

ООО «Биокорд»
ул. Радио, д. 5, оф. 706,
г. Владивосток, 690041
e-mail: biokord@mail.ru

ООО НПК «Ково»
ул. Фанзавод, д. 1,
г. Владивосток, 690041
e-mail: kovonpk@mail.ru

РЕШЕНИЕ

Дело № 11/06-2016

г. Владивосток

Резолютивная часть решения объявлена: 28.11.2019

Полный текст решения изготовлен: 12.12.2019

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Приморскому краю (далее – Приморское УФАС России) по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства (далее – Комиссия) в составе:

председатель Комиссии: <...> – Врио руководителя,

члены Комиссии: <...> – главный специалист-эксперт отдела контроля антимонопольного законодательства и рекламы, <...> – ведущий специалист-эксперт отдела контроля антимонопольного законодательства и рекламы,

рассмотрев дело № 11/06-2016, возбужденное по заявлению общества с ограниченной ответственностью НПК «Ково» (ОГРН 1022501902961, ИНН/КПП 2538045806/253901001) (далее – ООО НПК «Ково», Заявитель) в отношении общества с ограниченной ответственностью «Биокорд» (ИНН/КПП 2539093721/253901001, ОГРН 1082539005230) (далее – ООО «Биокорд») по признакам нарушения части 1 статьи 14.4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – ФЗ «О защите конкуренции»), выразившегося в недобросовестной конкуренции, связанной с регистрацией товарного знака по свидетельству № 532185,

при участии представителей:

от ООО «Биокорд»: <...> представитель по доверенности № 1 от 16.05.2019;

от ООО НПК «Ково»: <...> представитель по доверенности б/н от 01.02.2019.

УСТАНОВИЛА:

В ходе рассмотрения дела № 33/06-2015 возбужденного по заявлению ООО «Биокорд» в отношении ООО НПК «Ково» по признакам нарушения части 1 статьи 14.6 ФЗ «О защите конкуренции», выразившегося в недобросовестной конкуренции, связанной с использованием и введением в оборот товара, с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности (товарный знак по свидетельству № 532185 «ГУМИВИТ»), представителями ООО НПК «Ково» были заявлено ходатайство о возбуждении дела в отношении ООО «Биокорд» по признакам нарушения части 1 статьи 14.4 ФЗ «О защите конкуренции».

Приморское УФАС России рассмотрев доводы о нарушении ООО «Биокорд» части 1 статьи 14.4 ФЗ «О защите конкуренции» решило в отдельном производстве рассмотреть вопрос о наличии/отсутствии в действиях ООО «Биокорд» нарушения указанной статьи, поскольку наличие/отсутствие недобросовестной конкуренции при регистрации товарного знака имеет значение для разрешения вопроса о недобросовестности использования наименования сходного до степени смешения с товарным знаком.

Приморским УФАС России приказом от 19.09.2016 № 187 возбуждено дело № 11/06-2016 в отношении ООО «Биокорд» по признакам нарушения статьи 14.4 ФЗ «О рекламе».

03.05.2017 Комиссия вынесла решение по делу № 11/06-2016 (исх. от 18.05.2017 № 4106/06-2) которым, признала факт нарушения ООО «Биокорд» части 1 статьи 14.4 ФЗ «О защите конкуренции», выразившегося в осуществлении недобросовестной конкуренции, связанной с приобретением и использованием исключительного права на товарный знак по свидетельству № 532185.

По результатам обжалования решения № 11/06-2016 в судебном порядке, решение № 11/06-2016 признано незаконным, и суд обязал Приморское УФАС России повторно рассмотреть дело № 11/06-2016 в установленные законом порядке и сроки (дело № А51-18868/2017).

Во исполнение решения суда, 22.06.2018 Комиссией вынесено определение о пересмотре решения № 11/06-2016 (исх. № 5136/06-2).

В связи с тем, что ООО «Биокорд» не представило в материалы дела письменные пояснения, документы в обоснование своей позиции по делу с учетом решения Арбитражного суда Приморского края от 14.02.2018 по делу № А51-18868/2017, Комиссия основывается на позиции ООО «Биокорд» имеющейся в материалах дела до вынесения решения Арбитражным судом Приморского края от 14.02.2018 по делу № А51-18868/2017.

По результатам пересмотра дела № 11/06-2016, с учетом имеющихся материалов по делу № 11/06-2016 и № 33/06-2015 (дело состоит из 8 томов которые сформированы по состоянию на 28.09.2016), а так же иных материалов, имеющихся в распоряжении Комиссии, установлено следующее.

БИОКОРД

ООО «Биокорд» зарегистрировано в качестве юридического лица 08.08.2008. Основным видом экономической деятельности по общероссийскому классификатору видов экономической деятельности (далее – ОКВЭД) (согласно сведениям из ЕГРЮЛ) является 21.1 производство фармацевтических субстанций. Дополнительными являются 32.5, 47.73, 46.46.

ООО «Биокорд» является правообладателем товарного знака по свидетельству № 532185 (дата регистрации **19.01.2015**, дата приоритета 29.05.2012, дата истечения срока действия регистрации 29.05.2022).

Указанный товарный знак зарегистрирован для индивидуализации продукции по классам МКТУ: 05, 32.

ООО «Биокорд» с сентября 2008 года по настоящее время (время рассмотрения настоящего дела) производит и реализует на территории Российской Федерации продукцию на основе гуминовых кислот (гумат натрия) под коммерческим наименованием «ГУМИВИТ». Продукция производится в виде порошка (с 2008 года) и жидкости (с 2015 года).

Для продвижения своей продукции ООО «Биокорд» размещало рекламу, что подтверждается представленными копиями платежного поручения № 9 от 25.09.2008 по выставленному счету по рекламе ООО «Редакция газеты «Хабаровские вести», платежного поручения № 12 от 04.02.2009 по выставленному счету по рекламе ООО «Энергия Востока» («Авто радио») и др. датированными 2009, 2011 годами.

Договоры купли-продажи продукции начали заключаться с августа 2008 года. В материалы дела представлены копии договоров купли-продажи заключенные с различными организациями на поставку продукции под наименованием «ГУМИВИТ», а именно напиток, где ООО «Биокорд» выступает продавцом. Договоры датированные 2008, 2011, 2013 годами. Также представлены копии платежных поручений оплаты товара «ГУМИВИТ» с различными организациями датированные 2008, 2009, 2011, 2013, 2014 годами.

КОВО

ООО НПК «Ково» зарегистрировано в качестве юридического лица 12.02.1997 (дата присвоения ОГРН 12.11.2002). Основным видом экономической деятельности по ОКВЭД (согласно сведениям ЕГРЮЛ) является 21.20.1 производство лекарственных препаратов. Дополнительными являются 47.75, 47.74, 72.19, 36.00, 46.34.1, 11.07.1.

ООО НПК «Ково» с момента создания по апрель 2018 года производило и реализовывало на территории Российской Федерации продукцию на основе гуминовых кислот (гумат натрия) под коммерческим наименованием «ГУМИВИТ-Н» (косметическая жидкость), концентрат напиток «ГУМИВИТ» (концентрат напиток), «ГУМИВИТ-К» (концентрат напиток), порошок «ГУМИВИТ» (порошок) в том числе безалкогольный напиток «ГУМИВИТ».

В материалы дела представлены копии заключенных договоров купли-продажи продукции под наименованием «ГУМИВИТ» (2000-2006, 2008, 2012 годов), счета-фактуры и товарные накладные (2002, 2006, 2007, 2012, 2013 годов).

В период с 19.08.2009 по 28.04.2012 ООО НПК «Ково» прекратило производство продукции под наименованием «ГУМИВИТ» в связи с переводом предприятия на новое производство продукции. В указанный период проведены лабораторные исследования (испытания) в рамках производственного контроля, санитарно-эпидемиологическая экспертиза программы производственного контроля и т.д. Проведенные мероприятия свидетельствуют о том, что организация полностью не прекратила производство продукции и намерена возобновить ее выпуск, что подтверждается заключенными договорами поставки продукции.

В указанный период (с 19.08.2009 по 28.04.2012) ООО НПК «Ково» занималась реализацией имеющихся товарных запасов.

Так же материалы дела содержат дипломы полученные ООО НПК «Ково» в 2001 и 2002 году которые подтверждают активное продвижение выпускаемой и реализуемой продукции.

Так, например, дипломом от 02.03.2001 выданный оргкомитетом специализированной выставки «Медицина-2001», где ООО НПК «Ково» награждено как разработчик и производитель «ГУМИВИТ». В письме от 07.02.2000 исх. № 2016 главного санитарного врача по Приморскому краю говорится о том, что производимая и реализуемая продукция ООО НПК «Ково», в том числе и «ГУМИВИТ», показала высокую эффективность и получила признание на ряде престижных выставках и конференциях.

Данные выводы так же содержатся в представленном заключении от 14.01.2000, утвержденным Проректором Владивостокского государственного медицинского университета, о возможности использования в лечебно-профилактических целях, в том числе «ГУМИВИТ», разработчиком и производителем которого является ООО НПК «Ково».

Акт клинических испытаний свидетельствует об испытании «ГУМИВИТ» врачами Владивостокского городского кожно-венерологического диспансера, поликлиники № 4 г. Владивостока.

Комиссия отмечает различный ассортимент производимой продукции до регистрации товарного знака. На обозрение Комиссии были представлены упаковки товаров выпускаемой продукции, а в материалы дела представлены их копии («ГУМИВИТ-Н» дата изготовления 25.07.1998, «ГУМИВИТ» (порошок) 2000 год).

Таким образом, ООО НПК «Ково» производило и реализовывало широкий ассортимент продукции под наименованием «ГУМИВИТ» до 2008 года (до даты регистрации ООО «Биокорд»).

Так как ООО НПК «Ково» начало производить реализацию и исследование продукции с наименованием «ГУМИВИТ» до момента регистрации ООО «Биокорд» в качестве юридического лица, то говорить о том, что продукция под наименованием «ГУМИВИТ» могла ассоциироваться с ООО «Биокорд» невозможно.

Комиссия обращает внимание на решение Федеральной службы по

интеллектуальной собственности (Роспатент) от 28.11.2014 которым отменено решение Роспатента от 21.03.2014 и зарегистрирован товарный знак по заявке № 2012717619.

Решением Роспатента от 21.03.2014 в регистрации товарного знака по заявке № 2012717619 ООО «Биокорд» было отказано в связи с использованием обозначения различными производителями для маркировки товаров, однородных заявленным.

На странице 7 приложения к решению от 28.11.2014 указано, что Роспатент относительно использования обозначения «ГУМИВИТ» различными производителями однородных товаров изучил три сайта. На одном из сайтов размещалась продукция ООО НПК «Ково», однако, Роспатент не смог установить начало использования обозначения обществом из информации, содержащейся на сайте, что послужило отменой решения Роспатента от 21.03.2014 и товарный знак по заявке № 2012717619 был зарегистрирован.

Таким образом, Комиссия отмечает, что невозможность установить из информации, содержащейся на сайте с какого момента общество производит и реализует товар, не может свидетельствовать об его фактическом отсутствии на рынке.

Для установления классификации продукции ООО НПК «Ково» и ООО «Биокорд» относительно МКТУ в целях более полного и всестороннего рассмотрения и принятия решения о наличии либо отсутствии признаков недобросовестной конкуренции Приморским УФАС России в адрес Федерального государственного бюджетного учреждения «Федеральный институт промышленной собственности» было направлено письмо о предоставлении информации (справки) (исх. № 5254/06 от 27.06.2016).

Для исследования были представлены образцы продукции:

ООО НПК «Ково»

1. напиток БАД «ГУМИВИТ» выпуск 11.01.2016;
2. концентрат сухой «ГУМИВИТ» выпуск 25.12.2012;
3. напиток «ГУМИВИТ» выпуск 20.10.2014;
4. таблетки БАД «ГУМИВИТ» выпуск 14.06.2015.

ООО «Биокорд»

5. напиток БАД «ГУМИВИТ» выпуск 12.05.2016;
6. напиток «ГУМИВИТ» выпуск 07.11.2015;
7. концентрат сухой «ГУМИВИТ» выпуск 03.11.2015;
8. напиток «ГУМИВИТ» выпуск 25.01.2016;
9. таблетки БАД «ГУМИВИТ» выпуск 30.05.2016.

В поступившем в адрес Приморского УФАС России 10.08.2016 (вх. № 7959) ответе на вышеуказанное письмо, сообщается, что в результате проведенного исследования установлено, что все представленные товары по своему назначению могут быть отнесены к 05 классу МКТУ.

Представленные образцы продукции ООО НПК «Ково» являются однородными товарами «вещества для медицинских целей», для индивидуализации которых зарегистрирован товарный знак «ГУМИВИТ».

В рамках рассмотрения дела Приморским УФАС России был подготовлен запрос в адрес Территориального органа Федеральной службы государственной статистики по Приморскому краю (далее – Приморскстат) (исх. от 16.09.2019 № 8269/06) с целью установления финансовых показателей по выручке компаний ООО НПК «Ково» и ООО «Биокорд» за период с 1997 года до 2015 года.

Из поступившей информации по вышеуказанному запросу установлено:

С 2002 года по 2018 год ООО НПК «Ково» получило выручку в размере 14 554 тыс. рублей.

Выручка ООО «Биокорд» с 2008 года (с момента регистрации) по 2018 год составила 4 882 тыс. рублей.

Выручка ООО НПК «Ково» в период с 2002 года по 2007 год (то есть до регистрации ООО «Биокорд») составила 775 тыс. рублей.

Таким образом, до регистрации ООО «Биокорд» и появления на рынке, ООО НПК «Ково» реализовывало свою продукцию и получала прибыль.

В соответствии с пунктом 3 статьи 4 ФЗ «О защите конкуренции» взаимозаменяемые товары - товары, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене и другим параметрам таким образом, что приобретатель действительно заменяет или готов заменить один товар другим при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях).

Так как продукция ООО «Биокорд» и ООО НПК «Ково» под наименованием «ГУМИВИТ» в виде порошка и напитка, состоит из одних компонентов, находится в одной ценовой категории, Комиссия приходит к выводу, что данная продукция является однородной и взаимозаменяемой. Комиссия отмечает, что продукция в виде порошка является также однородной к продукции и взаимозаменяемой к продукции в виде напитка, так как при добавлении в порошок воды получается аналогичный продукт только в виде напитка.

Таким образом, ООО «Биокорд» и ООО НПК «Ково» являются хозяйствующими субъектами конкурентами на территории Приморского края, осуществляющими коммерческую деятельность по производству и реализации продукции на основе гуминовых кислот (гумат натрия) с сентября 2008 года.

В соответствии с частью 2 статьи 34 Конституции Российской Федерации не допускается экономическая деятельность, направленная на недобросовестную конкуренцию.

Согласно статье 10 bis Парижской Конвенции по охране промышленной собственности актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. В частности, подлежат запрету все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или

промышленной или торговой деятельности конкурента.

Согласно пункту 9 статьи 4 ФЗ «О защите конкуренции», под недобросовестной конкуренцией понимаются 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 соответствии с частью 1 статьей 14.4 ФЗ «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.

В момент когда ООО «Биокорд» подало заявку на регистрацию товарного знака по свидетельству № 532185 на рынке не только существовала продукция с наименованием «ГУМИВИТ», но и активно вводилась в гражданский оборот ООО НПК «Ково».

ООО «Биокорд» до регистрации товарного знака так же вводило в гражданский оборот товар с наименованием «ГУМИВИТ», но как пояснил представитель общества на заседании Комиссии 16.05.2019 партии были маленькие.

Таким образом, ООО «Биокорд» приняв решение о регистрации товарного знака, использовало не новое название продукции, а заимствовало название, которое уже было введено хозяйствующим субъектом-конкурентом. Такое поведение на рынке не может быть расценено как добросовестное.

После регистрации товарного знака ООО «Биокорд» обратилось в Приморское УФАС России с заявлением (вх. № 7178 от 23.09.2015) о наличии в действиях ООО НПК «Ково» нарушения требований ФЗ «О защите конкуренции».

ООО «Биокорд» в своем заявлении указал, что действия ООО НПК «Ково» по использованию товарного знака по свидетельству № 532185, принадлежащего ООО «Биокорд» являются недобросовестной конкуренцией и просил привлечь указанное лицо к ответственности в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации, а так же запретить ООО НПК «Ково» использовать при осуществлении своей деятельности наименование продукции сходного до степени смешения с товарным знаком «ГУМИВИТ».

Таким образом, Комиссия отмечает, что ООО «Биокорд» после регистрации товарного знака предприняло действия направленные на пресечение использования рассматриваемого обозначения.

Такие действия направлены на получение преимуществ в предпринимательской деятельности, поскольку ООО «Биокорд» имело возможность не вкладывать материальные ресурсы в разработку собственного наименования и пользоваться результатами деятельности, созданными другим юридическим лицом.

Представитель ООО НПК «Ково» при рассмотрении дела также сообщил, что в настоящее время (время рассмотрения дела в 2019 году) общество прекратило

временно выпуск продукции в связи с возникшим спором на право использования наименования «ГУМИВИТ».

В соответствии с положениями пункта 5 Постановления Пленума Высшего Арбитражного суда от 30.06.2008 № 30 антимонопольный орган не вправе в рамках своей компетенции разрешать гражданско-правовые споры хозяйствующих субъектов. В частности, он не полномочен, защищать субъективные гражданские права потерпевшего от такого нарушения путем вынесения предписания нарушителю об уплате контрагенту задолженности или о возмещении понесенных убытков.

Для признания действий хозяйствующего субъекта недобросовестной конкуренцией, в том числе, достаточно одной лишь возможности наступления таких последствий, и доказательств реального вреда не требуется (пункт 9 статьи 4 ФЗ «О защите конкуренции»).

Комиссия считает, что при указанных обстоятельствах возможность наступления вреда (убытков) для ООО НПК «Ково», в силу действий ООО «Биокорд» установлена в полном объеме.

На основании вышеизложенного, с учетом представленных документом и пояснений Комиссия усмотрела в действиях ООО «Биокорд» нарушение части 1 статьи 14.4 ФЗ «О защите конкуренции» в связи с чем 10.10.2019 приняла заключение об обстоятельствах дела № 11/06-2016 (исх. от 14.10.2019 № 9042/06-2).

После принятия заключения об обстоятельствах дела стороны по делу воспользовались своим правом представить Комиссии пояснения, доказательства в отношении обстоятельств, изложенных в заключении об обстоятельствах дела.

ООО «Биокорд» представило письменные пояснения (вх № 8542 от 28.10.2019). Из представленных пояснений следует, что общество не признает в своих действиях по регистрации товарного знака нарушений положений ФЗ «О защите конкуренции» в виду недоказанности приобретения известности продукции ООО НПК «Ково» до регистрации рассматриваемого товарного знака. ООО «Биокорд» также указало, что обществом добросовестно использовало товарный знак и «нечестность» при регистрации товарного знака не доказана.

28.11.2019 присутствующий на заседании Комиссии представитель ООО «Биокорд» поддержал указанную позицию.

Комиссия отмечает, что ООО «Биокорд» при рассмотрении дела не представлены документы, которые свидетельствовали бы, что продукция под наименованием «ГУМИВИТ» производства ООО НПК «Ково» не произвела известности до регистрации товарного знака.

28.11.2019 присутствующий на заседании Комиссии представитель ООО НПК «Ково» поддержал ранее представленные пояснения из которых следует, что общество, наряду с наличием в действиях ООО «Биокорд» нарушения части 1 статьи 14.4 ФЗ «О защите конкуренции», считает, что усматривается факт нарушения пункта 2 статьи 14.6 «О защите конкуренции», в виду полной схожести до степени смешения используемого наименования «ГУМИВИТ».

Относительно наличия/отсутствия в действиях ООО «Биокорд» нарушения пункта 2 статьи 14.6 «О защите конкуренции» Комиссия сообщает, что в Приморском УФАС России в приостановленном производстве находится дело № 33/06-2015 предметом которого является вопрос введении в оборот товара с наименованием схожего до степени смешения с зарегистрированным товарным знаком по свидетельству № 532185, а так же в использовании в доменном имени в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» www.gumivit.net. Таким образом, Комиссия считает целесообразным рассмотреть заявленный вопрос ООО НПК «Ково» при рассмотрении дела № 33/06-2015. После вступления в законную силу решения № 11/06-2016.

Руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1-4 статьи 41, статьей 48, частью 1 статьи 49 ФЗ «О защите конкуренции»,

РЕШИЛА:

1. Признать факт нарушения ООО «Биокорд» части 1 статьи 14.4 ФЗ «О защите конкуренции», выразившегося в осуществлении недобросовестной конкуренции, связанной с приобретением и использованием исключительного права на товарный знак по свидетельству № 532185.

2. Предписание не выдавать в связи с тем, что решение антимонопольного органа о нарушении положений части 1 статьи 14.1 ФЗ «О защите конкуренции» в отношении приобретения и использования исключительного права на товарный знак направляется заинтересованным лицом в Федеральное государственное учреждение «Федеральный институт промышленной собственности» для признания недействительным предоставления правовой охраны товарного знака.

3. Оснований для прекращения рассмотрения дела, предусмотренных статьей 48 ФЗ «О защите конкуренции», не имеется.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Приморского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии:

<...>

<...>

В соответствии с частью 1 статьи 52 ФЗ «О защите конкуренции» решение и (или) предписание антимонопольного органа могут быть обжалованы в Арбитражный суд в течение трех месяцев со дня принятия решения или выдачи предписания. Дела об обжаловании решения и (или) предписания антимонопольного органа подсудны Арбитражному суду. Решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа могут быть также обжалованы в коллегиальный орган федерального антимонопольного органа.

Примечание: за неисполнение в установленный срок законного решения антимонопольного органа частью 2.5 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность. Привлечение к ответственности, предусмотренной законодательством Российской Федерации, не освобождает от обязанности исполнить решение антимонопольного органа.