

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «25» мая 2023 года.

В полном объеме решение изготовлено «01» июня 2023 года.

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы – Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее – Апелляционная коллегия) в составе: председателя Апелляционной коллегии: <...> – <...>; заместителя председателя Апелляционной коллегии: <...> – <...>; членов Апелляционной коллегии: <...> – <...>; <...> – <...>; <...> – <...>, при участии: представителя общества с ограниченной ответственностью «Топган» (далее – ООО «Топган»): <...> (по доверенности); представителя общества с ограниченной ответственностью «Клаборг Групп» (далее – ООО «Клаборг Групп»): <...> (по доверенности); представителей Санкт-Петербургского УФАС России: <...> – <...>, <...> – <...>, <...> – <...>.

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу ООО «Топган» на решение и предписание Санкт-Петербургского УФАС России от 08.02.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 078/01/14.1-1249/2022 (далее – Жалоба) (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

руководствуясь частью 10 статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В ФАС России в порядке статьи 23 Закона о защите конкуренции поступила жалоба ООО «Топган» на решение и предписание Санкт-Петербургского УФАС России от 08.02.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 078/01/14.1-1249/2022 (далее – Решение, Предписание, Дело).

Решением Санкт-Петербургского УФАС России ООО «Топган» признано нарушившим статью 14¹ Закона о защите конкуренции в части размещения на видеоплатформе «Youtube» видео, содержащего дискредитирующую информацию о деятельности ООО «Клаборг Групп» и качестве его услуг. ООО «Топган» выдано предписание.

ООО «Топган» с вынесенным Решением и Предписанием не согласно, считает, что Решение и Предписание нарушают единообразие применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства и просит их отменить.

В частности, в Жалобе указывается следующее:

– ООО «Топган» не является субъектом, способным исполнить Предписание, не должно нести ответственность за действия иного лица. Спорный видеоролик размещён на канале «<...>», не принадлежащем ООО «Топган», при этом то обстоятельство, что <...> является генеральным директором ООО «Топган», не означает, что ответственность должно нести юридическое лицо, которое в данном случае не имеет отношения к каналу;

– Санкт-Петербургским УФАС России анализировались сведения не на несоответствие их действительности, а только на эмоциональную подачу. При этом видеоролик не содержал ложной информации – <...> дублировал информацию, озвучиваемую ООО «Клаборг Групп» в интервью;

– на момент рассмотрения Дела и дату подачи Жалобы ООО «Топган» не являлся правообладателем товарных знаков и бренда TOPGUN, поскольку 01.02.2022 произошло отчуждение товарных знаков третьему лицу. Следовательно, <...> не является лицом, конкурирующим с ООО «Клаборг Групп».

В ходе рассмотрения Жалобы установлено следующее.

В адрес Санкт-Петербургского УФАС России поступило заявление ООО «Клаборг Групп» на действия ООО «Топган», выразившиеся в недобросовестной конкуренции.

Как следует из заявления, 01.08.2021 на видео-платформе «Youtube» на канале <...> было размещено видео, которое согласно лингвистическому исследованию № 0219-01/22 содержит в том числе признаки применения речевой и невербальной стратегии дискредитации в отношении бренда «Vorodach» (ссылка: <https://yandex.ru/video/preview/14230290919528465373>).

04.08.2022 Санкт-Петербургским УФАС России ООО «Топган» выдано предупреждение. В связи с его невыполнением в установленный срок Санкт-Петербургским УФАС России возбуждено Дело.

Санкт-Петербургским УФАС России ООО «Топган» признано нарушившим статью 14¹ Закона о защите конкуренции. В частности, в Решении указано:

– <...> (генеральный директор ООО «Топган») и ООО «Топган» входят в одну группу лиц на основании части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции. По мнению Санкт-Петербургского УФАС России, с учетом наличия конкурентных отношений между ООО «Топган» и ООО «Клаборг Групп» на момент опубликования видео <...> не может заявлять, что данный ролик и заявленная в нем информация является его частным мнением;

– действия ООО «Топган» могут вызвать перераспределение спроса на рынке предоставления франшиз по оказанию услуг барбершопов в географических границах Санкт-Петербурга;

– весь видеоролик содержит отрицательную коннотацию бренда ООО «Клаборг Групп», Санкт-Петербургским УФАС России отдельно выделены фразы, которые носят наиболее негативный характер;

– к недостоверным сведениям относится не только ложная, но и неточная и искажённая информация;

– на момент публикации спорного видео все исключительные права на товарные знаки с обозначением «ТОРГUN» принадлежали ООО «Топган».

По результатам рассмотрения жалобы ООО «Топган» на решение и предписание Санкт-Петербургского УФАС России от 08.02.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 078/01/14.1-1249/2022 Апелляционная коллегия установила следующее.

Российская Федерация является участником Парижской конвенции по охране промышленной собственности, статья 10.bis которой возлагает на страны - участницы обязанность обеспечить гражданам стран, участвующих в союзе, эффективную защиту от недобросовестной конкуренции.

В соответствии со статьей 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности подлежат запрету ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, способные дискредитировать предприятие, продукты или промышленную или торговую деятельность конкурента.

Согласно пункту 7 статьи 4 Закона о защите конкуренции конкуренция – это 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.

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).

Таким образом, 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 добропорядочности, разумности и справедливости;
- причинение или способность причинения указанными действиями убытков другому хозяйствующему субъекту - конкуренту, либо нанесения ущерба его деловой репутации.

Недоказанность хотя бы одного из вышеперечисленных признаков влечет невозможность признания действий хозяйствующего субъекта актом

недобросовестной конкуренции.

Кроме того, из положений пункта 30 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» (далее – Постановление Пленума № 2) следует, что при рассмотрении спора о нарушении запрета недобросовестной конкуренции должны быть установлены в совокупности:

- факт осуществления хозяйствующим субъектом действий, способных оказать влияние на состояние конкуренции;
- отличие избранного хозяйствующим субъектом способа конкуренции на рынке от поведения, которое в подобной ситуации ожидалось бы от любого субъекта, преследующего свой имущественный интерес, но не выходящего за пределы осуществления гражданских прав и честной деловой практики;
- направленность поведения хозяйствующего субъекта на получение преимущества, в частности имущественной выгоды или возможности ее извлечения, при осуществлении экономической деятельности за счет иных участников рынка, в том числе посредством оказания влияния на выбор покупателей (потребителей), на возможность иных хозяйствующих субъектов, конкурирующих добросовестно, извлекать преимущество из предложения товаров на рынке, на причинение вреда хозяйствующим субъектам-конкурентам иными подобными способами (например, в результате использования (умаления) чужой деловой репутации).

С учетом изложенного, для доказывания факта недобросовестной конкуренции необходимо выявление как специальных признаков, определенных нормами статей 14¹ – 14⁷ Закона о защите конкуренции, так и общих признаков недобросовестной конкуренции, предусмотренных пунктом 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции и статьей 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности.

Согласно статье 14¹ Закона о защите конкуренции не допускается недобросовестная конкуренция путем дискредитации, то есть распространения ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту и (или) нанести ущерб его деловой репутации, в том числе в отношении: качества и потребительских свойств товара, предлагаемого к продаже другим хозяйствующим субъектом-конкурентом, назначения такого товара, способов и условий его изготовления или применения, результатов, ожидаемых от использования такого товара, его пригодности для определенных целей; количества товара, предлагаемого к продаже другим хозяйствующим субъектом-конкурентом, наличия такого товара на рынке, возможности его приобретения на определенных условиях, фактического размера спроса на такой товар; условий, на которых предлагается к продаже товар другим хозяйствующим субъектом-конкурентом, в частности цены товара.

Дискредитация имеет своей целью подрыв доверия клиентуры (потребителей или иных контрагентов) к конкуренту или его продукции и привлечение потребителей к собственной продукции путем распространения ненадлежащей информации, в число которой входит и неполная информация о конкуренте, его товарах и услугах (аналогичная позиция изложена в письме ФАС России от 24.12.2015 № ИА/74666/15 «О применении «четвертого антимонопольного пакета»).

При применении данной нормы следует исходить из того, что не всякое распространение не соответствующих действительности сведений, дискредитирующих другой хозяйствующий субъект, может быть признано актом недобросовестной конкуренции, а лишь такое, которое непосредственно способно оказать влияние на конкуренцию, то есть предоставить лицу, распространившему информацию, преимущества над конкурентами и причинить им вред.

Результатом данного проявления недобросовестной конкуренции является уход потребителей от конкурента к другим хозяйствующим субъектам, при этом не обязательно в полном объеме к лицу, распространившему порочащую информацию. Следовательно, в данном случае преимущества выражаются в притоке новых потребителей.

При квалификации действий на основании данной нормы закона установлению и доказыванию подлежат:

- факт распространения информации,
- ее недостоверность (ложность, неточность, искаженность);
- причинение или возможность причинения вреда (ущерба деловой репутации).

Под распространением сведений, порочащих честь и достоинство граждан или деловую репутацию граждан и юридических лиц, следует понимать опубликование таких сведений в печати, трансляцию по радио и телевидению, демонстрацию в кинохроникальных программах и других средствах массовой информации, распространение в сети Интернет. Не соответствующими действительности сведениями являются утверждения о фактах или событиях, которые не имели места в реальности во время, к которому относятся оспариваемые сведения.

Ложность означает полное несоответствие информации действительному положению дел.

Искаженность – интерпретация хозяйствующим субъектом информации о существующем или состоявшемся факте, действии, событии применительно к хозяйствующему субъекту – конкуренту в такой форме, которая приведет к ее неверному, негативному восприятию третьими лицами, включая потребителей.

Неточность – это распространение хозяйствующим субъектом информации о хозяйствующем субъекте – конкуренте не в полном объеме, что не позволяет всесторонне ее воспринять, получить исчерпывающе верное представление об излагаемых факте, действии или событии применительно к данному хозяйствующему субъекту.

При оценке информации по статье 14¹ Закона о защите конкуренции допустимо по аналогии применять положения судебной практики по защите чести, достоинства и деловой репутации.

В пункте 7 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 3 от 24.02.2005 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» (далее — постановление Пленума № 7) (с учетом позиций, изложенных в Обзоре практики рассмотрения

судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации, утвержденном Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.03.2016) указывается, что порочащими являются сведения, содержащие утверждения о нарушении гражданином или юридическим лицом действующего законодательства, совершении нечестного поступка, неправильном, неэтичном поведении в личной, общественной или политической жизни, недобросовестности при осуществлении производственно-хозяйственной и предпринимательской деятельности, нарушении деловой этики или обычаев делового оборота, которые умаляют честь и достоинство гражданина или деловую репутацию гражданина либо юридического лица. Право граждан на защиту чести, достоинства и деловой репутации является их конституционным правом, а деловая репутация юридических лиц – одним из условий их успешной деятельности (пункт 1 постановления Пленума № 7).

Апелляционная коллегия обращает внимание, что в рассматриваемом случае применения публично-правовых запретов для антимонопольного органа недопустимо использование презумпции статьи 152 ГК РФ, в соответствии с которой сведения, наносящие ущерб чести, достоинству и деловой репутации считаются ложными, если лицо, их распространившее, не докажет обратное. В силу презумпции невиновности лица, в отношении которого ведется производство, могущее повлечь административную ответственность, обязанность доказать несоответствие действительности распространенных сведений как основание принятия решения возложена на антимонопольный орган (аналогичная позиция изложена в письме ФАС России от 28.06.2018 № АД/48621/18 «О применении статьи 14.1 Федерального закона «О защите конкуренции»).

При этом согласно статье 41 Закона о защите конкуренции по окончании рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства комиссией антимонопольного органа по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в решении по делу о нарушении антимонопольного законодательства указываются фактические и иные обстоятельства дела, установленные комиссией, в том числе обстоятельства, установленные в ходе проведенного антимонопольным органом анализа состояния конкуренции, также доказательства, на которых основаны выводы комиссии об обстоятельствах дела и доводы в пользу принятого решения, мотивы, по которым комиссия отвергла те или иные доказательства, приняла или отклонила приведенные в обоснование своих требований и возражений доводы лиц, участвующих в деле.

По мнению Апелляционной коллегии, Санкт-Петербургским УФАС России не установлены и в тексте Решения не отражены все обстоятельства для квалификации действий ООО «Топган» как нарушающие статью 14¹ Закона о защите конкуренции.

Комиссией Санкт-Петербургского УФАС России не дается оценка всех доводов ООО «Топган», достоверность приведенных в ролике фраз и утверждений, относящихся к ООО «Клаборг групп» и (или) его товару, Комиссией Санкт-Петербургского УФАС России не проверялась. Между тем исходя из положений Закона о защите конкуренции сам по себе «негативный характер» информации не может свидетельствовать о наличии признаков дискредитации. Наличие в приведенных (и иных) фразах в ролике утверждений, относящихся к заявителю и (или) его товару, не проверялось.

Комиссией Санкт-Петербургского УФАС России не отражено, какие именно фактические верифицируемые сведения в ролике не соответствуют действительности, а также в каких фразах содержится «сравнение бренда «ТОРГАН» с конкурентами, содержащее лексемы и выражения, создающие впечатление о превосходстве без указания точных параметров сравнения». При этом содержащиеся в Решении выводы Санкт-Петербургского УФАС России, в частности, о наличии в ролике «отрицательной коннотации бренда «Vorodach», не относятся к установлению необходимых признаков нарушения запрета, предусмотренного статьей 14¹ Закона о защите конкуренции, так как не свидетельствуют о наличии факта распространения ложных, неполных или неточных сведений о конкуренте.

Между тем необходимость доказывания достоверности/недостоверности сведений для квалификации действий субъекта как нарушающих положения статьи 14¹ Закона о защите конкуренции подтверждается судебной практикой (определение Верховного Суда Российской Федерации от 02.03.2022 № 304-ЭС22-324 по делу № А03-17156/2020, постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28.10.2021 № Ф04-6110/2021 по делу № А03-4332/2021, постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 27.10.2022 № Ф01-5658/2022 по делу № А82-10650/2021).

Апелляционная коллегия обращает внимание, что само по себе наличие конкурентных отношений не подтверждает вероятность перераспределения потребительского спроса от ООО «Клаборг групп» к ООО «Топган» в результате распространения спорных сведений. В тексте Решения вывод Комиссии Санкт-Петербургского УФАС России о наличии такой угрозы мотивирован исключительно размещением в ролике товарного знака ООО «Клаборг групп», однако обстоятельства восприятия данного обозначения в совокупности с информацией, распространенной ООО «Топган», не анализируются.

Указанные обстоятельства не позволяют Апелляционной коллегии прийти к выводу, что Санкт-Петербургское УФАС России при принятии Решения установило все признаки нарушения статьи 14¹ Закона о защите конкуренции.

С учетом изложенного содержащийся в резолютивной части Решения вывод об установлении в действиях ООО «Топган» нарушения статьи 14¹ Закона о защите конкуренции, выразившегося в размещении на видео-платформе «Youtube» видео, которое содержит дискредитирующую информацию о деятельности ООО «Клаборг групп» и качестве его услуг, не может быть признан обоснованным и соответствующим требованиям Закона о защите конкуренции к процедуре рассмотрения дела и вынесения решения Комиссией антимонопольного органа.

Кроме того, в отсутствие выявления и надлежащего анализа Комиссией Санкт-Петербургского УФАС России конкретных дискредитирующих сведений, распространение которых осуществлено ООО «Топган», выданное по рассмотренному делу Предписание также не может быть признано соответствующим требованиям антимонопольного законодательства.

Апелляционная коллегия отмечает, что в Решении содержатся противоречивые сведения о географических границах товарного рынка.

Согласно пункту 1.4.3 Правил передачи антимонопольным органом заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства на рассмотрение в другой антимонопольный орган, утвержденных приказом ФАС России от 01.08.2007 № 244 (далее – Правила № 244), если в ходе рассмотрения заявления, материалов или в ходе рассмотрения дела будет установлено, что нарушение антимонопольного законодательства совершено на территории деятельности двух и более территориальных органов, тогда заявление, материалы, дело направляются соответствующими территориальными органами в ФАС России для решения вопроса о рассмотрении этого заявления, материалов, дела.

На необходимость получения полномочий территориальным органом ФАС России при рассмотрении дела в отношении субъекта, действующего на территории двух и более субъектов Российской Федерации, указано в том числе в решении ФАС России по делу № 08/01/14.6-76/2022 (исх. № 08/15247/23 от 03.03.2023), решении Апелляционной коллегии ФАС России по делу № 001/01/14.6-57/2021 (исх. № СП/60419/21 от 20.07.2021).

С учетом информации, приведенной участниками рассмотрения Жалобы в рамках её рассмотрения на заседании Апелляционной коллегии, ООО «Топган» и ООО «Клаборг групп» осуществляют деятельность в географических границах Российской Федерации.

В то же время в материалах Дела отсутствуют доказательства того, что Комиссией Санкт-Петербургского УФАС России было подано в ФАС России ходатайство о наделении полномочиями по рассмотрению данного дела в порядке, предусмотренном Правилами № 244.

Таким образом, у Комиссии Санкт-Петербургского УФАС России отсутствовали полномочия на рассмотрение Дела.

На основании изложенного Апелляционная коллегия приходит к выводу о недостаточном исследовании Санкт-Петербургским УФАС России всех обстоятельств, имеющих в материалах Дела, для установления наличия или отсутствия в действиях ООО «Топган» нарушения антимонопольного законодательства.

Основанием для отмены решения территориального антимонопольного органа является в том числе неполное исследование территориальным органом обстоятельств дела и имеющих в нем доказательств (решение Апелляционной коллегии ФАС России от 26.10.2017 № СП/73927/17, решение Президиума ФАС России от 17.11.2017 № 17-15-1/6).

Если решения приняты по неполно исследованным обстоятельствам, имеющим существенное значение для правильного рассмотрения дела, они подлежат отмене с направлением дела на новое рассмотрение (например, постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 05.03.2013 по делу № А63-6158/2011, постановление ФАС Дальневосточного округа от 18.07.2014 № Ф03-2772/2014 по делу № А51-23833/2013, постановление Арбитражного суда Центрального округа от 19.10.2020 № Ф10-744/2020 по делу № А35-6841/2018).

Согласно пункту 49 Постановления Пленума № 2 принятие коллегиальным органом

на основании части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции решения об отмене решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа (в том числе ввиду нарушения единообразия в применении положений законодательства, определяющих компетенцию территориальных антимонопольных органов по рассмотрению конкретных дел) не исключает возможность возобновления рассмотрения дела соответствующим антимонопольным органом, если отсутствуют основания для прекращения рассмотрения дела в соответствии со статьей 48 Закона о защите конкуренции.

Согласно части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа коллегиальный орган вправе в том числе отменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа.

С учетом изложенного Апелляционная коллегия, изучив материалы Дела, приходит к выводу о том, что решение и предписание Санкт-Петербургского УФАС России от 08.02.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 078/01/14.1-1249/2022 нарушают единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства и подлежат отмене с направлением материалов дела № 078/01/14.1-1249/2022 на новое рассмотрение в Санкт-Петербургское УФАС России.

Апелляционная коллегия обращает внимание, что при новом рассмотрении Дела Комиссии Санкт-Петербургского УФАС России необходимо соблюсти требования Правил № 244.

На основании изложенного, руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия

РЕШИЛА:

1. Отменить решение и предписание Санкт-Петербургского УФАС России от 08.02.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 078/01/14.1-1249/2022;
2. Направить материалы дела № 078/01/14.1-1249/2022 о нарушении антимонопольного законодательства на новое рассмотрение в Санкт-Петербургское УФАС России.

Председатель
Апелляционной коллегии:

_____ <...>

Заместитель председателя Апелляционной коллегии:

Члены

_____ <...>

Апелляционной коллегии:

_____ <...>

_____ <...>

Согласно части 15 статьи 23 Закона о защите конкуренции решение коллегиального органа, принятое по результатам пересмотра решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, вступает в силу с момента его размещения на официальном сайте федерального антимонопольного органа в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

В соответствии с частью 1.1 статьи 52 Закона о защите конкуренции решение по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд в течение одного месяца с момента вступления в силу решения коллегиального органа федерального антимонопольного органа.