

## РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «26» мая 2023 года.

В полном объеме решение изготовлено «02» 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: представителей акционерного общества «АБ ИнБев Эфес» (далее – АО «АБ ИнБев Эфес»): <...> (по доверенности), <...> (по доверенности), <...> (по доверенности); представителя общества с ограниченной ответственностью «Частная пивоварня «Афанасий» (далее – ООО «Частная пивоварня «Афанасий»): <...> (по доверенности); представителя Тверского УФАС России: <...> – заместителя начальника отдела антимонопольного контроля Тверского УФАС России,

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу АО «АБ ИнБев Эфес» на решение Тверского УФАС России от 17.02.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 069/01/14.6-239/2022 (далее – Жалоба) (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено на официальном сайте ФАС России [www.fas.gov.ru](http://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 АО «АБ ИнБев Эфес» (далее также – Заявитель) на решение Тверского УФАС России от 17.02.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 069/01/14.6-239/2022 (далее – Решение, Дело).

Решением Тверского УФАС России было прекращено рассмотрение Дела в отношении ООО «Частная пивоварня «Афанасий» в связи с отсутствием нарушения пунктов 1 и 2 статьи 14<sup>6</sup> Закона о защите конкуренции в рассматриваемых действиях.

АО «АБ ИнБев Эфес» с вынесенным Решением не согласно, считает, что Решение нарушает единообразие применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства и просит его отменить.

В частности, в Жалобе указывается следующее:

- выводы Комиссии Тверского УФАС России основаны исключительно на сравнении отдельных элементов (поворот животного, естественный или сказочный образ), а не на анализе общего восприятия;

- Комиссия Тверского УФАС России не провела анализ того, могут ли действия ООО «Частная пивоварня «Афанасий» привести к получению им необоснованных преимуществ и причинить убытки Заявителю. При этом Комиссией Тверского УФАС России не проанализированы данные агентства Nielsen;

- согласно опросу ВЦИОМ потребители не воспринимают надпись «Тверской козел» и соответствующее изображение козла как региональный символ;

- в Решении по делу, возбужденному по признакам нарушения пунктов 1 и 2 статьи 14<sup>б</sup> Закона о защите конкуренции, отсутствует оценка действий ООО «Частная пивоварня «Афанасий» на предмет нарушения пункта 1 статьи 14<sup>б</sup> Закона о защите конкуренции.

### **В ходе рассмотрения Жалобы установлено следующее.**

В адрес Тверского УФАС России поступило заявление АО «АБ ИнБев Эфес» о наличии в действиях ООО «Частная пивоварня «Афанасий» признаков нарушения пунктов 1 и 2 статьи 14<sup>б</sup> Закона о защите конкуренции в связи с использованием на упаковке пивной продукции и в предпринимательской деятельности обозначения «Тверской Козел» и изображения козла, сходных с товарным знаком Российской Федерации «Велкопоповицкий Козел» (свидетельство № 266449) и товарными знаками по международным регистрациям «Velkoropovicky Kozel» (№ 765301), «KOZEL» (№ 1006044), (№ 1020421), (№ 774580) Заявителя.

По мнению Заявителя, действия ООО «Частная пивоварня «Афанасий» по использованию на упаковке пивной продукции изображений со словесным обозначением «Тверской Козел», являясь актом недобросовестной конкуренции, позволили последнему получить значительные преимущества при осуществлении предпринимательской деятельности в виде увеличения объема продаж пивной продукции.

Тверским УФАС России в отношении ООО «Частная пивоварня «Афанасий» возбуждено дело № 069/01/14.6-239/2022 по признакам нарушения пунктов 1 и 2 статьи 14<sup>б</sup> Закона о защите конкуренции.

Комиссией Тверского УФАС России установлено, что АО «АБ ИнБев Эфес» осуществляет использование на территории Российской Федерации товарных знаков PlzenskyPrazdroi, as (чешская пивоваренная компания) на основании лицензионного соглашения.

АО «АБ ИнБев Эфес» около 20 лет производит и реализует на территории Российской Федерации продукцию (пиво) под товарными знаками (№№ 266449, 765301, 1006044, 1020421, 774580).

ООО «Частная пивоварня «Афанасий» производит пивную продукцию, а также иную продукцию: воду, морсы, квас, молочную продукцию, в том числе с ноября 2021 года осуществляется производство безалкогольного пивного напитка «Тверской козел» под товарным знаком Российской Федерации «NIPPEL»

(«НИППЕЛЬ») (№ 777532).

Пивная продукция АО «АБ ИнБев Эфес» представлена в стеклянных бутылках объемом 0,45 л. – 0,5 л., а пивной напиток «NIPPEL» реализуется в широкой пластиковой (ПЭТ) бутылке в форме бочонка с пластиковой крышкой и ручкой сверху (объемом 4 л.) и в узкой пластиковой (ПЭТ) бутылке с пластиковой крышкой без ручки (объемом 2 л.).

По мнению Комиссии Тверского УФАС России, размещенные на этикетках пивного напитка «NIPPEL» («НИППЕЛЬ») обозначение «Тверской козел» и изображение «козла» выполняют роль ориентира для потребителей, свидетельствующего об изготовлении данного товара тверским производителем, а также являются отсылкой к легендам о «Тверском козле». «Тверской козел» является региональным прозвищем жителей города Твери и Тверских земель, а козел с давних пор является неофициальным символом города Твери.

Из Решения следует, что на упаковке пивного напитка «NIPPEL» («НИППЕЛЬ») изображено развернутое вправо животное – козел с большими рогами и поднятыми вверх передними копытами. Указанная поза присуща данному животному в естественной среде обитания и не воспринимается сказочным персонажем. На упаковке пива «Велкопоповицкий Козел» («Velkorporovický Kozel») изображено развернутое влево неполное изображение козла с кружкой пива между задними копытами, что свидетельствует об олицетворении персонажа.

В Решении указано на отсутствие направленности действий ООО «Частная пивоварня «Афанасий» на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, поскольку они не способны привести к смешению с товаром Заявителя, а также на непредставление доказательств причинения или возможности причинения убытков АО «АБ ИнБев Эфес».

По результатам анализа материалов Дела Комиссией Тверского УФАС России прекращено рассмотрение Дела в отношении ООО «Частная пивоварня «Афанасий» в связи с отсутствием нарушения пунктов 1 и 2 статьи 14<sup>б</sup> Закона о защите конкуренции» в рассматриваемых Комиссией действиях.

**По результатам рассмотрения жалобы АО «АБ ИнБев Эфес» на решение Тверского УФАС России от 17.02.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 069/01/14.6-239/2022 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 все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности 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, согласно пункту 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) 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).

Помимо указанных признаков для каждого из составов нарушения необходимо установить специальные признаки. При рассмотрении дел об оспаривании решений антимонопольных органов необходимо доказывать как факт наличия в действиях нарушителя общих признаков недобросовестной конкуренции, так и объективной стороны конкретного состава нарушения.

Соответственно, при сборе доказательств по делам необходимо, чтобы обстоятельства, положенные в основу позиции антимонопольного органа, были надлежащим образом подтверждены документально.

С учетом изложенного, для доказывания факта недобросовестной конкуренции необходимо выявление как специальных признаков, определенных нормами статей 14<sup>1</sup> – 14<sup>7</sup> 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.

Пунктом 1 статьи 14<sup>6</sup> Закона о защите конкуренции установлен запрет на недобросовестную конкуренцию путем совершения хозяйствующим субъектом действий (бездействия), способных вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта - конкурента либо с товарами или услугами, в том числе незаконное использование обозначения, тождественного товарному знаку, фирменному наименованию, коммерческому обозначению, наименованию места происхождения товара хозяйствующего субъекта - конкурента либо сходного с ними до степени смешения, путем его размещения на товарах, этикетках, упаковках или использования иным образом в отношении товаров, которые продаются либо иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, а также путем его использования в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», включая размещение в доменном имени и при других способах адресации.

Пунктом 2 статьи 14<sup>6</sup> Закона о защите конкуренции установлен запрет на копирование или имитацию внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом-конкурентом, упаковки такого товара, его этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом (в совокупности фирменной одежды, оформления торгового зала, витрины) или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товар.

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, приведенные нормы Закона о защите конкуренции Комиссией Тверского УФАС России применены неверно. Тверским УФАС России не в полном объеме исследованы материалы Дела, в тексте Решения не содержится оценка всех доказательств, представленных АО «АБ ИнБев Эфес».

Так, в материалах Дела содержатся документы, представленные Заявителем, в подтверждение довода о создании у потребителей впечатления о связи между товаром ООО «Частная пивоварня «Афанасий» и продукцией АО «АБ ИнБев Эфес», в частности социологическое исследование АО «ВЦИОМ» от 19.01.2023 содержит мнение респондентов относительно наличия/отсутствия сходства между упаковками пива Kozel и пивных напитков «NIPPEL».

Кроме того, Комиссией Тверского УФАС России не проанализированы и не оценены сведения, представленные Федеральной службой по интеллектуальной собственности от 06.12.2022 № 41-192279-12 по запросу Комиссии Тверского УФАС России, указывающие на сходство до степени смешения обозначений, представленных на упаковках пивных напитков «NIPPEL», с товарными знаками АО «АБ ИнБев Эфес».

Апелляционная коллегия отмечает, что в Решении Тверского УФАС России не проанализированы действия ООО «Частная пивоварня «Афанасий» на предмет наличия/отсутствия нарушения пункта 2 статьи 14<sup>6</sup> Закона о защите конкуренции, по признакам которого также было возбуждено Дело, соответствующие доводы Заявителя не рассмотрены и не оценены.

Кроме того, для признания действий лица, в отношении которого подано заявление о нарушении антимонопольного законодательства, необходимо и достаточно, чтобы указанные действия содержали все необходимые признаки недобросовестной конкуренции, а именно:

- совершались хозяйствующим субъектом - конкурентом;
- были направлены на получение преимуществ в предпринимательской деятельности;
- противоречили положениям действующего законодательства, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;
- причинили или способны причинить убытки другому хозяйствующему субъекту конкуренту, либо нанести ущерб его деловой репутации.

Главой 2<sup>1</sup> Закона о защите конкуренции запрещена недобросовестная конкуренция в различных формах. Статьей 14<sup>8</sup> Закона о защите конкуренции установлен общий запрет на недобросовестную конкуренцию путем совершения действий, которые хотя и не подпадают ни под один из составов, предусмотренных статьями 14<sup>1</sup>-14<sup>7</sup> указанного закона, но соответствуют признакам недобросовестной конкуренции, установленным пунктом 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции.

При этом с учетом приведенных норм действия могут быть признаны актом недобросовестной конкуренции только в случае, если они совершены хозяйствующим субъектом, действующим на одном товарном рынке с заявителем, то есть конкурентом.

Таким образом, для установления конкурентных отношений между АО «АБ ИнБев Эфес» и ООО «Частная пивоварня «Афанасий» необходимо в том числе установить факт введения указанными лицами в гражданский оборот взаимозаменяемой продукции в границах одной территории.

Согласно пункту 3.7 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220, товары не относятся к взаимозаменяемым, если для замены товара другим товаром в процессе потребления требуется более года или в связи с заменой приобретатель товара несет значительные издержки (превышающие, как правило, 10 процентов от цены товара), и если при этом антимонопольный орган не располагает информацией о том, что такая замена имела или имеет место, а также если такая информация не представлена хозяйствующим субъектом.

Из материалов Дела следует, что товар АО «АБ ИнБев Эфес» (пиво «Велкоповицкий козел») и товар ООО «Частная пивоварня «Афанасий» (пивной напиток «Тверской козёл») являются товарами различных ценовых категорий (190 руб/л и 60-70 руб/л соответственно), что не подтверждает надлежащим образом наличие конкурентных отношений между АО «АБ ИнБев Эфес» и ООО «Частная пивоварня «Афанасий», так как различие в типе товара (пиво и пивной напиток), существенная разница в стоимости единицы товара, а также разница объемов фасовки продукции, вводимой в оборот АО «АБ ИнБев Эфес» и ООО «Частная пивоварня «Афанасий», не позволяют сделать вывод о возможности перераспределения потребительского спроса между товарами ООО «Частная пивоварня «Афанасий» и АО «АБ ИнБев Эфес».

В то же время Апелляционная коллегия отмечает, что в ряде случаев действия субъекта, связанные с использованием элементов дизайна, определенным оформлением внешнего вида товара, фирменного стиля и т. п., могут быть направлены не на создание смешения, ведущего к ошибочной покупке потребителем одного товара вместо другого, а на создание у потребителей впечатления об ассоциативной связи между продукцией двух хозяйствующих субъектов, например, принадлежности товара нарушителя к другой линейке продукции известного производителя, что является формой паразитической конкуренции, подпадающей под запрет, установленный статьей 14<sup>8</sup> Закона о защите конкуренции.

Такие действия, хотя и не затрагивают непосредственно конкурентное положение производителя копируемого товара, могут приводить к получению преимуществ перед иными участниками рынка — конкурентами нарушителя, то есть производителями продукции аналогичного типа и ценовой категории, не использующими при ее оформлении и продвижении элементы, придающие сходство либо создающие впечатление о принадлежности к товарным линейкам известного и востребованного у потребителей производителя.

Указанные производители прилагают усилия и несут затраты на формирование различительной способности оригинальных обозначений и дизайна и не

провоцируют введение в заблуждение потребителя, который полагает, что приобретает товар известного бренда/производителя и рассчитывает на получение продукции определенного качества. Такие действия влекут перераспределение спроса в пользу нарушителя от добросовестных производителей аналогичной продукции, инвестирующих в индивидуализацию и формирование потребительской лояльности собственных брендов и не использующих ошибку покупателей при выборе товаров по внешнему виду.

С учетом изложенного, квалификация Тверским УФАС России действий ООО «Частная пивоварня «Афанасий» по оформлению пивного напитка «Тверской козел» как нарушения статьи 14<sup>б</sup> Закона о защите конкуренции является ошибочной в связи с отсутствием существенного признака состава нарушения запрета на недобросовестную конкуренцию, предусмотренного статьей 14<sup>б</sup> Закона о защите конкуренции (наличия конкурентных отношений). Вместе с тем, описанные действия могут быть оценены на наличие признаков нарушения статьи 14<sup>в</sup> Закона о защите конкуренции (создание впечатления о принадлежности к известному бренду, имеющему высокий уровень узнаваемости среди потребителей, зарекомендовавшему свое качество). Указанные действия способны причинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам ответчика, которые в своей деятельности не используют чужой известный бренд.

В этой связи Апелляционная коллегия приходит к выводу, что Тверским УФАС России при принятии Решения в ходе рассмотрения Дела ненадлежащим образом установлены и оценены все обстоятельства Дела и дана ошибочная квалификация действиям ООО «Частная пивоварня «Афанасий».

Основанием для отмены решения территориального антимонопольного органа является в том числе неполное исследование территориальным органом обстоятельств дела и имеющихся 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 от 17.02.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 069/01/14.6-239/2022 нарушает единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства и подлежит отмене с направлением материалов дела № 069/01/14.6-239/2022 на новое рассмотрение в Тверское УФАС России.

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

**РЕШИЛА:**

1. Отменить решение Тверского УФАС России от 17.02.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 069/01/14.6-239/2022;
2. Направить материалы дела № 069/01/14.6-239/2022 о нарушении антимонопольного законодательства на новое рассмотрение в Тверское УФАС России.

\_\_\_\_\_  
Пузыревский С.А.

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.