

АО АПЗ «РОТОР»

656906, г.Барнаул,

АО «Елатомский приборный завод»

391351, Рязанская область, Касимовский район, р.п.Елатьма,

Дело № 022/01/14.6-281/2022

РЕШЕНИЕ

Резолютивная часть решения оглашена 24 июля 2023 года

Решение изготовлено в полном объеме 26 июля 2023 года г. Барнаул

Комиссия управления Федеральной антимонопольной службы по Алтайскому краю по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

председатель Комиссии:

<...> – заместитель руководителя управления,

члены Комиссии:

<...> – начальник отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы,

<...> – главный специалист-эксперт отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы,

рассмотрев дело № 022/01/14.6-281/2022 по признакам нарушения АО «Алтайский приборостроительный завод «Ротор» пункта 2 статьи 14.6, статьи 14.5 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

с участием посредством системы видеоконференцсвязи представителей:

ответчика – АО «Алтайский приборостроительный завод «Ротор» (656906, Алтайский край, г.Барнаул,) <...> по доверенности,

заявителя – АО «Елатомский приборный завод» (391351, Рязанская область, Касимовский район, р.п. Елатьма,) по доверенности,

эксперта ,

УСТАНОВИЛА:

дело № 022/01/14.6-281/2022 возбуждено по результатам рассмотрения заявления АО «Елатомский приборный завод» на недобросовестные действия ООО

«Домашняя медтехника», г.Барнаул, связанные с незаконным использованием товарного знака «АЛМАГ» при реализации посредством сервиса «Яндекс.Маркет» аппарата магнитно-терапевтического «Магнолия», дизайн которого схож до степени смешения с дизайном аппарата «Алмаг-01».

Заявитель указал, что на сайте сервиса «Яндекс.Маркет» при поиске по слову «Алмаг» и «Алмаг-01» система на первой странице выдает результат – карточку товара «**Магнолия (ан. Алмаг)**», продавцом которого значится «DomMT» - ООО «Домашняя медтехника», 656056, Алтайский край, г.Барнаул, Пушкина ул., 38, ОГРН 1022201758501. Действия ООО «Домашняя медтехника» заявитель счёл актом недобросовестной конкуренции, просил возбудить в отношении Общества дело о нарушении антимонопольного законодательства, выдать предписание и привлечь к административной ответственности.

В процессе рассмотрения заявления АО «Елатомский приборный завод» требования уточнил: просил возбудить дело о нарушении антимонопольного законодательства в отношении АО «Алтайский приборостроительный завод «Ротор» и соответствующего должностного лица, поскольку организация, начиная с октября 2021 года, копирует узнаваемый и длительный период используемый дизайн аппарата «Алмаг-01», а также секреты производства, принадлежащие заявителю, что является актом недобросовестной конкуренции; выдать предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.

Рассмотрение дела назначено на 12 мая 2022 года.

12 мая 2022 года при рассмотрении дела представитель заявителя, доводы, изложенные в заявлении, а также в отзыве, поддержал в полном объеме, на заявленных требованиях настаивал.

Представитель ответчика против удовлетворения требований возражал, ссылаясь на отсутствие в действиях АО «АПЗ «Ротор» всех квалифицирующих недобросовестную конкуренцию признаков, как общих, так и специальных, установленных пунктом 2 статьи 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции». В частности, представитель указал, что АО «АПЗ «Ротор» не преследовало цели имитации (подражания) продукции заявителя в целях создания у покупателей впечатления о принадлежности его товаров линейке товаров заявителя; в материалах дела отсутствуют доказательства, например, результаты социологических исследований, изучения общественного мнения, подтверждающие факт смешения данных медицинских аппаратов на рынке.

АО «АПЗ «Ротор» считает, что возможное сходство дизайна медицинского изделия «Магнолия» с дизайном медицинского изделия заявителя – аппарата «АЛМАГ-01» обусловлено исключительно сходными медицинскими показаниями к применению, а также методом и способом терапевтического воздействия.

Кроме того, представитель указал, что заявителем не доказан факт принадлежности ему прав на спорный дизайн продукции. АО «АПЗ «Ротор» (более подробно доводы изложены в отзыве).

Комиссия, изучив материалы дела и заслушав представителей сторон, в порядке части 1 статьи 47 Федерального закона «О защите конкуренции» рассмотрение дела отложила до 16 июня 2022 года в связи с необходимостью получения

дополнительных доказательств, а также проведения опроса общественного мнения относительно сходства или различия дизайна аппаратов «АЛМАГ-01» и «Магнолия» на официальном сайте www.altk.fas.gov.ru и официальной странице Алтайского краевого УФАС России в социальной сети ВКонтакте <https://vk.com/club147941717>.

15 июня 2022 года в материалы дела поступили пояснения АО АПЗ «Ротор» в обоснование позиции о том, что возможное сходство дизайна аппаратов обусловлено функциональным назначением, а также относительно результатов проведенного опроса общественного мнения (вх. № 226245 от 15.06.2022г.).

15 июня 2022 года от АО «ЕПЗ» поступило ходатайство об отложении рассмотрения дела до получения заключения патентоведческой экспертизы на предмет копирования или имитации внешнего вида товара, на проведение которой уже заключен гражданско-правовой договор № 6391 от 02.06.2022г. с ИП <...> /Проф-Патент/ (вх. № 226244 от 15.06.2022г.), а также ходатайство о приобщении к материалам дела возражений на отзыв ответчика и копию сборочного чертежа аппарата «Алмаг-01».

16 июня 2022 года в заседании Комиссии представитель заявителя ходатайство об отложении рассмотрения дела поддержал, представитель ответчика оставил разрешение ходатайства на усмотрение Комиссии.

Комиссия, изучив материалы дела и исследовав доказательства по делу с учетом поступившего ходатайства, в соответствии с частями 3, 5 статьи 47 Федерального закона «О защите конкуренции» рассмотрение дела приостановила.

01 августа 2022 года рассмотрение дела возобновлено и назначено на 09 августа 2022 года.

Из выводов поступившего в материалы дела Экспертного заключения №1/2022 от 21.06.2022г. патентного поверенного <...> следует, что:

1. Дизайн изделия, произведенного АО «Елатомский приборный завод», является оригинальным.

2. Дизайн изделия, произведенного АО АПЗ «Ротор», содержит совокупность признаков, производящую на информированного потребителя такое же общее впечатление, какое производят соответствующие признаки дизайна изделия, произведенного АО «Елатомский приборный завод», что свидетельствует о незаконной переработке и воспроизведении дизайна изделия – объекта авторского права.

3. В случае отсутствия у АО АПЗ «Ротор» относимых и допустимых доказательств о наличии у него более раннего по отношению к АО «Елатомский приборный завод» приоритета на дизайн соответствующего производимого им изделия, приведенного в настоящем экспертном заключении, эксперт делает однозначный вывод о том, что авторские неотчуждаемые права гр. <...>, исключительные права заказчика экспертизы (АО «Елатомский приборный завод»), нарушены, и правонарушителем является АО АПЗ «Ротор».

08 августа 2022 года АО АПЗ «Ротор» представлены в антимонопольный орган письменные пояснения, из которых следует, что ответчик не согласен с выводами

эксперта и не считает выводы экспертизы доказательством нарушения авторских и исключительных прав заявителя, поскольку выводы эксперта являются оценочным суждением и его субъективным мнением. В рамках настоящего дела, а именно спора о дизайне изделий, как указывает ответчик, специальная экспертиза не может являться доказательством нарушения авторских и исключительных прав заявителя (в отличие от споров о нарушении исключительных прав на изобретения и/или полезные модели). Как указано в пункте 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.12.2007г. № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности», вопрос о сходстве до степени смешения обозначений является вопросом факта и по общему правилу может быть разрешен судом без назначения экспертизы; экспертиза в силу части 1 статьи 82 АПК РФ назначается лишь в случае, когда для сравнения обозначений требуются специальные знания.

Ответчик считает, что с учетом и по смыслу изложенного, в предмет доказывания по рассматриваемому делу о нарушении прав заявителя на дизайн изделия входит установление обстоятельств использования в изделии ответчика всех существенных признаков изделия заявителя или совокупности признаков, производящей на информированного потребителя такое же общее впечатление, какое производит на него изделие заявителя. Таким образом, экспертиза по настоящему делу не только не является обязательной, но и, по сути, не является надлежащим доказательством нарушения прав заявителя.

Представленные в материалы дела выводы экспертизы, считает АО АПЗ «Ротор», не являются доказательством, подтверждающим факт смешения в обороте товаров заявителя и ответчика, соответственно, факт смешения товаров не является доказанным.

В целях объективного установления наличия либо отсутствия факта смешения товаров на рынке, а также восприятия потребителями дизайна изделий ответчика и заявителя, как обусловленного исключительно функциональным назначением, АО АПЗ «Ротор» ходатайствует об отложении или приостановлении срока рассмотрения дела в связи с необходимостью предоставления дополнительных доказательств – результатов социологического исследования ФГБУН «Федеральный научно-исследовательский социологический центр Российской академии наук («Лаборатория социологической экспертизы»). В доказательство проведения социологического исследования ответчиком в материалы дела предоставлена копия письма ФГБУН «Федеральный научно-исследовательский социологический центр Российской академии наук («Лаборатория социологической экспертизы») от 03.08.2022г. № 31 о подтверждении проведения социологической экспертизы по договору № 636-2-22 от 02.08.2022г., а также копия соответствующего договора.

09 августа 2022 года в заседании Комиссии объявлен перерыв до 16 августа 2022 года с целью предоставления ответчиком копии технического задания на проведение социологического исследования и анкеты, а также материалов, предоставленных заказчиком, для проведения исследования.

15 августа 2022 года указанные документы в дополнение к ранее направленному ходатайству поступили в антимонопольный орган и заявителю. Ответчиком указано, что анкета для проведения социологического исследования будет

подготовлена исполнителем в срок до 23.08.2022г.

Присутствующий в заседании Комиссии представитель ответчика на ходатайстве настаивал, представитель заявителя оставил вопрос о разрешении ходатайства на усмотрение Комиссии.

16 августа 2022 года в заседании Комиссии проанализировано техническое задание на проведение социологического исследования, заслушано мнение представителя заявителя относительно технического задания на проведение социологического исследования.

Представитель заявителя в заседании пояснила, что в анкете должны присутствовать ответы не только «да», «нет», но и «затрудняюсь ответить»; что касается предоставленных для исследования фотоматериалов, пояснила, что необходимо сравнивать все-таки не коробки, а внешний вид самих аппаратов, поскольку основные покупатели товара (аудитория) – посетители различных маркетплейсов, где товар выставлен без упаковки.

Представитель ответчика пояснил, что будут сравниваться и аппараты, и коробки, ведь товар продается в упаковке, и статья 14.6 пункт 2 Закона о защите конкуренции говорит и об упаковке тоже.

Комиссия в связи с необходимостью получения дополнительных доказательств рассмотрение дела отложила до 27 сентября 2022 года.

Срок рассмотрения дела № 022/01/14.6-281/2022 продлен до 30 октября 2022 года.

Заключение № 79-2022 от 23.09.2022г. по результатам социологического исследования поступило в антимонопольный орган по электронной почте 27 сентября 2022 года, заявителем заключение не получено.

Представитель заявителя в заседании Комиссии, состоявшемся 27 сентября 2022 года, ходатайствовал об отложении рассмотрения дела, в связи с необходимостью ознакомления с результатами социологического исследования.

Кроме того, Комиссией установлено, что в антимонопольный орган поступило заявление АО «Елатомский приборный завод» на недобросовестные действия АО АПЗ «Ротор», связанные с незаконным использованием секрета производства аппарата «АЛМАГ-01» при производстве аппарата «Магнолия».

Представитель заявителя данное заявление поддержал, на требованиях настаивал.

Комиссией к материалам дела № 022/01/14.6-281/2022 для совместного рассмотрения приобщены материалы заявления АО «Елатомский приборный завод» на недобросовестные действия АО АПЗ «Ротор», связанные с незаконным использованием секрета производства аппарата «АЛМАГ-01» при производстве аппарата «Магнолия».

Рассмотрение дела отложено до 19 октября 2022 года.

18 октября 2022 года заявитель ходатайствовал об отложении рассмотрения дела № 022/01/14.6-281/2022 в связи с поздним получением результатов

социологического исследования (17.10.2022г.) и необходимостью подготовки правовой позиции.

Рассмотрение дела отложено до 08 ноября 2022 года.

Срок рассмотрения дела № 022/01/14.6-281/2022 продлен до 30 ноября 2022 года.

08 ноября 2022 года от АО «Елатомский приборный завод» поступило ходатайство об отложении рассмотрения дела для предоставления заявителем рецензии на Заключение Института социологии ФНИСЦ РАН по результатам социологического опроса от 23.09.2022 № 79-2022 (приложена копия договора возмездного оказания экспертных услуг от 03.11.2022г., заключенного с ФГБОУ ВО «Рязанский государственный университет имени С.А. Есенина»). Необходимость в рецензии АО «Елатомский приборный завод» обуславливает несогласием с выводами, изложенными в Заклучении, полагает, что вопросы перед участниками исследования были поставлены некорректно, в неверной последовательности.

08 ноября 2022 года в заседании Комиссии объявлялся перерыв до 10 ноября 2022 года в связи с возникшими техническими неполадками при подключении к видеоконференции представителями АО «АПЗ Ротор».

10 ноября 2022 года рассмотрение дела продолжено. Представитель заявителя ходатайство об отложении рассмотрения дела поддержал, представитель ответчика оставил разрешение заявленного ходатайства на усмотрение Комиссии.

Рассмотрение дела отложено до 30 ноября 2022 года в связи с удовлетворением ходатайства заявителя, а также необходимостью получения от АО АПЗ «Ротор» дополнительных документов и материалов. Определением об отложении рассмотрения дела АО «АПЗ Ротор» в срок до 25 ноября 2022 года предложено представить в адрес управления следующие сведения и материалы: макет изделия – аппарата магнитотерапевтического «Ротор Маг», вместо которого был выпущен новый макет изделия в связи с решением об изменении названия аппарата «Ротор Маг» на «Магнолия», что подтверждается протоколом № 23-1/46 от 20.03.2018г. согласования дизайна и названия; конструкторская документация на аппарат «Магнолия», в частности чертежи, схемы, сведения о лицах, разработавших данное медицинское изделие (приказ о приеме на работу).

Рецензия ФГБОУ ВО «Рязанский государственный университет имени С.А. Есенина» на Заключение Института социологии ФНИСЦ РАН по результатам социологического опроса от 23.09.2022 № 79-2022 поступила в антимонопольный орган 16 ноября 2022 года (оригинал заключения – 22.11.2022г.).

30 ноября 2022 года рассмотрение дела продолжено, на заседании Комиссии представители сторон озвучили свои позиции. Комиссией установлено, что АО «АПЗ Ротор» во исполнение определения об отложении дела от 10.11.2022г. сведения и материалы не представлены. По данному вопросу представитель АО «АПЗ Ротор» пояснил, что часть из указанных документов поступила от доверителя в его адрес только 29.11.2022г., данные документы касаются рассмотрения дела на предмет нарушения статьи 14.5 Федерального закона «О защите конкуренции», доказательством которого будет являться патентоведческая экспертиза.

Комиссия, изучив материалы дела и заслушав представителей сторон, приходит к выводу об отложении рассмотрения дела в связи с необходимостью получения дополнительных документов и материалов.

Рассмотрение дела отложено до 12 декабря 2022 года.

Срок рассмотрения дела № 022/01/14.6-281/2022 о нарушении антимонопольного законодательства продлен до 14 февраля 2023 года.

Определением об отложении рассмотрения дела лицам, участвующим в деле, в срок до 07 декабря 2022 года предложено представить в управление вопросы, которые необходимо поставить на разрешение экспертов, с целью установления факта использования АО «АПЗ Ротор» секретов производства аппарата «АЛМАГ» при производстве аппаратов «Магнолия»; сведения об организациях, которым возможно поручить проведение патентоведческой экспертизы, с указанием наименования, адреса, а также её стоимости. От АО АПЗ «Ротор» запрошен тот же пакет документов и сведений.

12 декабря 2022 года рассмотрение дела продолжено.

Представитель заявителя на заседании Комиссии пояснил, что экспертиза должна проводиться по натуральным образцам продукции «Алмаг-01» и «Магнолия», которые должны быть закуплены из свободного обращения; представил перечень вопросов, которые необходимо поставить перед экспертами. Представитель АО «ЕПЗ» также пояснил, что Обществом в ряд организаций направлены письма о возможности проведения экспертизы по указанным вопросам; на дату рассмотрения дела информация о готовности проведения экспертизы поступила от двух учреждений – Частное экспертное учреждение «Городское учреждение судебной экспертизы», ИП <...>.

Представитель ответчика – АО «АПЗ Ротор» при рассмотрении дела пояснил, что проведение экспертизы является преждевременным и то обстоятельство, что заявитель предлагает проводить экспертизу по образцам готовой продукции свидетельствует об отсутствии у заявителя секрета производства; ответчик не может согласиться с мнением АО «ЕПЗ» о заимствовании конструкции аппарата «Алмаг-01» в аппарате «Магнолия», поскольку какие-либо сведения о сущности секрета производства в отношении аппарата «Алмаг-01» заявителем никак не определены, не сформулирована новизна или иные сведения, составляющие секрет производства. Представитель ответчика в заседании Комиссии указал, что, хотя и проведение экспертизы считает преждевременным, АО «АПЗ Ротор» кандидатура эксперта предложена, но формализовать согласие эксперта просто невозможно, поскольку непонятно какие вопросы задавать и что с чем сравнивать.

Представитель заявителя возражал доводам представителя ответчика, указав, что секрет производства заключается в самих печатных платах, алгоритмах работы микроконтроллеров, характерных признаках их работы; просто так, узнать это, купив аппарат, невозможно; здесь имела место процедура копирования печатных плат.

Представитель ответчика пояснил, что разработчик сам может выбрать, какой режим охраны объекта интеллектуальной собственности предпочесть, – можно зарегистрировать патент на изобретение, полезную модель и пр., проводится

экспертиза, проверяется новизна, выдается патент, и после этого, несмотря на то, что это в открытом доступе, можно приобрести конструкцию, которая содержит все признаки патента, ее копирование будет все равно являться нарушением исключительного права, а в той ситуации, когда разработчик выбирает режим ноу-хау, то не проводится никакая экспертиза на новизну и просто считается, что в силу локальных актов разработчика и соблюдения режима конфиденциальности предоставляется правовая охрана. И в этой ситуации разработчик должен принять меры, чтобы секреты производства не были размещены не только в сети интернет, но и в гражданском обороте, в том продукте, который он производит и реализует, чтобы из продукта его невозможно было понять.

Рассмотрение дела отложено до 10 января 2023 года.

10 января 2023 года в заседании Комиссии объявлялся перерыв до 17 января 2023 года с целью подготовки сторонами по делу вопросов для проведения экспертизы, а также для предоставления АО «ЕПЗ» проекта договора с экспертной организацией до 13 января 2023 года.

13 января 2023 года в антимонопольный орган АО «ЕПЗ» предоставлен проект договора, заключенный с ИП <...>, а также вопросы эксперту.

АО АПЗ «Ротор» вопросов для проведения экспертизы не предоставило. Однако, при рассмотрении дела 10 января 2023 года представитель ответчика пояснил, что если будет решен вопрос о проведении экспертизы, то считает необходимым на разрешение эксперта поставить вопрос: «На сколько, с технической точки зрения, возможно, только лишь имея на руках аппарат, находящийся в свободном доступе и приобретенный в натуре, информацию, которая имеется в свободном доступе на сайте оппонента, а также инструкцию к этому аппарату, имея также производственные мощности, запустить производство такого же аппарата?».

17 января 2023 года рассмотрение дела продолжено.

Представитель ответчика против назначения экспертизы возражал по основаниям, изложенным в ранее предоставленном отзыве, поскольку считает, что секрет производства как таковой у АО «ЕПЗ» отсутствует, всё находится в самом продукте, имеющемся в свободном доступе, и заимствовано из свободного доступа.

Представитель заявителя настаивал на проведении экспертизы; на уточняющий вопрос Комиссии о том, что является секретом производства аппарата «Алмаг-01», ответил: печатные платы аппарата, каркас катушки аппарата, схемы электрические принципиальные, микроконтроллеры.

17 января 2023 года ходатайство АО «ЕПЗ» о проведении экспертизы удовлетворено.

По делу назначена комиссия техническая экспертиза, проведение которой поручено экспертам экспертной организации – ИП <...>/Проф-Патент/.

Рассмотрение дела № 022/01/14.6-281/2022 приостановлено на срок проведения экспертизы.

Экспертное заключение № 5/2023 от 11.05.2023г. в материалы дела представлено

02.06.2023.

Рассмотрение дела 14 июня 2023 года возобновлено, срок рассмотрения дела № 022/01/14.6-281/2022 продлен до 26 июля 2023 года. Рассмотрение дела назначено на 04 июля 2023 года.

04 июля 2023 года представителем АО АПЗ «Ротор» в заседании Комиссии заявлено ходатайство об отложении рассмотрения дела, поскольку 10 дней назад удалось ознакомиться с Экспертным заключением; с экспертизой не согласны, в настоящее время ведется подбор кандидатуры с целью подготовки рецензии на заключение; представитель считает, что рассмотрение дела необходимо отложить на месяц. Дополнительно пояснил, что комплексная экспертиза была не нужна, два эксперта делают вывод по дизайну, филологии, в области компьютерной экспертизы, сличая программы ЭВМ, считает, что эксперты не совсем компетентны.

Заслушаны доводы экспертов на доводы представителя АО АПЗ «Ротор».

Комиссия, разрешив ходатайство представителя АО АПЗ «Ротор», в его удовлетворении отказала.

В заседании объявлен перерыв до 10 июля 2023 года.

10 июля 2023 года рассмотрение дела продолжено.

В заседании Комиссии представитель АО АПЗ «Ротор» пояснил, что несмотря на то, что Обществу отказано в удовлетворении ходатайства об отложении рассмотрения дела, всё равно готовится рецензия, которая будет приобщена вместе с пояснениями на заключение об обстоятельствах дела, если таковое будет принято. Настаивает на отложении рассмотрения дела, чтобы подготовить рецензию на заключение эксперта, с которым не согласны, но, если все же ходатайство не будет удовлетворено, и Комиссия сегодня завершит рассмотрение дела, просит не признавать действия АО АПЗ «Ротор» актом недобросовестной конкуренции.

Представитель АО «ЕПЗ» пояснил, что по поводу смешения заявителем представлялась рецензия на заключение по результатам социологического опроса, которая показала, что он не корректен; указал, что хозяйствующие субъекты АО АПЗ «Ротор» и АО «ЕПЗ» являются конкурентами на рынке; по поводу исследования дизайна изделия представлено заключение. Что касается ходатайства представителя ответчика об отложении рассмотрения дела для подготовки рецензии пояснил, что у ответчика было достаточно времени после ознакомления с результатами экспертизы в обоснование своих доводов предоставить письма, запросы в организации и ответы от них о готовности проведения рецензии.

10 июля 2023 года Комиссией в порядке статьи 48.1 Федерального закона «О защите конкуренции» принято заключение об обстоятельствах дела. Рассмотрение дела отложено до 24 июля 2023 года.

Сторонами в отношении обстоятельств, изложенных в заключении, представлены возражения, дополнительные пояснения, которые приобщены к материалам дела.

АО «ЕПЗ» в дело представлены дополнительные пояснения и доказательства

относительно принадлежности ему исключительного права на код программы аппарата «Алмаг-01», а именно: заявитель указывает, что на служебном компьютере главного конструктора АО «ЕПЗ» <...> в директории F:\ALMAG_PR\ПО для архива/Алмаг-01/ПО/Россия располагаются в частности следующие файлы:

1) 10_0101.asm дата изменения: 29.07.2010 – файл с исходным кодом программы аппарата «Алмаг-01»;

2) 10_0101.HEX дата изменения: 29.07.2010 – файл с кодом, который используется непосредственно для программирования микроконтроллера.

При открытии файла 10_0101.HEX, указывает Общество, видно, что программный код совпадает с тем, который указан в экспертном заключении ИП <...> от 11.05.2023 № 5/2023 (стр. 43). При этом, исходный код (файл 10_0101.asm), который затем был скомпилирован в программный код (файл 10_0101.HEX), был написан <...>, который на тот момент являлся ведущим инженером АО «ЕПЗ», что входило в его должностные обязанности. Поскольку в трудовые обязанности <...> входила разработка программного обеспечения для магнитотерапевтических аппаратов, исключительные права на программу для аппарата «Алмаг-01» принадлежат АО «ЕПЗ», как работодателю.

АО «ЕПЗ» в доказательство предоставлены пояснения <...>, заверенная таблица со скриншотами со служебного компьютера <...>, копия трудовой книжки, должностной инструкции.

В адрес ответчика указанные дополнения направлены.

Пояснения ответчика в отношении обстоятельств, изложенных в заключении, представлены 24 июля 2023 года, в адрес заявителя также направлены.

Из пояснений АО АПЗ «Ротор» следует, что Общество не согласно с выводами Комиссии об усмотрении в его действиях признаков нарушения статьи 14.5 Федерального закона «О защите конкуренции», поскольку заявителем не подтвержден такой признак недобросовестной конкуренции как причинение или возможность причинения ущерба конкуренту (Обществом не представлены какие-либо сведения снижения динамики продаж товаров).

Ответчик указывает на нарушение Административного регламента при рассмотрении дела, обосновывая тем, что нарушение антимонопольного законодательства совершается на территории двух и более субъектов Российской Федерации, поэтому материалы заявления должны были быть направлены территориальным управлением в ФАС России для решения вопроса о рассмотрении этих материалов с уведомлением об этом заявителя, чего сделано не было. Кроме того, АО АПЗ «Ротор» считает, что принадлежность авторского права на программное обеспечение для магнитотерапевтических аппаратов «Алмаг-01» сотруднику АО «ЕПЗ», принадлежность исключительного права на программу для аппарата «Алмаг-01» АО «ЕПЗ» не является доказанным.

На состоявшемся 24 июля 2023 года заседании Комиссии, представители свои позиции, представленные в отношении обстоятельств дела, изложенных в заключении, поддержали.

Представитель ответчика заявил ходатайство против приобщения к материалам

дела вышеуказанных дополнительных пояснений заявителя, так как представленная техническая информация требует специальных познаний для её изучения, и, с учетом даты ее направления, не может и не должна быть принята во внимание при рассмотрении дела; данные сведения, считает представитель, представлены не заблаговременно, и не входили ранее в предмет экспертизы по настоящему делу.

Комиссия Алтайского краевого УФАС России, оценив в совокупности и во взаимосвязи представленные доказательства, доводы и возражения сторон, в том числе в отношении обстоятельств, изложенных в заключении об обстоятельствах дела, пришла к следующим выводам.

На момент рассмотрения дела заявитель и ответчик являются действующими хозяйствующими субъектами, сведений о прекращении деятельности не имеется.

Заявитель – полное наименование АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО «ЕЛАТОМСКИЙ ПРИБОРНЫЙ ЗАВОД» (сокращенное наименование – АО «ЕПЗ»), ОГРН 1026200861620, ИНН 6204001412, адрес (место нахождения): 391351, Рязанская область, Касимовский район, р.п.Елатьма, <...>, дата присвоения ОГРН 20.11.2002 (Общество зарегистрировано 05.11.1992 администрацией МО Касимовский район Рязанской области), Основной вид деятельности - Производство аппаратов, применяемых в медицинских целях, основанных на использовании рентгеновского, альфа-, бета- и гамма- излучений (код ОКВЭД 26.60.1).

Факт осуществления АО «ЕПЗ» деятельности на рынке производства и реализации медицинских изделий, аппаратов магнитотерапевтических, подтверждается информацией, размещенной на официальном сайте предприятия <https://elamed.com>, а также обстоятельствами заявления.

Ответчик – полное наименование АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО «АЛТАЙСКИЙ ПРИБОРОСТРОИТЕЛЬНЫЙ ЗАВОД «РОТОР» (сокращенное – АО АПЗ «РОТОР»), ОГРН 1022201770084, ИНН 2225008370, адрес (место нахождения): 656906, Алтайский край, г.Барнаул, дата присвоения ОГРН 04.12.2002 (Общество зарегистрировано 06.05.1994 администрацией Центрального района г.Барнаула), основной вид деятельности - Производство навигационных, метеорологических, геодезических, геофизических и аналогичного типа приборов, аппаратуры и инструментов (код ОКВЭД - 26.51.1), один из дополнительных - Производство аппаратов, применяемых в медицинских целях, основанных на использовании рентгеновского, альфа-, бета- и гамма-излучений (код ОКВЭД 26.60.1).

Факт осуществления АО АПЗ «Ротор» деятельности на рынке производства и реализации медицинских изделий, аппаратов магнитотерапевтических подтверждается информацией, поступившей от предприятия, а также обстоятельствами заявления.

Организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, определены Федеральным законом «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции).

В соответствии с пунктом 7 статьи 4 Закона 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 пункту 5 статьи 4 Закона о защите конкуренции под хозяйствующим субъектом понимается 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.

Пунктом 4 статьи 4 Закона о защите конкуренции установлено, что товарным рынком является сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров (далее - определенный товар), в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами.

Согласно части 5.1 статьи 45 Закона о защите конкуренции, при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

Анализ состояния конкуренции на рынке производства и реализации медицинских изделий, аппаратов магнитотерапевтических, на территории Российской Федерации показал, что поскольку АО АПЗ «Ротор» и АО «ЕПЗ» осуществляют деятельность на одном товарном рынке – рынке производства и реализации аппаратов магнитотерапевтических и в одних географических границах – Российская Федерация, то указанные хозяйствующие субъекты являются конкурентами на соответствующем товарном рынке, следовательно, добросовестная конкуренция между данными участниками рынка заведомо предполагается.

В соответствии с пунктом 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.

Для выявления акта недобросовестной конкуренции необходимо наличие в действиях хозяйствующего субъекта всех признаков недобросовестной конкуренции, установленных в пункте 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции, а именно:

- осуществление действий хозяйствующим субъектом - конкурентом;

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

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.

Таким образом, актом недобросовестной конкуренции признаются действия противоправного характера, целью которых является приобретение хозяйствующим субъектом-конкурентом преимущественного положения на конкретном товарном рынке (при сопоставимости товаров по продуктовым и географическим границам определенного товарного рынка).

Комиссией установлено, что АО «ЕПЗ» является производителем медицинского изделия: аппарат магнитотерапевтический бегущим импульсным полем малогабаритный «АЛМАГ-01», реализация которого осуществляется на территории Российской Федерации, в том числе посредством сервиса «Яндекс.Маркет».

Данное медицинское изделие внесено в Государственный реестр медицинских изделий (регистрационное удостоверение №29/06070899/0409-00 от 21.06.2000г.).

Аппарат магнитотерапевтический бегущим импульсным полем малогабаритный «АЛМАГ-01» производится в соответствии с Техническими условиями, утвержденными 30 ноября 1999 года.

В соответствии с инструкцией по применению аппарата показаниями к применению являются: заболевания опорно-двигательного аппарата, повреждения опорно-двигательного аппарата и их последствия, неврологические заболевания, заболевания сердечно-сосудистой системы, осложнения сахарного диабета, дерматологические заболевания, хронические неспецифические заболевания легких, заболевания желудочно-кишечного тракта, заболевания женских половых органов, заболевания венозной системы верхних и нижних конечностей.

Согласно материалам дела, аппарат магнитотерапевтический бегущим импульсным полем малогабаритный «АЛМАГ-01» производится АО «ЕПЗ» в спорном дизайне, начиная с 2004 года.

Аппарат магнитотерапевтический «Магнолия» производства АО АПЗ «Ротор» также

является медицинским изделием, что подтверждается регистрационным удостоверением № РЗН 2021/15479 от 04.10.2021г.

В соответствии с руководством по эксплуатации показаниями к применению данного аппарата являются: заболевания опорно-двигательного аппарата, повреждения опорно-двигательного аппарата и их последствия, неврологические заболевания, заболевания сердечно-сосудистой системы, осложнения сахарного диабета, дерматологические заболевания, хронические неспецифические заболевания легких, заболевания желудочно-кишечного тракта, заболевания женских половых органов, заболевания венозной системы верхних и нижних конечностей.

Аппарат магнитотерапевтический «Магнолия» производится в соответствии с Техническими условиями ИЛКЮ.941538.001 ТУ, утвержденными 20 декабря 2019 года.

В соответствии с предоставленным АО АПЗ «Ротор» протоколом № 23-1/46 от 20.03.2018г. новый макет изделия аппарата магнитотерапевтического выпущен в связи с решением об изменении названия данного аппарата с «Ротор Маг» на «Магнолия». Вместе с тем, аппарат магнитотерапевтический «Ротор Маг» АО АПЗ «Ротор» не производился, о чем прямо сообщено ответчиком (вх. № 223123 от 23.03.2022).

Антимонопольным органом установлено, что АО АПЗ «Ротор» в гражданский оборот в 2021 году введено 350 аппаратов «Магнолия» (из которых реализовано 97 штук), в 2022 году – 1400 аппаратов (реализовано 184).

Обращаясь в антимонопольный орган, АО «ЕПЗ» указывает, что АО АПЗ «Ротор» вводит в гражданский оборот аппарат магнитотерапевтический «Магнолия», незаконно используя результаты интеллектуальной деятельности, принадлежащие заявителю, в частности секреты производства аппарата «Алмаг-01», а также его дизайн, являющийся объектом авторского права.

Запрет недобросовестной конкуренции установлен главой 2.1 Закона о защите конкуренции.

В соответствии со статьей 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.

Как разъяснено в пункте 32 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Пленум № 10) в соответствии с положениями части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) термином "интеллектуальная собственность" охватываются только сами результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации, но не права на них (статья 1225 ГК РФ). На результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальную собственность) в силу статьи 1226 ГК РФ

признаются интеллектуальные права, которые включают в себя исключительное право, являющееся имущественным правом, а также личные неимущественные права (право авторства, право на имя, право на неприкосновенность произведения, право на обнародование, право на отзыв, право на неприкосновенность исполнения) и иные права (например, право следования, право доступа, право на вознаграждение за служебный результат интеллектуальной деятельности, право на защиту фонограммы от искажения при ее использовании, право на получение патента и др.). При этом личные неимущественные и иные права возникают и подлежат защите только в случаях, когда они специально поименованы и их охрана установлена положениями части четвертой ГК РФ о конкретном виде результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации.

Согласно пункту 33 постановления Пленума № 10, пункт 1 статьи 1225 ГК РФ содержит исчерпывающий перечень результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации, которым предоставляется правовая охрана на основании и в порядке, предусмотренных частью четвертой ГК РФ.

Вместе с тем, к результатам интеллектуальной деятельности, подлежащими рассмотрению в рамках статьи 14.5 Закона о защите конкуренции, в соответствии с частью 1 статьи 1225 ГК РФ относятся произведения науки, литературы и искусства; программы для электронных вычислительных машин (программы для ЭВМ); базы данных; исполнения; фонограммы; сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач (вещание организаций эфирного или кабельного вещания); изобретения; полезные модели; промышленные образцы; селекционные достижения; топологии интегральных микросхем; секреты производства (ноу-хау).

В соответствии с пунктом 1 статьи 1229 ГК РФ гражданин или юридическое лицо, обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (статья 1233), если настоящим Кодексом не предусмотрено иное.

Правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением).

Другие лица не могут использовать соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом. Использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (в том числе их использование способами, предусмотренными настоящим Кодексом), если такое использование осуществляется без согласия правообладателя, является незаконным и влечет ответственность, установленную настоящим Кодексом, другими законами, за исключением случаев, когда использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицами иными, чем правообладатель, без его согласия

допускается настоящим Кодексом.

В соответствии с частью 1 статьи 1225 ГК РФ произведения дизайна являются объектами авторских прав.

В словарях слово «дизайн» определяется как деятельность по конструированию вещей, машин, интерьеров, основанному на принципах сочетания удобства, экономичности и красоты.

Соответственно, произведением дизайна является результат такой деятельности, выраженный в объективной форме.

В силу общепринятого подхода объект, который удовлетворяет условию оригинальности, может получить авторско-правовую охрану, даже если его реализация была обусловлена техническими соображениями, при условии, что это не мешает автору отражать свою личность в этом объекте, осуществляя свою свободную волю, выбор; когда компоненты объекта характеризуются только своей технической функцией, критерий оригинальности не соблюдается.

Таким образом, для разрешения вопроса о предоставлении правовой охраны объекту необходимо установить, проявил ли его автор выбором формы продукта свои творческие способности оригинальным способом, сделав свободный и творческий выбор и моделирование продукта таким образом, чтобы отразить его личность, является ли это оригинальным произведением, результатом интеллектуального творчества в связи с тем, что через эту форму автор произведения оригинальным образом выражает свои творческие способности, делая свободный и творческий выбор, отражая свою личность.

Разрешение вопроса о том относится ли тот объект, который заявитель понимает под дизайном аппарата к объектам авторского права требует специальных познаний.

Вместе с тем, Комиссией установлено, что ответ на данный вопрос в рамках рассматриваемого дела назначения дополнительной экспертизы не требует, а лежит в основе имеющихся в материалах экспертных заключениях. Так, согласно Экспертному заключению № 1/2022 от 21.06.2022г., в частности разделе 5 «Определение правового статуса представленного на экспертизу изделия – Аппарат магнитотерапевтический бегущим импульсным полем малогабаритный «Алмаг-01» (Изготовитель: АО «Елатомский приборный завод», дизайн изделия «Алмаг-01» является объектом авторского права, отличается ярко выраженной творческой составляющей (узлы воздействия круглой формы белого цвета, на них размещен товарный знак производителя красными буквами и синяя буква N в центре, узлы соединены между собой и с электронным блоком отрезками гибкого электропровода через щели в боковых поверхностях корпусов, на лицевой панели электронного блока присутствует прямоугольный выступ с двумя светодиодами; все детали тщательно проработаны), оригинальность исполнения. Части представленного на экспертизу изделия в виде узлов воздействия также являются объектами авторского права, поскольку сохраняют свою узнаваемость вне конкретного произведения и могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора. Вывод: Представленное на экспертизу изделие – аппарат магнитотерапевтический бегущим импульсным полем малогабаритный «Алмаг-01» является объектом авторского права.

Внешнее исполнение медицинского изделия - Аппарата магнитотерапевтического бегущим импульсным полем малогабаритного «АЛМАГ-01» было разработано сотрудником АО «ЕПЗ» <...>, что подтверждается имеющимся в материалах дела сборочным чертежом аппарата ГИКС.941519.001 СБ, датированным 23.02.2001г., а также документами, подтверждающими трудоустройство данного сотрудника в АО «ЕПЗ».

Авторское право на произведение науки, литературы и искусства возникает в силу факта его создания. В соответствии с главой 70 ГК РФ авторские права на произведение науки, литературы и искусства не подлежат государственной регистрации, в отличие от патентных прав.

Вместе с тем, на момент разработки товара в спорном дизайне действовал Закон РФ от 09.07.1993 № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах», в соответствии с частью 1 статьи 14 которого, авторское право на произведение, созданное в порядке выполнения служебных обязанностей или служебного задания работодателя (служебное произведение), принадлежит автору служебного произведения.

Согласно части 2 статьи 14 указанного Закона исключительные права на использование служебного произведения, принадлежат лицу, с которым автор состоит в трудовых отношениях (работодателю), если в договоре между ним и автором не предусмотрено иное.

Таким образом, исключительные права на созданные работниками произведения принадлежат работодателю, следовательно, исключительные права на дизайн аппарата «Алмаг-01», как следует из материалов и обстоятельств дела, принадлежат АО «ЕПЗ».

Ввиду длительности нахождения в обороте (с 2004 года) аппарат «Алмаг-01» имеет узнаваемый дизайн.

АО «ЕПЗ» относительно наличия у него исключительных прав на дизайн аппарата «Алмаг-01» сообщает, что использует характерный дизайн с момента его разработки; в качестве первых сохранившихся, подтверждающих документов заявителем предоставлено: руководство по эксплуатации, утвержденное 09.01.2004; печатное издание – Топчий Н.В., Иванов А.В. Применение портативных физиоаппаратов в работе семейного врача: Методическое пособие. - Москва: ММА, 2005; инструкция по применению аппарата «Алмаг-01», утвержденная приказом Росздравнадзора от 18.03.2010 №04-5801/20.

Комиссия отмечает, что аппарат магнитотерапевтический «Магнолия», выпускаемый АО АПЗ «Ротор», своим внешним видом повторяет аппарат магнитотерапевтический «Алмаг-01», при этом подражание прослеживается как в отношении формы товара, так и его цветовой гаммы: оба аппарата представляют собой систему взаимосвязанных излучателей, которые связаны между собой гибкими соединителями, при этом форма гибкой ленты, соединяющей излучатели, идентична – с сужением в центре и расширением по краям, основной цвет изделий – белый; форма излучателей абсолютна одинакова, центр выделен синим цветом, в центре каждого излучателя расположен названия аппаратов; размер изделий, их пропорции, цветовая гамма и их прямое функциональное назначение идентичны.

АО АПЗ «Ротор» считает, что дизайн аппаратов различен и заключается в следующем:

- катушка – излучатель аппарата «Магнолия» имеет овальную форму, тогда как у аппарата «Алмаг» катушка – излучатель круглой формы,
- на каждой катушке – излучателе аппарата «Магнолия» имеется зарегистрированный товарный знак «Магнолия»,
- блок управления аппарата «Магнолия» имеет отличный от аппарата «Алмаг» внешний вид: так блок управления аппарата «Магнолия» выполнен в виде «речной гальки», тогда как у аппарата «Алмаг» блок управления в виде параллелепипеда;
- на блоке управления аппарата «Магнолия» установлены световые индикаторы синего и желтого цвета, что соответствует ГОСТу 21829-76, а у аппарата «Алмаг» - красного и желтого цвета.

Однако Комиссия отмечает, что несмотря на наличие несущественных различий, магнитотерапевтические аппараты ассоциируются друг с другом, поскольку значительное совпадение изделий прослеживается.

Сходство дизайнов двух аппаратов подтверждается имеющимся в материалах дела Экспертным заключением № 1/2022 от 22.06.2022г. Межрегиональной фирмы патентных поверенных «Проф-Патент» (<...>), согласно которому (вывод 2), дизайн изделия, произведенного АО АПЗ «Ротор», содержит совокупность признаков, производящую на информированного потребителя такое же общее впечатление, какое производят соответствующий дизайн изделия, произведенного АО «ЕПЗ», что свидетельствует о незаконной переработке и воспроизведении дизайна изделия – объекта авторского права.

Комиссия признает несостоятельными доводы ответчика о том, что возможное сходство дизайна аппарата «Магнолия» с дизайном аппарата «Алмаг-01» обусловлено его функциональным назначением, поскольку используемый дизайн не является единственно возможным для аппаратов магнитотерапевтических, так как на рынке представлены аппараты аналогичного действия (области применения), выполненные в отличной от спорного дизайна форме, например, аппарат «Магнитер», «Полюс 2Д», «АМТ-01» и значительное количество иных.

В спорном дизайне, исходя из информации, находящейся в сети Интернет, и искомой по ключевым словам: «аппараты магнитотерапии для домашнего использования», в оборот введено три аппарата:

1. «ОРТОМАГ» производства ОАО «Горьковский завод аппаратуры и связи им. А.С. Попова»,
2. «МАГНОЛИЯ» производства АО АПЗ «РОТОР»,
3. «АЛМАГ-01» производства АО «ЕПЗ»

В связи с чем, признать спорный дизайн широко используемым, и обусловленным функциональным назначением, не представляется возможным. Указанный вывод Комиссии не опровергается предоставленным ответчиком в материалы дела Заключением № 79-2022 от 23.09.2022, подготовленным по результатам

социологического опроса, проведенного лабораторией социологической экспертизы Института социологии ФНИСЦ РАН.

Тем самым, Комиссия признает факт незаконного использования АО АПЗ «Ротор» дизайна аппарата «Алмаг-01», являющегося объектом авторского права, исключительные права на который принадлежат АО «ЕПЗ», при производстве аппарата «Магнолия». При этом, Комиссия отмечает, что незаконное использование АО АПЗ «Ротор» произведения дизайна выражается его в незаконной переработке и воспроизведении.

Договорные отношения между заявителем и ответчиком по поводу использования произведения дизайна отсутствуют.

Согласно статье 1465 ГК РФ секретом производства (ноу-хау) признаются сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие) о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере и о способах осуществления профессиональной деятельности, имеющие действительную или потенциальную коммерческую ценность вследствие неизвестности их третьим лицам, если к таким сведениям у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и обладатель таких сведений принимает разумные меры для соблюдения их конфиденциальности, в том числе путем введения режима коммерческой тайны.

Для производства аппарата «Алмаг-01», как следует из материалов дела, используются конструктивные решения: топология печатной платы электронного блока, конструкция катушек блока излучателей, топология печатной платы катушек блока излучателей, разработанные сотрудниками АО «ЕПЗ», что подтверждено соответствующими чертежами.

Данные конструктивные решения входят в состав конструкторской документации на аппарат «Алмаг-01» и являются, как указывает заявитель, уникальными, в силу статьей 1465, 1470 ГК РФ представляют собой секрет производства, исключительное право на который принадлежит АО «ЕПЗ».

В силу статьи 1466 ГК РФ обладателю секрета производства принадлежит исключительное право использования его в соответствии со статьей 1229 настоящего Кодекса любым не противоречащим закону способом (исключительное право на секрет производства), в том числе при изготовлении изделий и реализации экономических и организационных решений. Обладатель секрета производства может распоряжаться указанным исключительным правом. Лицо, ставшее добросовестно и независимо от других обладателей секрета производства обладателем сведений, составляющих содержание охраняемого секрета производства, приобретает самостоятельное исключительное право на этот секрет производства.

Согласно статье 1467 ГК РФ, исключительное право на секрет производства действует до тех пор, пока сохраняется конфиденциальность сведений, составляющих его содержание. С момента утраты конфиденциальности соответствующих сведений исключительное право на секрет производства прекращается у всех правообладателей.

Вместе с тем, согласно пункту 144 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от

23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», в силу пункта 1 статьи 1465 ГК РФ (в редакции Федерального закона № 35-ФЗ) с 1 октября 2014 года сохранение конфиденциальности сведений именно путем введения режима коммерческой тайны не является обязательным.

Специалистами АО «ЕПЗ» для проверки копирования технической составляющей было проведено исследование и установлено, что в конструкции аппарата «Магнолия» используются конструктивные решения аппарата «Алмаг-01» (отчет от 28.04.2022 № 1891.29 в материалы дела представлен).

АО «ЕПЗ» указывает, что не предоставляло АО АПЗ «Ротор» право на использование секрета производства аппарата «Алмаг-01».

Проведенная в рамках дела № 022/01/14.6-281/2022 техническая экспертиза, с результатами которой стороны ознакомлены (Экспертное заключение № 5/2023 от 11.05.2023), показала, что:

- технические конструкции изделий полностью совпадают. Различия заключаются исключительно в размерах и формах корпусов блока управления;
- печатные платы обоих устройств идентичны, включая номера разработки в САПР;
- каркасы катушек индукторов и способ намотки полностью идентичны. Обе обмотки выполнены проводом ПЭТВ2-03мм, намотка в ряд – 25 рядов;
- электрические принципиальные схемы идентичны;
- длительность работы устройств одинакова и составляет 22 минуты, осциллограммы сигналов идентичны, значения: длительность импульса 2 мс, частота 6,25 Гц; данные признаки говорят об идентичности алгоритмов работы микроконтроллеров (которые задаются программой микроконтроллера) анализируемых аппаратов;
- считать прошивку PIC-контроллера полностью не представляется возможным, вследствие активированного флага бита защиты кристалла в обоих устройствах, однако было осуществлено частичное считывание кода программы устройств «Алмаг-01» и «Магнолия», которое показало полное совпадение считанного кода программ данных устройств.

Таким образом, основные (сущностные) характеристики изделия – аппарат магнитотерапевтический «Алмаг-01» идентичны основным (сущностным) характеристикам изделия аппарата магнитотерапевтического «Магнолия».

На вопрос: «Составляют ли элементы конструкции и особенности технологии изготовления изделия – аппарата «Алмаг-01» секреты (тайну) производства, которые не могут быть определены в готовом изделии?» эксперты ответили (стр. 27 заключения) следующее: «Экспертами было установлено наличие защиты на микроконтроллере блока управления аппарата «Алмаг-01», в связи с чем, получить законными методами код программы из данного готового изделия невозможно, что говорит о наличии секрета производства».

На вопрос: «Имеется ли в изделии – аппарате «Магнолия» секрет производства аппарата «Алмаг-01» либо указанные в описании АО «ЕПЗ» технические решения

изделия в их совокупности являются общеизвестными и широко применяются в аналогичных изделиях других производителей?» экспертами дан ответ: «В процессе проведения исследования экспертами наблюдается абсолютное копирование технического, в том числе программного исполнения устройства «Алмаг-01» в изделии «Магнолия». В связи с этим, предполагается утечка технической документации и прошивки микроконтроллера либо взлом защиты и считывание программы микроконтроллера при помощи специальных аппаратных и программных средств. Учитывая идентичность работы устройств, совпадение по крайней мере части кода программного обеспечения аппаратов и отсутствие возможности скопировать код программы из готового изделия «Алмаг-01», экспертами сделан вывод о наличии в аппарате «Магнолия» секрета производства аппарата «Алмаг-01». Прочие конструктивные особенности аппарата «Алмаг-01» могут быть воспроизведены при наличии инженерно-технических знаний и навыков. В силу творческого характера конструкторской деятельности в аналогичных изделиях не могут содержаться идентичные технические (конструктивные и программные) решения, тем более, что программу аппарата «Алмаг-01» извлечь законными методами из готового изделия невозможно.

В заседании Комиссии эксперт пояснил, что устройство имеет микроконтроллер, у которого программа защищена от копирования; в ходе исследования часть этой программы скопировать удалось, та часть, которая стала доступна, она полностью идентична в обоих изделиях; о закрытой части, её идентичности, можно судить по алгоритму работы устройств, который также совпадает.

Комиссией установлено, что информация, составляющая секрет производства, не опубликована на сайте АО «ЕПЗ», не содержится в рекламных каталогах, а также в Технических условиях, то есть в открытых источниках не опубликована. Все вышеперечисленные, а также иные открытые источники, содержат лишь общую информацию о технических характеристиках и возможной комплектности. В них отсутствует также какая-либо информация относительно конкретных конструкторских решений и технологии изготовления.

АО «ЕПЗ» в качестве доказательств принадлежности ему исключительного права на секрет производства - код программы аппарата «Алмаг-01» указано следующее. На служебном компьютере главного конструктора АО «ЕПЗ» <...> в директории F:\ALMAG_PR\ПО для архива/Алмаг-01/ПО/Россия располагаются в частности следующие файлы:

- 1) 10_0101.asm дата изменения: 29.07.2010 – файл с исходным кодом программы аппарата «Алмаг-01»;
- 2) 10_0101.HEX дата изменения: 29.07.2010 – файл с кодом, который используется непосредственно для программирования микроконтроллера.

При открытии файла 10_0101.HEX, указывает Общество, видно, что программный код совпадает с тем, который указан в экспертном заключении ИП <...> от 11.05.2023 № 5/2023 (стр. 43). При этом, исходный код (файл 10_0101.asm), который затем был скомпилирован в программный код (файл 10_0101.HEX), был написан <...>, который на тот момент являлся ведущим инженером АО «ЕПЗ», что входило в его должностные обязанности. Поскольку в трудовые обязанности <...> входила разработка программного обеспечения для магнитотерапевтических аппаратов,

исключительные права на программу для аппарата «Алмаг-01» принадлежат АО «ЕПЗ», как работодателю.

АО «ЕПЗ» в доказательство предоставлены пояснения <...>, заверенная таблица со скриншотами со служебного компьютера <...>, копия трудовой книжки, должностной инструкции.

Указанные сведения и документы Комиссией к материалам дела приобщены.

Ответчику в удовлетворении ходатайства о не приобщении данных документов и сведений по мотивам позднего предоставления отказано, поскольку в соответствии со статьей 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.

Из материалов дела следует, что дополнительные пояснения АО «ЕПЗ» направлены заявителем в адрес представителя АО АПЗ «Ротор» посредством электронной связи 21 июля 2023 в 08:49 мск., заседание Комиссии состоялось 24 июля 2023 года 12:00 мск., что свидетельствует о наличии у АО АПЗ «Ротор» достаточного времени для предоставления возражений относительно предоставленных сведений.

С учетом изложенного, Комиссия приходит к выводу об использовании АО АПЗ «Ротор» при введении в оборот, в частности при производстве, аппаратов «Магнолия» секрета производства, принадлежащего АО «ЕПЗ», наличие которого в аппарате обусловлено наличием защитных механизмов на микроконтроллере, не позволяющих осуществить считывание программы, а сравнение частей кодов изделий в совокупности с анализом работы устройств говорит о его воспроизведении в аппарате.

Отказывая АО АПЗ «Ротор» в удовлетворении ходатайства об отложении рассмотрения дела для подготовки рецензии на Экспертное заключение №5/2023 от 11.05.2023, Комиссия исходила из того, что ознакомление с Экспертным заключением было осуществлено представителем ответчика 20 июня 2023 года (определение о возобновлении рассмотрения дела вынесено 14 июня 2023 года и направлено сторонам), рассмотрение дела назначено на 04 июля 2023 года, что объективно позволяло сформировать ответчику правовую позицию с учетом экспертного заключения, в том числе совершить действия, направленные на подготовку рецензии на заключение эксперта.

Более того, Комиссия считает, что рецензия на заключение эксперта имеет целью оценку выводов эксперта и не является документом, содержащим выводы по результату проведенной экспертизы, из которого в совокупности с иными доказательствами по делу можно установить наличие либо отсутствие признаков нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых Комиссией действиях.

Комиссия относится критически к доводам АО АПЗ «Ротор» о нарушении требований пункта 3.13 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства, утвержденного приказом ФАС России от 25.05.2012 № 339

(далее – Административный регламент).

Согласно пункту 3.13 Административного регламента, заявление, материалы, указывающие на то, что нарушение антимонопольного законодательства совершено на территории двух и более субъектов Российской Федерации, направляются соответствующими территориальными органами в ФАС России для решения вопроса о рассмотрении этого заявления, материалов, уведомив об этом заявителя.

Из данного пункта Административного регламента следует, что направление в ФАС России заявления и материалов обусловлено совершением нарушения антимонопольного законодательства на территории двух или более субъектов Российской Федерации.

Вместе с тем, исходя из взаимосвязи положений статьи 14.5 Закона о защите конкуренции и части 2 статьи 14.33 КоАП РФ, в соответствии с которой наступает административная ответственность за недобросовестную конкуренцию, выразившуюся во введении в оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности, с учетом пункта 17 Постановления Пленума ВАС РФ от 17.02.2011 № 11 «О некоторых вопросах применения Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ)» на предмет наличия признаков недобросовестной конкуренции, выразившейся во введении в оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности, могут быть рассмотрены только действия лица, которое первым ввело в гражданский оборот спорный товар (производитель, импортер).

Производство аппаратов «Магнолия» в спорном дизайне и с использованием секретов производства осуществляется на территории Алтайского края, следовательно, введение в гражданский оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности осуществляется на территории края. Кроме того, производитель – АО АПЗ «Ротор», в отношении которого подано заявление, также находится на территории Алтайского края.

Согласно статье 39 Закона о защите конкуренции, дело о нарушении антимонопольного законодательства может рассматриваться антимонопольным органом по месту совершения нарушения либо по месту нахождения или месту жительства лица, в отношении которого подаются заявление или материалы. Федеральный антимонопольный орган вправе рассматривать указанное дело независимо от места совершения нарушения либо места нахождения или места жительства лица, в отношении которого подаются заявление или материалы.

С учетом изложенного, оснований для направления материалов заявления в ФАС России для разрешения вопроса о рассмотрении заявления, Алтайское краевое УФАС России не усматривало.

Тем самым, с учётом оценки всех имеющихся в деле доказательств, Комиссия Алтайского краевого УФАС России приходит к выводу о том, что аппарат магнитотерапевтический «Магнолия» производства АО АПЗ «Ротор» создан при использовании секретов производства аппарата магнитотерапевтического бегущим импульсным полем малогабаритного «Алмаг-01» производства АО «ЕПЗ», и с использованием принадлежащего АО «ЕПЗ» произведения дизайна, в

частности его незаконной переработки и воспроизведении, что является нарушением запрета на недобросовестную конкуренцию, установленного статьей 14.5 Закона о защите конкуренции.

Последствием такого поведения на рынке является возможное перераспределение потребительского спроса от производителя оригинального товара в пользу товара конкурента-нарушителя в результате, в том числе ошибочного приобретения потребителем товаров нарушителя за счет схожести дизайна.

Такие действия АО АПЗ «Ротор» направлены на получение преимуществ в предпринимательской деятельности, за счет снижения издержек на производство и продвижение своего товара на рынке, в том числе за счёт узнаваемости дизайна, действия противоречат требованиям российского законодательства, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости; причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

АО «ЕПЗ» в материалы дела предоставлены сведения о динамике продаж аппарата «Алмаг-01» с момента выхода на рынок аппарата «Магнолия», указано, что падение продаж в 2022 году относительно 2021 года составляет 52%, в денежном выражении – 20 287 080 рублей.

Вместе с тем, Комиссия отмечает, что при рассмотрении дела признаки нарушения пункта 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции в действиях АО АПЗ «Ротор» не нашли своего подтверждения в виду недоказанности факта смешения на рынке аппарата магнитотерапевтического производства АО «ЕПЗ» с аппаратом производства АО АПЗ Ротор».

Под смешением в целом следует понимать ситуацию, когда потребитель одного товара отождествляет его с товаром другого производителя, либо допускает, несмотря на имеющиеся отличия, вероятность производства указанных товаров одним лицом. Комиссия отмечает, что смешение, влекущее возможность приобрести один товар вместо другого, является вероятностным фактором оборота товара на рынке, где выбор его осуществляется самостоятельно потребителем по ряду субъективных критериев, связанных с визуальной идентификацией товара и допускающих ошибку с учетом остроты зрения потребителя, имеющегося/затраченного на выбор конкретной упаковки товара времени и т.п. В большинстве случаев приемы копирования (имитации) используются в товарах повседневного спроса (продукты питания, товары хозяйственного и бытового назначения), поскольку именно такие товары потребитель обычно покупает часто, без раздумий и с минимальными усилиями на их сравнение между собой, в связи с чем не склонен проявлять повышенную степени внимательности и осмотрительности, затрачивает на их выбор минимальное время и приобретает в основном по привычке, основываясь на предыдущем опыте покупки и руководствуясь уже имеющимся впечатлением от внешнего вида товара.

Тем самым, поскольку категория товаров – аппараты магнитотерапии не относятся к категории товаров повседневного использования, а их приобретение потребителем обусловлено медицинскими показаниями, то и к выбору данных

изделий потребитель будет относиться более внимательно, что в совокупности с имеющимися на изделиях и их упаковках средствами индивидуализации товаров и их изготовителей, исключает вероятность смешения на рынке.

Руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1-4 статьи 41, частью 1 статьи 49, статьей 50 Федерального закона «О защите конкуренции», Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать действия АО «Алтайский приборостроительный завод «Ротор», 656906, Алтайский край, г.Барнаул, связанные с введением в гражданский оборот аппаратов магнитотерапевтических «Магнолия» с незаконным использованием секрета производства (ноу-хау) аппарата магнитотерапевтического бегущим импульсным полем малогабаритного «Алмаг-01» и произведения дизайна, принадлежащих АО «Елатомский приборный завод», актом недобросовестной конкуренции, запрет которой установлен статьей 14.5 Федерального закона «О защите конкуренции».

2. Выдать АО «Алтайский приборостроительный завод «Ротор», 656906, Алтайский край, г.Барнаул, предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.

Решение и предписание могут быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его принятия, а также в коллегиальный орган ФАС России.

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии <...>