

Заявитель:

ООО «Томесто»

<...>

Ответчик: ООО «ЭДВАЙЗЕР РЕСТ»

<...>

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 078/01/14.5-672/2020

Резолютивная часть оглашена «24» ноября 2020 года Санкт-Петербург
В полном объеме решение изготовлено «08» декабря 2020 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Санкт-Петербургу по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

председатель:

<...> — врио заместителя руководителя управления;

члены:

<...> заместитель начальника отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов и рекламы управления,

<...> — главный специалист-эксперт отдела по борьбе с картелями,

рассмотрев дело № 078/01/14.5-672/2020 признакам нарушения ООО «ЭДВАЙЗЕР РЕСТ» (ОГРН 1197847040852, ИНН 7811721550, адрес местонахождения: 193312, Санкт-Петербург, пр. Солидарности, д. 5, лит. А, кв. 286 зарегистрировано в качестве юридического лица 22.02.2019) статьи 14.5 и пункта 2 статьи 14,7 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившегося в незаконном использовании программного кода, принадлежащего ООО «Томесто», а также использовании информации; составляющей коммерческую тайну ООО «Томесто», в присутствии:

ООО «ЭДВАЙЗЕР РЕСТ» <...> (представитель по доверенности от 1008,2020),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Санкт-Петербургу (далее — Санкт-Петербургское УФАС России, Управление) поступило заявление ООО «Томесто» (те. № 35969/19 от 03422019)

относительно возможного нарушения со стороны ООО «ЭДВАЙЗЕР РЕСТ» антимонопольного затюдательства, в частности статей 14.5 и 14.7 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившеться в незаконном использовании программного кода, принадлежащей) ООО «Томесто» (далее также — Заявитель), а также использовании информации, составляющей коммерческую тайну Заявителя,

В результате анализа заявления, представленных документов установлено следующее,

ООО «Томесто» осуществляет, в том числе, предоставление услуг на рынке бронирования. Аналогичную деятельность осуществляет н ООО «ЭДВАЙЗЕР РЕСТ» (далее также — Ответчик).

С учётом изложенного, упомянутые хозяйствующие субъекты являются конкурентами на рынке предоставления услуг по бронированию. Эти выводы также подтверждаются анализом состояния конкуренции на товарном рынке, который провело Санкт-Петербургское УФАС России.

По мнению Заявителя, на сайте «advisor.rest», который принадлежит Ответчику, незаконно использован программный код, исключительные права на который принадлежат ООО "Томесто".

В качестве доказательств, подтверждающих данный факт, Заявителем в материалы дела была представлена копия протокола осмотра сайта «advisor.rest» от 26.11.2019 №78 АБ 7958458.

Также, по мнению Заявителя, бывший сотрудник ООО «Томесто» — <...>, который на сегодняшний день является генеральным директором ООО «ЭДВАЙЗЕР РЕСТ», незаконно использует в своей предпринимательской деятельности коммерческую тайну Заявителя, ставшую ему известной с связи с выполнением трудовых обязанностей в ООО «Томесто»».

Согласно подпункту 2 пункта 1 статьи 1225 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) в России программы для электронных вычислительных машин (программы для ЭВМ) являются интеллектуальной собственностью, которая включает в себя и результаты интеллектуальной деятельности. Программой для ЭВМ является представленная в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата, включая подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения (статья 1261 ГК РФ).

В силу пункта 2 статьи 1270 ГК РФ использованием программы для ЭВМ

считается; в частности её переработка. Под переработкой (модификацией) программы для ЭВМ или базы данных понимаются любые их изменения, в том числе перевод такой программы или такой базы данных с одного языка на другой язык, за исключением адаптации, то есть внесения изменений, осуществляемых исключительно в целях функционирования программы для ЭВМ или базы данных на конкретных технических средствах пользователя или под управлением конкретных программ пользователя.

Статьёй 14.5 Федерального закона от 26.07.2006 135-ФЗ «О защите конкуренции» установлен запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с использованием результатов интеллектуальной деятельности. Так, не допускается недобросовестная конкуренция путём 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.

В соответствии со статьей 14,7 Закона о защите конкуренции не допускается недобросовестная конкуренция, связанная с незаконным получением, использованием или разглашением информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну, в том числе:

1. получение и использование указанной информации, обладателем которой является другой хозяйствующий субъект-конкурент, без согласия лица, имеющего право ею распоряжаться;
2. использование или разглашение указанной информации, обладателем которой является другой хозяйствующий субъект-конкурент, вследствие нарушения условий договора с лицом, имеющим право ею распоряжаться;
3. использование или разглашение указанной информации, обладателем которой является другой хозяйствующий субъект-конкурент и которая получена лицом, имеющего или имевшего доступ к указанной информации вследствие выполнения служебных обязанностей, если не истек установленный законом или договором срок ее неразглашения.

Статья 39.1 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» не предусматривает выдачу предупреждения, если антимонопольный орган выявит признаки нарушения статьи 14.5 данного Федерального закона в действиях хозяйствующих субъектов. Следовательно, антимонопольный орган возбуждает дело о нарушении антимонопольного законодательства непосредственно после того, как выявит признаки нарушения статьи 14.5 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции».

На основании изложенного издан приказ Санкт-Петербургского УФАС

России от 05.03.2020 года №94/20 о возбуждении дела и создании комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения ООО «ЭДВАЙЗЕР РЕСТ» статьи 14.5 Федерального закона 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции», руководствуясь частью 13 статьи 44 Федеральным законом от 26.07.2006 N 135-ФЗ «О защите конкуренции».

В силу статьи 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883 подлежит запрету 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 смещение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента,

Недобросовестная конкуренция - это 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 (пункт 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции).

Из приведенного определения понятия недобросовестной конкуренции следует, что для признания действий недобросовестной конкуренцией требуется установление следующих обстоятельств:

- противоречие соответствующих действий законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота или требованиям добропорядочности; разумности и справедливости;
- направленность действий на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности;
- наличие конкурентных отношений между хозяйствующим субъектом, совершившим нарушение, и хозяйствующим субъектом, в отношении которого оно совершено;
- возможность причинения убытков или вреда деловой репутации в результате нарушения.

Под направленностью действий хозяйствующего субъекта на получение преимуществ в предпринимательской деятельности понимается их объективная способность предоставить хозяйствующему субъекту такие преимущества.

При этом сами преимущества означают такое превосходство над конкурентами, которое обеспечивает, в том числе, возможность увеличить размер получаемой прибыли по отношению к уровню прибыли при воздержании от указанных действий. Таким образом, действия хозяйствующих субъектов могут считаться направленными на получение

преимуществ, если они позволяют хозяйствующим субъектам увеличить получаемую прибыль либо предотвратить ее неизбежное снижение.

Для целей применения статьи 14.5 Закона о защите конкуренции подлежит доказыванию: наличие у лица, обращающегося с заявлением в антимонопольный орган, исключительного права на результат интеллектуальной деятельности; наличие конкурентных отношений между правообладателем и потенциальным нарушителем исключительного права на результат интеллектуальной деятельности; факт введения нарушителем в гражданский оборот товара, взаимозаменяемого с товаром правообладателя, с незаконным использованием принадлежащего правообладателю результата интеллектуальной деятельности; направленность действий нарушителя на получение преимуществ в предпринимательской деятельности и способность причинить убытки/вред деловой репутации конкуренту. правообладателю.

Сущность исключительного права заключается в праве его владельца пользоваться и распоряжаться соответствующим объектом корреспондирующей обязанности остальных лиц воздерживаться от его несанкционированного использования. в том случае если санкция необходима.

Письмом 08.09.2020 № 33003-ЭП/20 Ответчик пояснил, что для своего сайта ООО «ЭДВАЙЗЕР РЕСТ» использует программный код, разработанный программистами: <...> — он выполнил верстку сайта согласно дизайн-макету, представленного <...>., а также <...> — она с октября 2018 года продолжила работу<...>. по верстке сайта согласно дизайн-макету, разработала систему администрирования сайта с использованием языков и средств разработки таких как HTML, JavaScript, PHP, MySQL.

Также Ответчик пояснил, что работа над кодом для сайта велась продолжительное время, еще до создания самого ООО «ЭДВАЙЗЕР РЕСТ». У разработчиков и заказчика данного кода сохранилось множество промежуточных версий кода, к которым свидетельствуют о том, что работа над ними велась самостоятельно и постепенно, Код сайта Ответчика состоит из серверной части, функционирующей на аппаратных средствах и являющейся не доступной со стороны пользователя сайта, и клиентской части, загружаемой программными средствами (браузером) на компьютер пользователя сайта и доступно публично в человекочитаемой форме. В обе части за прошедшие 2 года постоянно вносятся те или иные изменения с целью исправления текущих ошибок и оптимизации кода.

С 01.02.2020 года Захаревич Н.В, работает у Ответчика по трудовому договору разработчиком программного обеспечения, который также представлен в материалы дела, в ее обязанности входит поддержка и развитие сайта компании.

Также, Ответчик письмом от 20.11.2020 вх. № 42194-ЭП/20 пояснил, «...что

рассматривать клиентскую часть кода в отрыве от серверной неверно, т.к. функционирование клиентской части отдельно от серверной, само по себе, невозможно.

Клиентская часть сайта функционирует только совокупно с серверной частью рассматриваемого сайта, и не может получить «результат» отдельно.

Из этого можно сделать вывод, что веб-сайт Ответчика, как объект авторского права нужно рассматривать в совокупности клиентской и серверной части, исходя из определения «результата». Именно поэтому имеет смысл проводить сравнение в отношении всего программного кода спорного веб-сайта. В случае Ответчика серверная часть кода его вебсайта составляет примерно 76 % от общего кода сайта. Тут следует отметить, что пользователь при использовании и просмотре сайта с помощью браузера может увидеть только клиентскую часть кода, серверная часть кода для него недоступна. В случае с сайтом Ответчика, она представляет собой отдельные файлы кода, исполняемые в случае соответствующего запроса от клиентской части кода. Иногда, клиентский код (например, JavaScript) и серверный код (например, PHP) располагаются в одном файле. При этом, после обработки сервером такого файла, серверный код исполняется и удаляется. На клиентскую сторону такой файл попадает только с клиентским кодом. Исходя из этого, очевидно, что без доступа к серверу получить код серверной части вебсайта третьим лицам невозможно. Это справедливо как для серверной части веб-сайта Ответчика, так и для серверной части веб-сайта Заявителя...».

Между тем Управление обращает внимание, что представленные в материалы дела протоколы осмотра доказательств от 26.11.2019 г. 78 АБ 7958458 (осмотр части страниц сайта www.advisor.rest) и 78 АБ 7958460 (осмотр скриншотов страниц сайта www.tomesto.ru сделанных сайтом <https://web.archive.com>), не содержит какой-либо сопоставительный анализ кодов.

Таким образом, Заявитель не пояснил, где именно и какой использован код — код сайта в целом, т. е. и клиентская, и серверная части кода, или отдельные элементы кода.

С учетом того, что ознакомиться с полным программным кодом в представленных в материалы дела документах нет возможности, а Заявитель не представил доступ к полному программному коду, у Комиссии Санкт-Петербургского УФАС России отсутствует возможность сделать подробный сравнительный анализ программного кода ООО «Томесто» и программного кода ООО «ЭДВАЙЗЕР РЕСТ», с целью выявления совпадающих участков кода.

Состав нарушения статьи 14.7 Закона о защите конкуренции должен

включать в себя два действия: получение и использование.

Под получением информации следует понимать возможность ознакомления со сведениями, составляющими охраняемую законом тайну хозяйствующего субъекта - конкурента, а под использованием - применения указанных сведений с целью получения преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности. При этом рассматриваемая информация должна быть получена не от лица, имеющего право ей распоряжаться. Им может быть контрагент владельца информации, у которого информация отозалась на законном основании, но право передачи информации третьим лицам у него отсутствует.

Исходя из трудового договора между ООО «Томесто» и <...>, представленного Заявителем в материалы дела, следует; что <...> осуществлял в компании Заявителя обязанности ведущего специалиста по интернет маркетингу. Между тем в материалах дела отсутствует должностная инструкция <...> из которой можно было бы сделать вывод, какие обязанности он выполнял и доступ к какой информации у него был, в ходе выполнения своих служебных обязанностей.

Таким образом, отсутствие должностной инструкции не позволяет сделать Управлению вывод об объеме информации, к которой у сотрудника был доступ и, которая, могла бы быть отнесена к коммерческой.

В ходе рассмотрения дела Заявитель не воспользовался своим правом и не представил в материалы дела документы и доказательства, на основании которых Управление достоверно могло бы сделать вывод о наличии нарушения антимонопольного законодательства в действиях ООО «ЭДВАЙЗЕР РЕСТ»,

С учетом представленных в материалы дела доказательств, Комиссия Санкт-Петербургского УФАС России не усматривает в действиях ООО «ЭДВАЙЗЕР РЕСТ» признаков нарушения статьи 14.5 и пункта 2 статьи 14.7 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ "О защите конкуренции".

Руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1 — 4 статьи 41, статьей 48, частью 1 статьи 49 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», комиссия

РЕШИЛА:

Прекратить рассмотрение дела № 078/01/14.5-672/2020 в связи с отсутствием в действиях ООО «ЭДВАЙЗЕР РЕСТ» (ОГРН 1197847040852, ИНН 7811721550, местонахождение: 193312, Санкт-Петербург, пр. Солидарности, д, 5, лит. А, кв, 286 зарегистрировано в качестве юридического лица 22.02.2019) нарушения антимонопольного законодательства.

Председатель

<...>

Члены

<...>

<...>

Решение может быть обжаловано в течение
арбитражный суд.