешение, например, реализация товара, внешне аналогичного товару конкурента, при том, что эта аналогия обусловлена какими-либо объективными причинами (батон хлеба, прямоугольная пачка масла и т.п., общепринятое цветовое сочетание на упаковках мороженого обусловлено вкусовыми добавками: коричневый - шоколадное, зеленое - с орехами и др.).

Во избежание формирования противоречивой практики следует проверять наличие в действиях предполагаемого нарушителя существенного признака НДК - направленности действий на причинение ущерба конкуренту, а также обосновывать наличие ущерба либо угрозы причинения такого ущерба, причем не формальным методом (исходя из презумпции того, что любое нарушение подразумевает получение преимуществ и причиняет ущерб тем, кто соблюдает установленные ограничения), а на основании конкретных доказательств и документов.

Важным показателем для доказывания данного признака является динамика продаж соответствующих товаров заявителя и нарушителя за спорные периоды.

Приведенные признаки могут подтверждаться заявителем путем представления экономического обоснования снижения доходов либо ожидаемой прибыли (бухгалтерских справок, писем контрагентов об отказе от контрактов либо уменьшении заказов, запросов уточнения или опровержения в связи с негативными публикациями относительно заявителя, сведений о снижении подписки на печатные издания и т.п.).

Данные документы не представлены ООО «Микопро».

Также следует учитывать, что копирование или имитация товара нарушителем в некоторых случаях могут повлечь не только (и не столько) перераспределение спроса на рынке, но угрожают деловой репутации бизнеса заявителя в случае, если изготовителем товара (поставщиком услуги) не поддерживаются требования к качеству работы, на которые рассчитывает потребитель, введенный в заблуждение фактом копирования элементов индивидуализации другого участника рынка.

При этом, заявителем также не представлено доказательств причинения вреда деловой репутации в результате появления на рынке продукции ООО «Бионика».

Документальное подтверждение обращения потребителей в адрес ООО «Микопро» относительно смешения с продукцией ООО «Бионика» заявителем также не было представлено, несмотря на запрос такой информации Комиссией.

Доводы заявителя, что реализация товара «Нематодин» в такой же глянцевой упаковке, как товар «Нематофагин-Микопро», является имитацией, не состоятельны, поскольку ООО «Микопро» не использует какую-то уникальную упаковку, разработанную Обществом исключительно под данный продукт. Данная упаковка не является уникальной, сама по себе, и материалы дела содержат изображения иных товаров в аналогичных серебристо-глянцевых упаковках. То же самое касается пластиковых бутылок. Сама по себе пластиковая бутылка не является уникальным изобретением заявителя, а приобретается им у третьих лиц, как и бутылки ответчика. Следовательно, предположение, что потребитель индивидуализирует продукцию сторон исключительно по используемой упаковке, является недопустимым в рассматриваемом случае.

Само по себе сходство отдельных элементов, используемых ООО «Бионика» и ООО «Микопро» на своей продукции, не может свидетельствовать о общем сходстве реализуемых товаров до степени смешения, поскольку, атрибуты линейки товаров, реализуемых как заявителем, так и ответчиком, создают общий стиль **в совокупности.**

Следовательно, для стойкой ассоциации у потребителей конкретного товара (линейки товаров) с ООО «Микопро», данные атрибуты должны присутствовать на упаковках указных товаров в совокупности. Либо, должны содержать **доминирующие элементы,**

без которых такие товары не могут восприниматься как товары одной линейки ООО «Микопро».

Принимая во внимание представленные сторонами упаковки товаров, к данным **доминирующим элементам** продукции ООО «Микопро» можно отнести следующие: Наименование (упаковки 1 кг.: **КОРДИЦЕПС-МИКОПРОПРОФормула**, **ТРИХОДЕРМА-МИКОПРОПРОФормула**, **НЕМАТОФАГИН-МИКОПРОПРОФормула**; упаковки 10 г./100г.: **КОРДИЦЕПС-МИКОПРО**, **ТРИХОДЕРМА-МИКОПРО**, **НЕМАТОФАГИН-МИКОПРО**; бутылка 1л. **НЕМАТОФАГИН МИКОПРО**, **БИОНЕМАТИЦИД-НЕМАТОФАГИН МИКОПРО**); Значок «**БИО под защитой**»; Товарный знак по свидетельству № 784374 (стилизованный **гриб МУСОПРО**).

При этом, для одного и того же продукта, в зависимости от упаковки и веса, заявителем используется разная цветовая гамма и расположение элементов, однако перечисленные доминирующие элементы присутствуют на каждой упаковке.

К **доминирующему элементу** продукции ООО «Бионика» можно отнести обозначение «**БИОНИКА**», включающее наименование и стилизованное изображение руки, держащей растение.

Следовательно, использование ООО «Бионика» некоторых элементов, сходных с элементами, используемыми заявителем (как то, одинаковая глянцевая упаковка или бутылка, а также наименование, не являющееся уникальным (кордицепс, триходерма) не способно ввести потребителей в заблуждение относительно принадлежности продукции ООО «Бионика» линейке товаров заявителя, поскольку не содержит доминирующих элементов продукции заявителя.

Кроме того, ООО «Бионика» также реализует такую продукцию, как «метаризин», «боверин», «ростивин», не являющуюся предметом рассмотрения по данному делу, однако свидетельствующую о создании ООО «Бионика» собственной линейки товаров, оформленных в едином стиле, с использованием единых доминирующих элементов.

Доводы заявителя о копировании ООО «Бионика» текста обратной стороны упаковок продукции не принимаются Комиссией, на основании следующего.

ООО «Микопро» заявляет, что указанное описание товаров не является обязательным в силу норм права и ГОСТов, а является авторским изложением заявителя. Вопросы авторского права относятся к сфере гражданского права и рассматриваются в судебном порядке. Само по себе копирование текста, если оно не повлекло за собой смешения, не может свидетельствовать о наличии в действиях лица акта недобросовестной конкуренции.

Разбирательство антимонопольного органа в вопросах авторского права может привести к вмешательству в гражданско-правовые отношения, однако антимонопольный орган не вправе в рамках своей компетенции разрешать гражданско-правовые споры хозяйствующих субъектов.

Кроме того, заявителем неоднократно озвучивалась позиция, согласно которой потребители рассматриваемой продукции читают изложенную на упаковках информацию. А текст описания товаров на обратной стороне упаковок содержит сведения об изготовителе (наименование, адрес, сайт), что исключает введение потребителей в заблуждение относительно изготовителя конкретного товара.

Таким образом, в данном случае невозможно говорить о намерении ООО «Бионика» скопировать линейку продукции ООО «Микопро», поскольку материалы дела не содержат доказательств использования доминирующих элементов, при оформлении упаковок товаров ответчика, доказательств подражания линейке продукции заявителя, а также доказательств смешения, в результате которого потребители могли перепутать один товар с другим.

Представленные сторонами заключения (заключение Лаборатории социологической экспертизы института социологии ФНИСЦ РАН, аналитическая записка по результатам пилотного опроса 150 респондентов АО «ВЦИОМ») являются полностью противоположными заключениями компетентных органов.

В своих пояснениях, ООО «Микопро» отмечало, что *«опрос, заказанный одной из сторон по делу, не может являться однозначным доказательством отсутствия или наличия имитации»*. Комиссия Новосибирского УФАС России не согласна с данным доводом, поскольку подобные опросы и заключения изготавливаются уполномоченными учреждениями и специалистами с соответствующим образованием, которые несут ответственность за изготовление заведомо недостоверных экспертиз и заключений. И подвергать сомнению то или иное исследование исключительно

потому, что оно было сделано по заказу заинтересованной стороны, является несоответствием презумпции невиновности.

При этом, несмотря на то, что указанные лица уполномочены выдавать подобные заключения, ввиду их полной противоположности, Комиссия Новосибирского УФАС России не считает возможным опираться на какое-либо из данных заключений при принятии решения.

Именно с целью проведения независимого исследования, 08.02.2024г. состоялось заседание Экспертного совета по применению законодательства РФ о рекламе и антимонопольного законодательства в части недобросовестной конкуренции при Новосибирском УФАС России (далее - Экспертный совет).

Одним из вопросов повестки выступала оценка упаковок продукции заявителя и ответчика. По результатам голосования членами Экспертного совета отмечено следующее. Впечатление, что на фотографиях представлены товары одного и того же производителя не создается (как в мягкой упаковке, так и в бутылке). Члены Экспертного совета не смогли бы перепутать один товар с другим (как в мягкой упаковке, так и в бутылке), если бы имели намерение приобрести один из них (какой-то конкретный).

Таким образом, из материалов дела не усматривается наличие в действиях ООО «Бионика» признаков нарушения п. 2 ст.14.6 Закона «О защите конкуренции».

Исходя из изложенного, в данном случае отсутствуют критерии, позволяющие квалифицировать действие хозяйствующего субъекта в качестве акта недобросовестной конкуренции, поскольку не установлена направленность действий ООО «Бионика» на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, не установлено противоречие действий ООО «Бионика» законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, а также не доказано причинение убытков Заявителю либо нанесения ущерба его деловой репутации.

Кроме того, материалы дела не содержат документального подтверждения смешения продукции ООО «Бионика» с продукцией ООО «Микопро».

На основании вышеизложенного, Комиссией Новосибирского УФАС

России установлено отсутствие в действиях ООО «Бионика» признаков нарушения положений ст. 14.5, 14.6 Закона «О защите конкуренции».

Установленное нарушение п.3 ст.14.2 Закона «О защите конкуренции» устранено ООО «Бионика» в ходе рассмотрения настоящего дела.

Руководствуясь ст. 23, ч.ч.1-4 ст.41, ч.1 ст.49 Федерального закона от 26.07.2006г. №135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия Новосибирского УФАС России

РЕШИЛА:

Рассмотрение дела № 054/01/14.6-1320/2023, о нарушении антимонопольного законодательства возбужденное в отношении ООО «Бионика» (630001, г. Новосибирск, ул. Дуси Ковальчук, д. 65, кв. 132, ОГРН: 1225400003377, дата присвоения ОГРН: 02.02.2022, ИНН: 5402070945, КПП: 540201001) прекратить в связи с отсутствием в действиях указанного лица нарушения антимонопольного законодательства.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса РФ.

Решение изготовлено в полном объеме «22» апреля 2024 г.

«...»