РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «03» июля 2023 года.

В полном объеме решение изготовлено «10» июля 2023 года.

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы – Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее – Апелляционная коллегия) в составе: председателя Апелляционной коллегии: <...> – <...>; заместителя председателя Апелляционной коллегии: <...> – <...>; членов Апелляционной коллегии: <...> – <...>; <...> – <...>; <...> – <...>, при участии: представителя <...>: <...> (по доверенности); <...>; представителя Амурского УФАС России: <...> – <...>,

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу <...> на решение Амурского УФАС России от 14.04.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 028/01/14.4-604/2022 (далее – Жалоба) (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»), руководствуясь частью 10 статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В ФАС России в порядке статьи 23 Закона о защите конкуренции поступила жалоба <...> (далее также – Заявитель) на решение Амурского УФАС России от 14.04.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 028/01/14.4-604/2022 (далее – Решение, Дело).

Решением Амурского УФАС России действия <...> по приобретению и использованию исключительного права на средства индивидуализации товара — товарный знак № 851968 «PROWAX» признаны нарушающими часть 1 статьи 14.4 Закона о защите конкуренции.

<...> с вынесенным Решением по Делу не согласен, считает, что оно нарушает единообразие применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства и просит его отменить.

В частности, в Жалобе приведены следующие доводы:

– реализация товара «Pro Wax 100» <...> до регистрации товарного знака № 851968 «PROWAX» <...> не подтверждается документами первичного бухгалтерского учета, вследствие чего конкурентные отношения между лицами в рассматриваемый период отсутствуют;

– доказательств того, что с точки зрения потребителя, товарный знак «PROWAX» воспринимается потребителем как обозначение, которое широко используется иными хозяйствующими субъектами, в материалы Дела не представлено;

– Чеченским УФАС России вынесено решение о признании действий <...> недобросовестной конкуренцией по статье 14.6 Закона о защите конкуренции (дело № 020/01/14.6-03/2023), которое должно иметь преюдициальное значение для Дела;

– <...> перед подачей заявки было получено письмо-согласие от производителя товара «Pro Wax 100», согласно которому компания Yiwu OU MENG не возражает в регистрации <...> права на товарный знак «PROWAX»;

– Решение не содержит сведений о том, что иностранные поставщики-производители воскоплавов «Pro Wax 100», перечисленные в уведомлении Роспатента об отказе <...> в регистрации товарного знака «PRO WAX100», каким-либо образом влияют на состояние конкуренции на товарном рынке Российской Федерации по продаже и производству воскоплавов;

– Комиссия Амурского УФАС России необоснованно ставит под сомнение «Протокол испытаний» от 06.08.2021, подготовленный ООО «УЛЦ «Качество» и представленный в материалы Дела <...>.

В ходе рассмотрения Жалобы установлено следующее.

В адрес Амурского УФАС России поступило заявление <...> о наличии в действиях <...> признаков недобросовестной конкуренции, выразившейся в регистрации права на товарный знак № 851968 «PROWAX» (дата приоритета 03.06.2021) и направлении в адрес <...> претензии о нарушении исключительного права на указанный товарный знак.

По результатам рассмотрения заявления приказом Амурского УФАС России от 03.10.2022 № 132 возбуждено Дело в отношении <...>.

Комиссией Амурского УФАС России установлены следующие фактические обстоятельства:

– воскоплавы для депиляции модели «Pro Wax 100» (вариант обозначения модели «Pro-Wax 100», «PRO WAX100», «PRO-WAX 100», «pro-wax100») производятся по единому образцу различными хозяйствующими субъектами, преимущественно зарегистрированными и осуществляющими деятельность на территории Китайской народной республики (далее — КНР), реализовывались на территории Российской Федерации различными хозяйствующими субъектами ещё до даты приоритета (03.06.2021);

– <...> (зарегистрирован 16.04.2020) осуществляет деятельность по торговле оптовой бытовыми электротоварами (ОКВЭД 46.43, в ЕГРИП не указан) в географических границах Российской Федерации. В частности, по дистрибьюторскому договору от 01.08.2020 № 202011475/6526XX им реализуются воскоплавы производства Yiwu «OU MENG» серийные модели «Pro-Wax 100», «Pro-Wax 200», «Pro-Wax 300»;

– в КНР исключительное право на «Pro Wax 100» принадлежит компании ZHONGSHAN MLCORPORATION LIMITED, China. Сведения о наличии у компании Yiwu «OU MENG» исключительных прав на товарный знак отсутствуют;

– <…> (зарегистрирована 20.02.2020) осуществляет в том числе деятельность по торговле оптовой бытовыми электротоварами (ОКВЭД 46.43). При этом <...> начала реализовывать воскоплавы под обозначением «Prowax» в 2020 году;

– 09.06.2022 в адрес маркетплейса «Wildberries» ООО «Башук Чичканов, юридическая фирма», действующим в интересах <...>, направлена претензия о блокировке объявлений о продаже воскоплавов для депиляции модели «Pro Wax100»;

– 26.07.2022 в адрес <...> ООО «Башук Чичканов, юридическая фирма», действовавшего в интересах <...>, была направлена претензия о прекращении неправомерного использования товарного знака № 851968 «PROWAX», изъятии из оборота и уничтожении контрафактного товара, этикетов, упаковок товаров, рекламных материалов, на которых изображено обозначение, сходное до степени смешения с товарным знаком № 851968 «PROWAX», выплате <…> компенсации в размере 2 000 000 рублей. В результате <…> приняты меры по обезличиванию остатков воскоплавов и удалению на аппарате надписи «Pro Wax100» в количестве 150 штук;

– согласно пояснениям, представленным ООО «Интернет Решения» (OZON) письмом от 15.02.2023 в ответ на запрос Амурского УФАС России, по имеющимся у ООО «Интернет

Решения» данным за период с 2019 по 2021 гг. на маркетплейсе «OZON» 232 продавца использовали обозначение «PROWAX» для предложения к продаже воскоплавов, в том числе <...>.

По результатам анализа материалов Дела Комиссия Амурского УФАС России признала <...> нарушившим часть 1 статьи 14.4 Закона о защите конкуренции в части приобретения и использования исключительного права на средства индивидуализации товара – товарный знак № 851968 «PROWAX».

По результатам рассмотрения жалобы <...> **на решение Амурского УФАС России от 14.04.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 028/01/14.4-604/2022 Апелляционная коллегия установила следующее.**

В соответствии со статьей 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883 актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах.

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.

В пункте 30 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» указано, что в силу запрета недобросовестной конкуренции хозяйствующие субъекты вне зависимости от их положения на рынке при ведении экономической деятельности обязаны воздерживаться от поведения, противоречащего законодательству и (или) сложившимся в гражданском обороте представлениям о добропорядочном, разумном и справедливом поведении (статья 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности, пункты 3, 4 статьи 1 ГК РФ, пункты 7 и 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции).

В соответствии с частью 1 статьи 14.4 Закона о защите конкуренции не допускается недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг (далее — средства индивидуализации).

Из Обзора практики применения антимонопольного законодательства коллегиальными органами ФАС России (за период с 5 января 2016 года по 1 июля 2018 года), утвержденного протоколом Президиума ФАС России от 03.10.2018 № 10, следует, что для квалификации действий хозяйствующего субъекта как нарушающих запрет, установленный статьей 14.4 Закона о защите конкуренции, необходимо установить все признаки недобросовестной конкуренции, предусмотренные пунктом 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции, в совокупности со специальными признаками состава нарушения, предусмотренного статьей 14.4 Закона о защите конкуренции.

Для установления акта недобросовестной конкуренции необходимо наличие в действиях хозяйствующего субъекта всех общих 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.

Недоказанность хотя бы одного из вышеперечисленных признаков исключает признание действий хозяйствующего субъекта актом недобросовестной конкуренции.

Для признания действий правообладателя по приобретению и использованию исключительного права на товарный знак актом недобросовестной конкуренции устанавливаются следующие обстоятельства:

- факт использования спорного обозначения иными лицами до даты подачи ответчиком (под ответчиком понимается правообладатель соответствующего товарного знака) заявки на регистрацию этого обозначения в качестве товарного знака;

- известность ответчику факта использования такого обозначения иными лицами до даты подачи им заявки на регистрацию его в качестве товарного знака;

- наличие на момент подачи ответчиком заявки на регистрацию этого обозначения в качестве товарного знака конкурентных отношений между ответчиком и истцом;

- наличие у ответчика намерения (цели) посредством приобретения исключительного права на такое обозначение (приобретение монополии на него) причинить вред истцу или вытеснить его с товарного рынка путем предъявления требований, направленных на пресечение использования спорного обозначения, либо получить необоснованные преимущества за счет использования обозначения, известного потребителю ранее в связи с деятельностью истца;

- причинение либо вероятность причинения истцу вреда путем предъявления требований о прекращении использования спорного обозначения.

При этом для установления акта недобросовестной конкуренции антимонопольному органу необходимо установить совокупность действий по приобретению и использованию исключительных прав на средства индивидуализации. Отдельно приобретение права или использование не образует состава нарушения, предусмотренного статьей 14.4 Закона о защите конкуренции.

Установлению подлежит вся совокупность вышеназванных обстоятельств, поскольку при недоказанности хотя бы одного из элементов состава действия лица не могут быть признаны актом недобросовестной конкуренции (например, судебные дела №№ СИП-131/2017, СИП-501/2017, СИП-522/2017, СИП-754/2018).

Аналогичная позиция изложена в письме ФАС России от 26.08.2019 № АК/74286/19 «Об особенностях рассмотрения дел о нарушении запрета, установленного статьей 14.4 Закона «О защите конкуренции».

В ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства в форме недобросовестной конкуренции доказыванию подлежит существенный признак недобросовестной конкуренции – наличие фактических конкурентных отношений между правообладателем и предполагаемым нарушителем.

Данный вывод основан на содержании понятия недобросовестной конкуренции, данного в пункте 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции, из которого следует, что действия могут быть признаны актом недобросовестной конкуренции только в случае, если они совершены хозяйствующим субъектом, действующим на одном товарном рынке с заявителем, то есть конкурентом.

Указанная позиция также находит отражение в судебной практике, например, в постановлении Суда по интеллектуальным правам от 11.06.2020 № С01-341/2020 по делу № А63-11663/2019, в котором указано, что наличие конкурентных отношений, которые являются объектом правонарушения, выражающегося в недобросовестной конкуренции, служит необходимым элементом состава данного правонарушения. Отсутствие же конкурентных отношений на момент совершения действий субъектом свидетельствует об отсутствии состава правонарушения, что, в свою очередь, не позволяет признать сам факт совершения правонарушения. При отсутствии конкурентных отношений между сторонами спора нельзя признать установленной и субъективную сторону правонарушения, поскольку цель (мотив) совершаемых субъектом действий не могут быть направлены на создание преимуществ над конкурентами.

В материалы Дела <...> представлены отчеты о реализации продукции на маркетплейсе «OZON» за период с марта по декабрь 2020 года, что свидетельствует о наличии конкурентных отношений между <...> и <...> на момент совершения правонарушения.

Таким образом, по мнению Апелляционной коллегии, довод <...> об отсутствии конкурентных отношений между<...> и <...> в связи с отсутствием документов первичного бухгалтерского учета, подтверждающих реализацию <...> товара «Pro Wax 100» до момента регистрации товарного знака № 851968 «PROWAX» <...>, опровергается доказательствами, имеющимися в материалах Дела.

Апелляционная коллегия обращает внимание, что согласно сведениям, представленным ООО «Интернет решения» (OZON), до 2021 года 232 продавца использовали обозначение «PROWAX» при реализации воскоплавов. Следовательно, до даты приоритета (03.06.2021) обозначение «PROWAX» получило широкую известность на соответствующем рынке, а <...> на момент подачи заявки на регистрацию товарного знака знал (должен был знать) об использовании обозначения «PROWAX» для воскоплавов. Таким образом, Комиссией Амурского УФАС России доказан факт использования спорного обозначения «PROWAX» иными лицами до даты подачи <...> заявки на регистрацию этого обозначения в качестве товарного знака, а также известность <...> факта использования такого обозначения иными лицами до даты подачи им заявки.

С учетом правовой позиции, отраженной в пункте 169 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», квалификация действий правообладателя по приобретению исключительного права на средство индивидуализации в качестве акта недобросовестной конкуренции зависит от цели, преследуемой лицом при приобретении такого права, намерений этого лица на момент подачи соответствующей заявки.

По мнению Апелляционной коллегии, Комиссией Амурского УФАС России доказано причинение либо вероятность причинения <...>. вреда в связи с направлением ООО «Башук Чичканов, юридическая фирма», действующим в интересах <...>, претензий в адрес маркетплейса «Wildberries» от 09.06.2022 и в адрес <...> от 26.07.2022 о прекращении неправомерного использования товарного знака № 851968 «PROWAX».

Довод Жалобы о преюдициальном значении решения Чеченского УФАС России по делу № 020/01/14.6-03/2023 не находит подтверждения, поскольку в рамках указанного дела оценивались действия иного лица на предмет соответствия требованиям антимонопольного законодательства. Наличие или отсутствие недобросовестной конкуренции в действиях иных лиц не может подтверждать или опровергать наличие или отсутствие недобросовестной конкуренции в действиях <...>.

По вопросу наличия разрешения производителя на регистрацию <...> товарного знака «PROWAX» Апелляционная коллегия считает необходимым отметить, что в материалах Дела и открытых источниках отсутствуют сведения о наличии у производителя каких-либо прав на обозначение «PROWAX». Кроме того, из реестра товарных знаков КНР следует, что

обозначение «PROWAX» зарегистрировано в качестве товарного знака за иными лицами.

Одновременно Апелляционная коллегия отмечает, что довод Жалобы об отсутствии в Решении сведений о том, что иностранные поставщики-производители воскоплавов «Pro Wax 100», перечисленные в уведомлении Роспатента об отказе <...> в регистрации товарного знака «PRO WAX100», влияют на состояние конкуренции на товарном рынке Российской Федерации по продаже и производству воскоплавов, не свидетельствует об отсутствии в действиях <…> нарушения запрета на недобросовестную конкуренцию и не подлежит доказыванию антимонопольным органом для установления акта недобросовестной конкуренции в действиях хозяйствующего субъекта, зарегистрированного на территории Российской Федерации.

В соответствии с частью 3 статьи 49 Закона о защите конкуренции в качестве доказательств по делу о нарушении антимонопольного законодательства допускаются письменные доказательства и вещественные доказательства, пояснения лиц, участвующих в деле, пояснения лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах, заключения экспертов, аудио- и видеозаписи, иные документы и материалы.

Согласно пункту 1 части 1 статьи 49 Закона о защите конкуренции комиссия при принятии решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства оценивает доказательства и доводы, представленные лицами, участвующими в деле.

При этом никакие доказательства не предопределяют выводов комиссии о наличии (об отсутствии) нарушения антимонопольного законодательства, не имеют заранее установленной силы по отношению к иным доказательствам и подлежат оценке Комиссией наряду с прочими доказательствами, представленными в материалы дела.

По мнению Апелляционной коллегии, довод о недостаточном исследовании всех доказательств по Делу не находит своего подтверждения, в ходе рассмотрения Дела Амурским УФАС России в полном объеме исследованы все фактические обстоятельства и установлены все признаки недобросовестной конкуренции.

По вопросу регистрации Роспатентом товарного знака по свидетельству № 851968 Апелляционная коллегия отмечает следующее.

Факт регистрации Роспатентом товарного знака не указывает на отсутствие в действиях <...> нарушения запрета на недобросовестную конкуренцию, оценка правомерности действий Роспатента не являлась предметом рассмотрения Дела. При этом приведенные в Решении выводы Амурского УФАС России о действиях Роспатента не свидетельствуют о том, что антимонопольным органом был несоблюден установленный порядок рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

По мнению Апелляционной коллегии, Комиссией Амурского УФАС России установлена необходимая совокупность признаков для квалификации действий <...> как нарушающих запрет недобросовестной конкуренции.

Апелляционная коллегия, рассмотрев доводы Жалобы, исследовав материалы Дела, приходит к выводу, что действия <...> в части приобретения и использования исключительного права на товарный знак № 851968 «PROWAX» нарушают положения части 1 статьи 14.4 Закона о защите конкуренции. При этом приведенные в обжалуемом Решении выводы Амурского УФАС России соответствуют обстоятельствам Дела и не нарушают единообразия практики применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

С учетом изложенного, руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия

РЕШИЛА:

оставить жалобу ИП Кириллова А.М. от 04.05.2023 на решение Амурского УФАС России от 14.04.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 028/01/14.4-604/2022 без удовлетворения.

_____ <...>

Председатель
Апелляционной коллегии:

_____<...>

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.