



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ
ЛУГАНСЬКЕ ОБЛАСНЕ ТЕРИТОРІАЛЬНЕ ВІДДІЛЕННЯ

РІШЕННЯ
АДМІНІСТРАТИВНОЇ КОЛЕГІЇ

29 серпня 2017 року

м. Северодонецьк

№ 13 - р/к

**Про порушення законодавства
про захист економічної конкуренції
та накладення штрафу**

Справа № 3

Адміністративна колегія Луганського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України, створена на підставі наказу в.о. голови Луганського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України 24.07.2017 р. №3, розглянувши матеріали справи №3 про порушення законодавства про захист економічної конкуренції ТОВ «Вагер» та подання відділу досліджень і розслідувань від 16 серпня 2017 р. №83,

ВСТАНОВИЛА:

Адміністративною колегією Луганського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України (надалі – Тервідділення) у зв'язку наявністю в діях товариства з обмеженою відповідальністю «Вагер» ознак порушення законодавства про захист економічної конкуренції, розпорядженням адміністративної колегії Тервідділення від 23.03.2017 № 4-рп/к було розпочато розгляд справи № 3.

У ході розгляду справи встановлено наступне.

На адресу Луганського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України (надалі – тервідділення) надійшло звернення публічного акціонерного товариства «Оболонь» від 07.02.2017 № 255/0/2-17 щодо неправомірних дій товариства з обмеженою відповідальністю «Вагер» у вигляді неправомірного використання знаку для товарів і послуг «Живчик» та оформлення упаковки товарів (етикеток) без дозволу (згоди) ПАТ «Оболонь», яке раніше почало використовувати його у господарській діяльності.

Заявником було виявлено факт реалізації продукції «Живчик яблочний» (мова оригіналу) виробництва ТОВ «Вагер» у супермаркеті «Парус» (вул. Леніна, 120а, м. Лутугіне Луганської області), що підтверджується, зокрема, фіскальним чеком від 01.03.2017 09:56:56 ІД 000060100251.

Публічне акціонерне товариство «Оболонь» (надалі – ПАТ «Оболонь», Заявник) (04655, м. Київ, вул. Богатирська, 3, код ЄДРПОУ 05391057, дата державної реєстрації 29.06.1993), здійснює господарську діяльність, зокрема, з виробництва та реалізації безалкогольних напоїв, мінеральних та інших вод, розлитих у пляшки (код КВЕД 11.07).

Таким чином, у розумінні абзацу дванадцятого статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» Заявник є суб'єктом господарювання, оскільки здійснює господарську діяльність.

Товариство з обмеженою відповідальністю «Вагер» (надалі – ТОВ «Вагер», Товариство) (91007, Луганська обл., м. Луганськ, 7-й Лутугінський проезд, 8, код ЄДРПОУ 21756498, дата державної реєстрації 26.05.1998), здійснює господарську діяльність, зокрема, з виробництва та реалізації безалкогольних напоїв, (код КВЕД 11.07) тощо.

Таким чином, у розумінні абзацу дванадцятого статті 1 Закону України «Про захист

економічної конкуренції» Товариство є суб'єктом господарювання, оскільки здійснює господарську діяльність.

Тобто, обидва суб'єкти господарювання є конкурентами.

Вимогою від 05.04.2017 № 04-45/40 Відділення звернулося до ТОВ «Вагер» з переліком наступних питань: «...

2. Пояснення стосовно використання дизайну (оформлення) упаковки продукції ПАТ «Оболонь» напою «Живчик яблочный». Надати копії підтверджуючих документів.

3. З якого часу Ваше підприємство виробляє напій «Живчик яблочный»? Надати копії підтверджуючих документів.

4. Коли саме, тобто з якої дати, Вами було введено у господарський обіг напій «Живчик яблочный» з етикеткою, виключне право на використання яких належить ПАТ «Оболонь»? Надати копії підтверджуючих документів.

5. Хто саме є розробником та замовником етикетки напою «Живчик яблочный»? Надати копії підтверджуючих документів.

6. Надати загальну кількість виробленого та реалізованого напою «Живчик яблочный» Вашим підприємством з моменту початку виробу цього напою по 01.04.2017 р. у натуральному вимірі. У разі, якщо надати інформацію не має змоги, надати обсяг виробленого та реалізованого напою у натуральному вимірі за 2016 рік.

7. Чи зверталось до Вас ПАТ «Оболонь» або Ваше підприємство до ПАТ «Оболонь» з приводу питань, пов'язаних з використанням дизайну (оформлення) упаковки продукції ПАТ «Оболонь» напою «Живчик яблочный»? Якщо так, зазначити результати вирішення цих питань.

8. Розмір доходу (виручки) Вашого підприємства від реалізації товарів (робіт, послуг) за 2016 рік. ...» (цитата).

Зокрема, зазначену вимогу було надіслано на офіційну електронну пошту ТОВ «Вагер» waqer@waqer.com.ua, зазначену у витязі з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань.

Крім того, зазначена вимога була оприлюднена на офіційному сайті Антимонопольного комітету за посиланням: «<http://www.amc.gov.ua/amku/control/lug/uk/publish/article/81629>», про це видано відповідне оголошення у офіційному виданні «ВІСТІ ЛУГАНЩИНИ».

Вказане оголошення було надруковано у номері 07(13) зазначеного видання від 19.04.2017.

Будь-яких відповідей до Відділення від ТОВ «Вагер» звичайною, електронною поштою або телефонним дзвінком не надходило.

Згідно укладеного ліцензійного договору на використання знаків та послуг «Живчик», публічне акціонерне товариство «Оболонь» є ліцензіатом, якому було надано безпатентну невиключну ліцензію на використання знаку у виробництві та розповсюдженні товару під торгівельною маркою «Живчик» (свідоцтво на знак для товарів та послуг від 15.01.2004 № 87452).

За інформацією ПАТ «Оболонь», напій під торгівельною маркою «Живчик» (надалі – Живчик-Оболонь) було введено у господарський обіг з жовтня 1999 року, та наразі в господарському обігу під цією торгівельною маркою на ринку присутні наступні напої: «Живчик з соком яблука сильногазований», «Живчик з соком яблука негазований», «Живчик зі смаком апельсина сильногазований», «Живчик зі смаком апельсина негазований», «Живчик зі смаком лимону», «Живчик зі смаком груші».

Продукція ПАТ «Оболонь» широко відома у межах України. ПАТ «Оболонь» здійснює господарську діяльність багато років та вже набуло певної ділової репутації, що підтверджується багаточисельними дипломами та відзнаками.

На етикетці пляшки напою «Живчик яблочный» зазначено наступне: «Производитель ООО «Вагер» 91007, ЛНР, г. Луганск, 7-й Лутугинский проезд, 8» (мова оригіналу).

Згідно інформації з Вікіпедії (https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9B%D1%83%D0%B3%D0%B0%D0%BD%D1%81%D0%BA%D0%B0%D1%8F_%D0%9D%D0%B0%D1%80%D0%BF%D0%B4%D0%BD%D0%B0%D1%8F_%D0%A0%D0%B5%D1%81%D0%BF%D1%83%D0%B1%D0%B8%D0%BA%D0%B0), на тимчасово непідконтрольній українській владі території

знаку «ЛН
12.05.201
виробниц
дати.

То
Оболонь»
Пр
призначе
оправован
Реа
упаковки
живника.
По
реалізуєть
етикеток,



Рис. 1 Етикетка



Рис. 2 Етикетка

– зображе
– зелений л
– яблуко (в
– дерева зоб
– на дерева
– присутній
– напис «Ж
– літери «Ж
– напис «Ж
– під напис
– його поход

здійснює
«Вагер» з
укції ПАТ
дати копії
«Живчик
Оболонь»?
)? Надати
«Яблочний»
2017 р. у
робленого
«Оболонь» з
укції ПАТ
нення цих
послуг) за
В «Вагер»
них осіб,
нопольного
, про що
дання від
поштою

звану «ЛНР» (Луганську народну республіку) було проголошено незаконними формуваннями 12.05.2014, отже на підставі цього можна зробити висновок, що напій «Живчик яблочний» виробництва ТОВ «Вагер» могло бути введено останнім у господарський обіг лише після цієї дати.

Тобто, напій «Живчик яблочний» (2014 рік), по відношенню до напою «Живчик-Оболонь» (1999 рік) було введено у господарський обіг значно пізніше. Продукція сторін (безалкогольний напій) має однакові споживчі властивості, призначення, аналогічний склад (по відношенню до інших товарних груп), приблизно однаковий ціновий діапазон, а отже є взаємозамінними товарами.

Реалізуючи власну продукцію, Товариство неправомірно використовує оформлення упаковки продукції Заявника (етикетку), що може призвести до змішування з діяльністю Заявника.

Порівняльний аналіз зображення етикеток, розміщених на пляшках, у яких реалізується продукція ПАТ «Оболонь» та продукція ТОВ «Вагер» свідчить про схожість обох етикеток, а саме:



Рис. 1 Етикетка напою «Живчик з соком яблука»



Рис. 2 Етикетка напою «Живчик яблочный»

- є зображення обличчя на яблуці жовтого кольору;
- зелений листок на черешку зеленого кольору;
- яблуко «взуту» у кросівки з білою підошвою;
- дерева зображені на фоні трави зелених відтінків та неба;
- на деревах зображені яблука;
- присутній напис «сік» (з соком яблука);
- напис «Живчик» виконано у жовтих відтінках; літери «и», «в» та «ч» мають значну схожість, літери «Ж» та «к» - помірну;
- напис «Живчик» обведено синім кольором;
- під написом «Живчик» розміщено прапорець червоного кольору, з інформацією про сік або його походження.

- схожість у складі напою: вода, глюкозно-фруктозний сироп, сік яблучний концентрований, регулятор кислотності кислота лимонна, консервант бензоат натрію, ДСТУ 4069.

Порівняння органоліптичних властивостей зазначених напоїв також свідчить про схожість, а саме:

- солодко-кислий смак напою;
- газований напій;
- наявні смак та аромат яблука (яблучного соку);
- напій має світло-жовтий колір.

Все це створює загальне зорове враження подібності цих товарів – схожості до ступеня змішування. Схожість оформлення етикеток напою «Живчик» виробництва ПАТ «Оболонь» з напоєм «Живчик» виробництва ТОВ «Вагер» та споживчих властивостей напою здатні викликати можливість змішування діяльності суб'єктів господарювання, а саме: ПАТ «Оболонь» та ТОВ «Вагер», які діють на одному ринку реалізації напоїв безалкогольних слабогазованих у територіальних межах Луганської області.

Крім того, до моменту введення у господарський обіг етикетки Живчик-Оболонь Заявником у період кінця 2010 року – початку 2014 року використовувалася інша етикетка (Рис. 3).



Рис. 3 Попередня етикетка напою «Живчик з соком яблука»

Аналіз зазначеної етикетки дає підстави вважати, що етикетку напою «Живчик яблочний» було розроблено на основі етикеток Заявника (Рис. 1 та Рис. 3). Зокрема, яблуко, зображене на Рис. 2 є дзеркально відображеним елементом етикетки на Рис. 3. Це підтверджується наступними складовими:

- Листям зеленого кольору на черенку;
- Кросівками червоного кольору;
- Одна з «рук» яблука зігнута та має три пальці;
- Одна з «ніг» яблука піднята;
- Форма «очей», «носа», «рота», «язика», «бров» та розміщення зіниць практично

ідентична.

Таким чином, на підставі вищевикладеного можна зробити висновок, що сприйняття позначення напою «Живчик яблочний» виробництва ТОВ «Вагер» може підготувати споживача до сприйняття його за позначення напою «Живчик з соком яблука» виробництва ПАТ «Оболонь».

Згідно норми ст. 10 bis Паризької конвенції по охороні промислової власності (далі – Паризька конвенція) країни Союзу зобов'язані забезпечити громадянам країн, що беруть участь в Союзі, ефективний захист від недобросовісної конкуренції. Актом недобросовісної конкуренції вважається всякий акт конкуренції, що суперечить чесним звичаям

промислових і торгових справах, зокрема, підлягають забороні всі дії, здатні яким би то не було способом викликати змішення відносно підприємства, продуктів, промислової або торгової діяльності конкурента.

Україна приєдналася до Паризької конвенції 25.12.91. Про це свідчить лист Вишого Арбітражного суду України від 24.02.97 за 3 0-2/47, абз. 4, з якого випливає висновок «що ж до чинності в Україні Паризької конвенції про охорону інтелектуальної власності, то за повідомленням Міжнародного Бюро Світової організації інтелектуальної власності (надалі – СОІВ) – 25 грудня 1991 визначається як дата, з якої Україна приєдналась до цієї Конвенції» (мова оригіналу).

Міжнародне бюро СОІВ – є секретаріатом СОІВ і виконує адміністративні функції Паризького союзу між засіданням Паризької конвенції (Паризький союз означає Міжнародний союз, заснований Паризькою конвенцією). Вищевикладена структура базується на ст.ст. 2 (i) (ii) (iii) (v), 4(ii), 9(1) Конвенції, що засновує всесвітню організацію інтелектуальної власності (СОІВ). А якщо це так, то згідно до науково-практичного коментаря СОІВ (1999) «Введення в інтелектуальну власність», розділ 12 «Захист від недобросовісної конкуренції», п. 12.23 та відповідно зі ст. 10 bis (1) Паризької конвенції – члени Паризької конвенції (у тому числі Україна), зобов'язані забезпечити ефективний захист від недобросовісної конкуренції, законодавчою базою якої є не тільки національне законодавство, та й норми міжнародного права.

Згідно до науково-практичного коментаря СОІВ, зокрема, п. 12.46. «критерії, що використовуються для встановлення подібності вказівок однакові в усьому світі. Визначальними факторами є загальні елементи зовнішнього вигляду, вимова. Однак вирішальним фактором є враження, що зроблено на середнього споживача даних товарів і послуг, так як в тих випадках коли мова йде про товари масового споживання – середній споживач звертає менш уваги на індивідуальні елементи знаків» та далі - п. 12.46 ВОІВ: «змішування може встановлюватися різними способами. Найбільш елементарний вид змішування має місце у випадку, коли подібне позначення (у нашому випадку «Живчик яблочний» виробництва ТОВ «Вагер») настільки нагадує інше зображення (у нашому випадку, що вступило у господарський обіг раніше, «Живчик з соком яблука» виробництва ПАТ «Оболонь»), що це може призвести до змішування серед значного числа середніх споживачів у відношенні комерційного походження товарів і послуг».

Оформлення етикетки напою потрібно не тільки виробнику, але, в першу чергу, споживачу, якому це оформлення повинно спростити розпізнання товару (напою), який він купує.

При колізії позначень діє принцип пріоритету, все залежить від того, чиє право виникло раніше. Для таких позначень, як ім'я та фірмове найменування – вирішальним є момент початку їх використання (державної реєстрації). Для інших позначень, в тому числі товарних знаків – їх пріоритет визначається за датою подання заяви до Патентного відомства.

Доказ права першокористувача здійснюється через подання підприємством документів про фактичне використання ним позначення тривалий період, в тому числі через рекламу, авторитет, напрацьовану репутацію. Так як факт першокористувача ПАТ «Оболонь» підтверджується вищезгаданими документами, то воно має пріоритет перед ТОВ «Вагер» на його використання («пріоритет» – першість за часом у здійсненні будь-якої діяльності» – Універсальний енциклопедичний словник.- М. Ексмо, БРЕ, 2003).

Отже, використання Товариством у власній продукції оформлення напою «Живчик-Оболонь» дає підстави зробити висновок, що реалізуючи товар власного виробництва (напій «Живчик яблочний») воно отримуватиме надприбуток за рахунок недоодержання прибутку ПАТ «Оболонь», яке реалізуючи напій «Живчик» з моменту його введення у господарський обіг, вже набуло певної ділової репутації, оскільки пересічний споживач може придбати його продукцію, вважаючи, що це продукція виробництва ПАТ «Оболонь».

Таким чином, матеріалами справи доведено, що дії ТОВ «Вагер» (ідентифікаційний код юридичної особи – 21756498) з неправомірного використання знаку для товарів і послуг «Живчик» та оформлення упаковки товарів (етикеток) без дозволу (згоди) суб'єкта господарювання (ПАТ «Оболонь»), який раніше почав використовувати їх у господарській

діяльності, що може призвести до змішування з діяльністю ПАТ «Оболонь», яке має пріоритет на його використання, є порушенням законодавства про захист економічної конкуренції передбаченого статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» у вигляді неправомірного використання позначень.

Під час визначення розміру штрафу врахувати такі обставини:

- не сприяння ТОВ «Вагер» розгляду справи;
- порушення ТОВ «Вагер» не визнано.

Враховуючи вищевикладене, керуючись статтями 12¹, 14 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», статтею 48 Закону України «Про захист економічної конкуренції», пунктом 11 Положення «Про територіальне відділення Антимонопольного комітету України», затвердженого розпорядженням Антимонопольного комітету України 25 лютого 2001 року № 32-р та зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 30 березня 2001 року за № 291/5482 із змінами і доповненнями та пунктом 32 Правил розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, затверджених розпорядженням Антимонопольного комітету України від 19 квітня 1994 року № 5, зареєстрованих у Міністерстві юстиції України 6 травня 1994 року за № 90/299 (у редакції розпорядження Антимонопольного комітету України від 29 червня 1998 року №169-р) (із змінами),

ВИРІШИЛА:

1. Визнати дії товариства з обмеженою відповідальністю «Вагер» (ідентифікаційний код юридичної особи – 21756498) з неправомірного використання знаку для товарів і послуг «Живчик» та оформлення упаковки товарів (етикеток) без дозволу (згоди) суб'єкта господарювання (ПАТ «Оболонь»), який раніше почав використовувати їх у господарській діяльності, що може призвести до змішування з діяльністю ПАТ «Оболонь», яке має пріоритет на його використання, порушенням законодавства про захист економічної конкуренції передбаченого статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» у вигляді неправомірного використання позначень.

2. Зобов'язати товариство з обмеженою відповідальністю «Вагер» припинити порушення, зазначене у пункті 1.

3. За порушення, вказане у пункті 1, відповідно до абзацу другої частини другої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» на товариство з обмеженою відповідальністю «Вагер» накласти штраф у розмірі 65000,00 грн. (шістдесят п'ять тисяч гривень 00 коп.).

Штраф підлягає сплаті у двомісячний строк з дня одержання копії рішення адміністративної колегії.

Відповідно до частини восьмої статті 56 Закону України «Про захист економічної конкуренції», протягом п'яти днів з дня сплати штрафу надіслати до Луганського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України документи, що підтверджують сплату штрафу.

Рішення може бути оскаржено до господарського суду у двомісячний строк з дня його одержання.

Голова адміністративної колегії



С.В. Головня