



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РІШЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ КОЛЕГІЇ ПІВДЕННО – СХІДНОГО МІЖОБЛАСНОГО ТЕРИТОРІАЛЬНОГО ВІДДІЛЕННЯ

25.01.2022 року

Дніпро
(місто)

№54/1-р/к
справа №54/43-20

Про порушення законодавства
про захист від недобросовісної
конкуренції та накладення штрафу

Приватне підприємство «Доктор Хелсі» (далі – ПП «Доктор Хелсі», Відповідач) на упаковці крему-бальзаму протизапального для суглобів використовувало позначення «Лошадиная сила», яке схоже на позначення «СИЛА ЛОШАДИ» на упаковці крему на гелевій основі для суглобів виробництва товариства з обмеженою відповідальністю «Лекопро» (далі – ТОВ «Лекопро», Заявник) без дозволу (згоди) товариства з обмеженою відповідальністю «Лекопро», яке раніше розпочало його використання у своїй господарській діяльності, що можуть призвести до змішування діяльності приватного підприємства «Доктор Хелсі» з діяльністю ТОВ «Лекопро».

За результатами розгляду адміністративною колегією Південно – східного міжобласного територіального відділення Антимонопольного комітету України справи № 54/43-20 такі дії ПП «Доктор Хелсі» визнано недобросовісною конкуренцією у вигляді у вигляді неправомірного використання позначень, що є порушенням передбаченим статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

На порушника накладено штраф у розмірі 23 000 грн., зобов'язано припинити порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції.

Адміністративна колегія Південно – східного міжобласного територіального відділення Антимонопольного комітету України, розглянувши матеріали справи № 54/43-20 за заявою товариства з обмеженою відповідальністю «Лекопро» про порушення приватним підприємством «Доктор Хелсі» законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, передбачене статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» (далі – Закон), та подання Третього відділу досліджень і розслідувань від 21.10.2021 року № 54-03/134п,

ВСТАНОВИЛА:

1. Процесуальні дії

- (1) Відділенням розглянуто заяву товариства з обмеженою відповідальністю «Лекопро» від 02.07.2020 року б/н (ідентифікаційний код – 38528428) (вх. №54-01/1522 від 07.07.2020 року).
- (2) Відділенням направлялась вимога про надання інформації приватному підприємству «Доктор Хелсі» (ідентифікаційний код – 31045996) від 13.08.2020 року №54-02/2429.
- (3) Розпорядженням адміністративної колегії Відділення від 13.10.2020 року № 54/47-рп/к розпочато розгляд справи № 54/43-20 за ознаками вчинення приватним підприємством «Доктор Хелсі» порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, передбаченого статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у вигляді неправомірного використання оформлення упаковки крему-бальзаму протизапального для суглобів «Лошадиная сила».
- (4) Заявником листом від 26.02.2021 року б/н (вх. 26.02.2021 року) надіслано до Відділення клопотання про проведення експертизи у справі №54/43-20 та зазначено коло питань та установу для проведення експертизи.
- (5) Відповідачем листом від 09.04.2021 року №09/04 надано пропозицію щодо кола питань та установи для проведення експертизи.
- (6) 19.05.2021 року, за участю Заявника та Відповідача було проведено слухання у справі з приводу призначення експертизи, узгодження пропозицій щодо експертної установи та кола питань, які необхідно поставити перед експертом.
- (7) Розпорядженням адміністративної колегії Відділення від 19.05.2021 року №54/48-рп/к призначено експертизу у справі № 54/43-20, проведення якої доручено Науково-дослідному центру судової експертизи з питань інтелектуальної власності Міністерства юстиції України (01133, м. Київ, бул. Л. Українки, 26).
- (8) Науково-дослідний центр судової експертизи з питань інтелектуальної власності Міністерства юстиції України листом від 29.06.2021 року №42114-1-17/300 (вх. від 05.07.2021 року) надано Відділенню висновок експерта від 24.09.2021 року №109/21.
- (9) Листом від 23.10.2021 року № 54-02/4193 Відповідачеві направлено Подання з попередніми висновки у справі від 21.10.2021 року №54-03/134п.
- (10) Листом від 23.10.2021 року №54-02/4194 Заявнику направлено Подання з попередніми висновками у справі від 21.10.2021 року №54-03/134п.
- (11) Листом від 16.11.2021 року № 16/11 Відповідач надав Відділенню відповідь на Подання з попередніми висновками.
- (12) 23.12.2021 року за участю Заявника та Відповідача було проведено слухання у справі.

2. Сторони.

- (13) Заявником у справі є товариство з обмеженою відповідальністю «Лекопро» (ідентифікаційний код – 38528428), юридична адреса: 49000, м. Дніпро, пр. О. Поля, 129-Д. Основний вид діяльності - 20.42 Виробництво парфумних і косметичних засобів (основний), серед неосновних є 21.20 виробництво фармацевтичних препаратів і матеріалів.
- (14) Відповідачем у справі є приватне підприємство «Доктор Хелсі» (ідентифікаційний код – 31045996), юридична адреса: 49600, Дніпропетровська обл., місто Дніпро, вулиця Панікахи, будинок 2, корпус 12, приміщення 502. Основний вид діяльності -

46.46 Оптова торгівля фармацевтичними товарами, серед неосновних є 21.20 виробництво фармацевтичних препаратів і матеріалів.

- (15) Заявник та Відповідач здійснюють такий вид діяльності, як виробництво парфумних і косметичних засобів, тобто, є суб'єктами господарювання у розумінні статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

3. Обставини справи.

- (16) На адресу Відділення надійшла заява ТОВ «Лекопро» про порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції ПП «Доктор Хелсі» в діях якого Заявник вбачає ознаки порушення статті 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» у вигляді неправомірного використання позначення «Лошадинная сила», що є схожим на позначення «Сила Лошади», яке раніше почало використовувати у господарській діяльності ТОВ «Лекопро», без його дозволу, що може призвести до змішування з діяльністю цих суб'єктів господарювання.

4. Правова кваліфікація дій Відповідача.

- (17) Відповідно до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», недобросовісною конкуренцією є будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності (стаття 1). Недобросовісною конкуренцією є такі дії у конкуренції, як, зокрема, неправомірне використання позначення.
- (18) Заявник здійснює виробництво та реалізацію непродовольчих товарів, а саме косметичної продукції та дієтичних добавок, зокрема «крему на гелевій основі для суглобів «Сила Лошади». Позначення, які використовуються на упаковці цього товару наведено на Фотокопії 1.

Фотокопія 1



- (19) На світло – помаранчевому фоні розміщено зображення «здибленого» коня з наїзником. З лівої сторони від зображення містяться наступні написи:
- «СИЛА ЛОШАДИ»;
 - «ДЛЯ СУГЛОБОВ»;
 - «крем на гелевій основі»;
 - «допомога опорно – руховому апарату»;
 - «NEW Formula».
- (20) Крім того на етикетці міститься зображення колінного суглоба на якому виділено червоний кольором надколінок (лат. patella).

- (21) Відповідно до відомостей з Державного реєстру свідоцтв України на знаки для товарів і послуг знак «СИЛА ЛОШАДИ» є зареєстрованим знаком для товарів і послуг, а саме: свідоцтво від 11.03.2014 №183230 та від 10.11.2015 року №205438. Власником цих свідоцтв є Думанська Євгенія Іванівна вул. Вакуленчука, буд. 6, кв. 55, м. Дніпро, 49000 (UA).
- (22) Між Думанською Є.І. та Заявником було укладено Ліцензійний договір від 01.03.2018 року б/н про передачу прав на використання торговельної марки (виключна ліцензія), відповідно до якого Думанська Є.І. надає ТОВ «Лекопро» за винагороду виключну ліцензію на використання торговельної марки («СИЛА ЛОШАДИ» за свідоцтвами від 11.03.2014 №183230 та від 10.11.2015 року №205438) щодо усіх товарів і послуг, зазначених у свідоцтвах за класами Міжнародна класифікація товарів і послуг для реєстрації знаків, що діє на підставі Ніцької угоди.
- (23) При цьому, ТОВ «Лекопро» надається право на використання торговельної марки на території України та при постачанні товару з використанням торгівельної марки на територію інших країн, видачу невиключних ліцензій (субліцензій) на використання торговельної марки на території України та на території інших країн третім особам.
- (24) [Інформація з обмеженим доступом].
- (25) [Інформація з обмеженим доступом].
- (26) [Інформація з обмеженим доступом].
- (27) В той же час, Заявником надано копію свідоцтва про присвоєння товарній позиції ідентифікаційного номера у всесвітній системі GS1 від 10.07.2018 року №19038-155. Відповідно до цього свідоцтва назва товарної позиції «Крем на гелевій основі для суглобів, ТМ «Сила лошади», глобальний номер товарної позиції 4820169181503.
- (28) Крім того, Заявником листом від 25.08.2021 року б/н зазначено, що окрім «Крему на гелевій основі для суглобів, ТМ «Сила лошади» товариством здійснюється виробництво та реалізація ще низки продуктів під торговою маркою «СИЛА ЛОШАДИ», у т.ч. крем «Акулій хрящ з бішофітом»; Бальзам проти випадіння волос; Бальзам-ополіскувач; Гель бодяга косметична; добавка дієтична вітамінна, добавка дієтична для вен; добавка дієтична для суглобів; Гель диклогель тощо.
- (29) Регіоном реалізації продукції «крем на гелевій основі для суглобів «СИЛА ЛОШАДИ» є Херсон, Київ, Дніпро, Одеса, Чернігів, Харків, Хмельницький, Полтава, Житомир, Івано-Франківськ, Львів (у т.ч. області).
- (30) [Інформація з обмеженим доступом].
- (31) Каналами реалізації цієї продукції є, зокрема, мережа Інтернет, у т.ч. через суб'єктів, які здійснюють реалізацію такої продукції через мережу Інтернет, аптечні мережі, продуктові мережі (рітейли, супермаркети).
- (32) Заходи з рекламування продукції «крем на гелевій основі для суглобів «СИЛА ЛОШАДИ» Заявником у засобах масової інформації не проводились.
- (33) У липні 2020 року Заявник звернувся до Відділення із заявою від 02.07.2020 року б/н (вх. від 07.07.2020 року №54-01/1522) про порушення його прав з боку ПП «Доктор Хелсі».
- (34) В матеріалах заяви ТОВ «Лекопро» зазначило, що 01.07.2020 року у мережі «АТБ-маркет» у м. Дніпро було придбано товар, а саме «крем-бальзам протизапальний для суглобів «Лошадиная сила» виробництва ПП «Доктор Хелсі» та надано до Відділення фіскальний чек №3000469284 та оригінал придбаного товару. Позначення, які містяться на упаковці цього товару наведено на Фотокопії 2.

- (35) Тобто, Заявником не пропущено строк подачі заяви про порушення його прав, визначених статтею 28 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», який складає шість місяців з дня, коли він дізнався про порушення своїх прав, а саме з 02.07.2020 року.
- (36) ПП «Доктор Хелсі» листом від 13.08.2020 року №13/08 надано до територіального відділення інформацію, що воно виробляє та реалізує продукцію під промисловим зразком «Лошадиная сила» (патент на промисловий зразок №39686 (етикетка засобу для оздоровлення), яка реалізується по всій території України.
- (37) Листом від 16.09.2021 року №16/09 ПП «Доктор Хелсі» зазначено, що продукція з позначенням «Лошадиная сила» (патент на промисловий зразок №39686 «етикетка засобу для оздоровлення») реалізується з 16.07.2019 по теперішній час.
- (38) [Інформація з обмеженим доступом].
- (39) ПП «Доктор Хелсі» зазначило, що під торговою маркою «Лошадиная сила» реалізовує крем – бальзам для вен «протівонабряковий» та крем - бальзам для суглобів «протизапальний».
- (40) Відповідно до договорів постачання продукції, які укладено ПП «Доктор Хелсі», умовою оплати є реалізація продукції. Тобто, покупці продукції сплачують за товар загальну суму від реалізації, а не відповідної накладної із зазначенням конкретного поставленого товару.
- (41) [Інформація з обмеженим доступом].
- (42) [Інформація з обмеженим доступом].
- (43) Відповідно до відомостей з Державного реєстру патентів України на промислові зразки, власником патенту на промисловий зразок від 10.07.2019 року №39686 є Трискиба Ірина Володимирівна просп. Дмитра Яворницького, 3, кв. 19, м. Дніпро, 49005 (UA).

Фотокопія 2



- (44) Щодо позначень, які використано при оформленні упаковки товару Відповідача слід зазначити наступне.
- (45) На червоному фоні розміщено зображення коня у стрибку та містяться наступні написи:
- «крем-бальзам»;
 - «Лошадиная сила»;
 - «для СУГЛОБІВ»;
 - «протизапальний»;
 - «Екстракт золотого вуса»;
 - «Екстракт живокосту»;
 - «Глюкозаміну гідрохлорид».
- (46) Крім того на етикетці міститься зображення колінного суглоба на якому виділено біло- прозорим кольором надколінок (лат. patella).
- (47) Відповідно до інформації, яка міститься на упаковках продукції:
- Продукція на Фотокопії 1 спрямована на відновлення пошкодженої сполучної і/або хрящової тканини, налагодження виділення суглобової рідини, відновлення рухової активності суглоба; в'язуча та загоювальна дія, знеболення;
 - Продукція на Фотокопії 2 діє на стимулювання вироблення колагену і речовин, що відновлюють структуру хряща, зменшення неприємних відчуттів при запаленні і набряках, покращення кровообігу; нормалізація вироблення суглобної рідини; покращення рухливості суглобів; усунення скутості; виведення сольових відкладень із суглобів.
- (48) Отже, товари, для яких використовуються позначення, які містяться на упаковках товарів (Фотокопія 1 та Фотокопія 2) є спорідненими, оскільки такі товари одного виду – крем для суглобів; однакового функціонального призначення – полегшення симптомів захворювання полегшення симптомів захворювання стану фізіологічних функцій організму – профілактичні засоби для суглобів; умови і канали реалізації – різноманітні пункти продажу.
- (49) Як правило, товари або послуги є спорідненими, якщо під час їх пропонування до продажу із тотожним або схожим настільки, що у споживачів може виникнути думка, що вони надійшли із одного джерела.
- (50) В рамках розгляду справи було проведено опитування з метою оцінки того, як споживачами сприймаються позначення, які нанесено на упаковки товарів (Фотокопія 1 та Фотокопія 2).
- (51) За результатом проведеного опитування споживачів (опитано 30 респондентів), встановлено, що 60,00% вважають схожими позначення на Фотокопіях 1 та 2, а саме «Лошадиная сила» та «СИЛА ЛОШАДИ»; у 73,33% опитаних склалось враження щодо приналежності товарів одному виробнику.
- (52) Таким чином, навіть за наявності позначень, які нанесено на упаковки товарів, хоча в дійсності покупець лише асоціативно пригадує особливості оформлення упаковки товару, який він придбав у минулому і хотів би придбати знову, переважна більшість опитаних могла б сплутати виробника вказаних товарів.
- (53) Крім того, ПП «Доктор Хелсі» зазначило, що зазнавало та зазнає з боку Заявника при реалізації продукції «Лошадиная сила» конкуренцію, у т.ч. в мережі магазинів ТОВ «АТБ Маркет».

- (54) Тобто, однакові для ТОВ «Лекопро» і ПП «Доктор Хелсі» канали реалізації товарів, зокрема мережа магазинів «АТБ», у спірній упаковці та їх географія можуть стати додатковою причиною змішування товарів різних виробників.
- (55) Відтак встановлено, що Заявник і Відповідач, здійснюють господарську діяльність на одному товарному ринку «Виробництво фармацевтичних препаратів і матеріалів», один одного вважають конкурентами.
- (56) [Інформація з обмеженим доступом].
- (57) ПП «Доктор Хелсі» з питання, щодо напрацювання ділової репутації на ринку виробництва та/або реалізації продукції під торговою маркою «Лошадиная сила» в листі від 13.08.2020 року №13/08 зазначило, що поставляє продукцію до мережі магазинів «АТБ Маркет». Будь-яких інших документів з цього приводу до територіально відділення не надавалось.
- (58) [Інформація з обмеженим доступом].
- (59) Відтак за отриманими документами встановлено, що Заявник раніше (у 2018 році, підтверджено документально) ніж ПП «Доктор Хелсі» (2019 рік, підтверджено документально) почав використовувати позначення «СИЛА ЛОШАДИ» у господарській діяльності.
- (60) За час одноосібної (до 2019 року) реалізації продукції на ринку, Заявник міг напрацювати позитивну репутацію товару під торговою маркою «СИЛА ЛОШАДИ», виробництва ТОВ «Лекопро», серед споживачів.
- (61) Товари є аналогічними за призначенням. Товарні та географічні межі реалізації товарів із спірним позначенням перетинаються.
- (62) Крім того, для встановлення об'єктивності фактів змішування та/або можливості змішування діяльності Відповідача з діяльністю Заявника завдяки оформленню упаковок, Заявник 26.02.2021 року звернувся до Відділення із клопотанням про проведення експертизи у справі №54/43-20.
- (63) 19.05.2021 року, відповідно до Порядку забезпечення проведення експертизи під час здійснення контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції, затвердженого розпорядженням Антимонопольного комітету України від 16.01.2013 № 21-р, за участю сторін Відділенням було проведено слухання у справі та узгоджено пропозиції щодо експертної установи та кола питань, які необхідно поставити перед експертом.
- (64) Розпорядженням адміністративної колегії Відділення від 08.01.2019 № 54/1-рп/к призначено експертизу у справі № 54/19-18, проведення якої доручено Науково-дослідному центру судової експертизи з питань інтелектуальної власності Міністерства юстиції України.
- (65) Згідно з висновком експерта № 109/21 за результатами експертизи у сфері інтелектуальної власності від 24.06.2021 року:
- «Комбіноване позначення «Лошадиная сила», нанесене на упаковку крем – бальзаму протизапального для суглобів «Лошадиная сила», виробництва ПП «Доктор Хелсі», є схожим настільки, що його можна сплутати із комбінованим позначенням нанесеним на упаковку «крему на гелевій основі для суглобів «СИЛА ЛОШАДИ» виробництва ТОВ «Лекопро»».
 - «Використання комбінованого позначення «Лошадиная сила» на упаковці крем-бальзаму протизапальний для суглобів «Лошадиная сила» ПП «Доктор Хелсі» може ввести споживачів в оману щодо особи, яка виробляє товар, а саме, до змішування його діяльності з діяльністю ТОВ «Лекопро»».

4.1. Негативні наслідки дій Відповідача.

- (66) За визначенням статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції», «економічна конкуренція» (конкуренція) - змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку.
- (67) За умови відсутності, домовленостей або змов, конкуренція завжди присутня у взаємовідносинах суб'єктів господарювання. Проте таке ринкове змагання повинно відбуватись за визначеними правилами, які спрямовані на встановлення, розвиток і забезпечення торгових та інших чесних звичаїв ведення конкуренції при здійсненні підприємницької діяльності в умовах ринкових відносин, забезпечувати охорону інтересів широкої громадськості та її зацікавленості не тільки у вільній, але й у чесній конкуренції.
- (68) Відповідно до частини третьої статті 10 bis Паризької конвенції про охорону промислової власності, забороняються вказівки чи ствердження, використання яких при здійсненні комерційної діяльності може ввести громадськість в оману щодо характеру, способу виготовлення, властивостей, придатності до застосування чи кількості товарів.

4.2. Загальні висновки щодо вчинення Відповідачем дій, кваліфікованих як недобросовісна конкуренція.

- (69) Ураховуючи вищезазначене, дії Відповідача, що полягали у використанні з 16.07.2019 позначення «Лошадиная сила», зокрема при оформленні упаковки крему-бальзаму протизапального для суглобів, яке схоже на позначення «СИЛА ЛОШАДИ», яке у т.ч. міститься на упаковці крему на гелевій основі для суглобів, без дозволу (згоди) товариства з обмеженою відповідальністю «Лекопро», яке раніше розпочало його використання у своїй господарській діяльності, що може призвести до змішування діяльності ПП «Доктор Хелсі» з діяльністю ТОВ «Лекопро», кваліфіковано адміністративною колегією Відділення як недобросовісна конкуренція за статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у вигляді неправомірного використання позначень.

5. Заперечення Відповідача та їх спростування

- (70) На подання з попередніми висновками у справі, яке було надіслано сторонам у справі, Відповідач листом від 16.11.2021 року № 16/11 надав свої зауваження та заперечення. Як свідчать подані Відповідачем зауваження та заперечення, Відповідач з висновками Відділення про порушення ним законодавства про захист від недобросовісної конкуренції не згоден.
- (71) Так, Відповідачем зазначено, що органами АМКУ було змінено предмет розгляду справи, а саме: розпорядженням Адміністративної колегії Відділення №54/47-рп/к від 13.10.2020 року було розпочато розгляд справи за ознаками вчинення ПП «Доктор Хелсі» порушення, передбаченого статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» у вигляді неправомірного використання оформлення упаковки крем – бальзаму протизапального для суглобів «Лошадиная сила», який схожий на упаковку крему на гелевій основі для суглобів «СИЛА ЛОШАДИ» виробництва ТОВ «Лекопро», без дозволу (згоди) Заявника, який раніше розпочав його використання у своїй господарській діяльності, що можуть призвести до змішування з діяльністю цього суб'єкта господарювання. Однак, в

отриманому поданні про попередні висновки у справі зазначено, що предметом розгляду справи №54/43-20 є порушення, визначене статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» у вигляді неправомірного використання позначення Відповідачем на упаковці крему-бальзаму протизапального для суглобів «Лошадиная сила», яке схоже на позначення на упаковці крему на гелевій основі для суглобів «СИЛА ЛОШАДИ» виробництва Заявника без дозволу (згоди) Заявника, який раніше розпочав його використання у господарській діяльності, що можуть призвести до змішування діяльності Підприємства на з діяльністю Заявника.

- (72) Це заперечення спростовується наступним. В статті 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» визначено, що неправомірним використанням позначення є використання імені, комерційного (фірмового) найменування, торговельної марки (знака для товарів і послуг), рекламних матеріалів, оформлення упаковки товарів і періодичних видань, інших позначень без дозволу (згоди) суб'єкта господарювання, який раніше почав використовувати їх або схожі на них позначення у господарській діяльності, що призвело чи може призвести до змішування з діяльністю цього суб'єкта господарювання.
- (73) Оскільки, справу було відкрито за ознаками вчинення порушення, передбаченого статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» та за результатом аналізу та збору доказів було кваліфіковано дії ПП «Доктор Хелсі» порушення, передбаченим статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», то предмет розгляду справи не змінювався.
- (74) [Інформація з обмеженим доступом].
- (75) Це заперечення спростовується наступним, під час розгляду заяви Відділенням у ПП «Доктор Хелсі» запитувалась інформація щодо напрацювання ділової репутації під торговою маркою «Лошадиная сила». ПП «Доктор Хелсі» у відповідь на це запитання листом від 13.08.2020 року №13/08 повідомило, що підприємство поставляє продукцію у мережу магазинів АТБ. Інформації щодо будь-яких інших заходів з рекламування або просування продукції ПП «Доктор Хелсі» не надавало.

Крім того, предметом розгляду Відділенням справи було з'ясування:

- Юридичного факту використання схожого позначення, зокрема при оформленні наданих Заявником упаковок продукції;
- відсутності дозволу особи на таке використання позначення, зокрема при оформленні упаковки;
- доведена першість використання особою, яка вважає свої права порушеними, на використання спірного позначення, зокрема при оформленні упаковок продукції;
- можливість змішування товарів і діяльності порушника з товарами і діяльністю особи, яка вважає свої права порушеними.

Крім того, положення статті 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» забезпечують захист від недобросовісної конкуренції у вигляді неправомірного використання позначення не на підставі документа, яким задекларовано намір до введення товарів у господарський обіг, а саме підписаного між Сторонами у справі Меморандуму, а виходячи з першості у використанні будь-якого позначення чи сукупності позначень у господарській діяльності, що забезпечують індивідуалізацію діяльності відповідного суб'єкта господарювання з-поміж інших.

(76) Відповідачем зазначено, що строк подачі заяви про порушення прав Заявника, визначений статтею 28 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», а саме 6 місяців з дня коли Заявник дізнався або повинен був дізнатись про порушення своїх прав було попущено, оскільки реалізація продукції Сторін у справі здійснювалась в одних і тих же аптеках задовго до 02.07.2020 року. Так, ще з травня 2019 року зазначена продукція була представлена та пропонувалась до продажу в мережах аптек «Руан» у м. Дніпро та м. Новомосковськ, «Аптечка» у м. Київ та «Донбас-Фармація» у м. Маріуполь.

(77) Це заперечення спростовується наступним, відповідно до статті 28 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» особи, права яких порушені діями, визначеними цим Законом як недобросовісна конкуренція, можуть протягом шести місяців з дня, коли вони дізнались або повинні були дізнатися про порушення своїх прав, звернутися до Антимонопольного комітету України, його територіальних відділень із заявою про захист своїх прав.

Так, Заявником зазначено, що саме 01.07.2020 року йому стало відомо про використання спірного позначення «Лошадиная сила» Відповідачем на упаковках своєї продукції та надано до заяви відповідний фіскальний чек.

В ході отриманої під час розгляду справи інформації, було з'ясовано, що продукцію Відповідача «Лошадиная сила» було надано для реалізації до мережі магазинів АТБ- маркет у березні 2020 року, тобто за 4 місяця до звернення Заявника до Відділення про порушення його прав. Оскільки продукцію було виявлено саме у мережі магазинів АТБ, у Відділення відсутні підстави вважати, що строк звернення із відповідною заявою ТОВ «Лекопро» було пропущено.

(78) Відповідачем зазначено, що при прийнятті розпорядження від 19.05.2021 року №54/48-рп/к «Про призначення експертизи» було постановлено доручити проведення експертизи в установі, запропонованій заявником та на вирішення експерта поставити питання, запропоновані Заявником, без врахування пропозицій Підприємства та відсутності мотивованого відхилення питань, всупереч норм пункту 2 статті 43 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

(79) Це заперечення спростовується наступним, відповідно до пункту 1.7 Порядку забезпечення проведення експертизи під час здійснення контролю за дотриманням законодавства про захист економічної, затвердженого розпорядженням Антимонопольного комітету України від 16.01.2013 року № 21-р та зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 6 лютого 2013 року за №222/22754, орган Комітету, який призначає експертизу, попередньо може проводити слухання у справі. Про день, час і місце проведення слухання особи, які беруть участь у справі, повідомляються не пізніше ніж за п'ять робочих днів до дня проведення слухання. Під час проведення слухання особи, які беруть участь у справі, мають право надавати пояснення, зауваження чи пропозиції щодо проведення експертизи.

Так, Відділення листом від 29.04.2021 року №54-02/1645 запропонувало ПП «Доктор Хелсі» прийняти участь у слуханнях. 19.05.2021 року відбулись слухання у справі, за участю представника ПП «Доктор Хелсі» [Інформація з обмеженим доступом].

За результатом проведеного слухання, адміністративною колегією було вирішено, що питання запропоновані ПП «Доктор Хелсі» не є предметом розгляду справи та відповідно не підлягають з'ясуванню, а одне із питань, запропонованих Заявником було уточнено. Під час проведення слухань жодна із сторін не заперечувала щодо проведення експертизи науково-дослідним центром з питань інтелектуальної власності Міністерства юстиції України.

Отже, розпорядження про проведення експертизи було визначено з урахуванням пропозицій обох Сторін у Справі.

- (80) Відповідачем зазначено, що висновок експерта від 24.06.2021 року №109/21 не може бути прийнятий до уваги під час розгляду справи, оскільки висновки експерта не є обґрунтованими та під час дослідження експертизі підлягали не упаковки продукції в цілому, а лише окремі частини комбінованих позначень, що призводить до висновку, що висновок експерта не стосується предмета розгляду справи. Крім того, вважаємо за доцільне призначення експертизи на розгляд якої було б винесено питання «Чи є схожість в оформленні упаковки крем – бальзаму протизапальний для суглобів «Лошадиная сила» виробництва Підприємства та упаковки крему на гелевій основі для суглобів «СИЛА ЛОШАДИ» виробництва Заявника, яка може призвести до змішування діяльності цих суб'єктів господарювання?».

- (81) Це заперечення спростовується наступним, відповідно до пункту 3 статті 43 Закону України «Про захист економічної конкуренції» експертиза проводиться експертами відповідних установ або іншими спеціалістами. Експертом може бути призначена будь – яка особа, яка володіє необхідними знаннями для дачі висновку.

Відповідно до пункту 5 статті 43 Закону України «Про захист економічної конкуренції» експерт має право заявляти клопотання про надання матеріалів, необхідних для дачі висновку, та вказувати у висновку на обставини, які мають значення для справи, але щодо яких йому не було поставлено запитань. Таких клопотань під час проведення експертизи до Відділення не надходило.

Як зазначалось вище, прийняттю розпорядження «Про призначення експертизи» передувало слухання у справі, під час якого було визначено перелік питань та установу якій буде доручено проведення експертизи.

Відповідно до пункту 5 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 29.06.1998 року №169-р) (із змінами) (далі – Правила) слухання протоколюється та протягом трьох днів підписується головою, членами колегіального органу Комітету, які проводили слухання. У цей самий строк особи, які брали участь у слуханні, можуть ознайомитись із змістом протоколу, подати пояснення або зауваження до нього, які додаються до протоколу. Такі зауваження від Відповідача не надходили.

В висновках експерта зокрема зазначено, що використання комбінованого позначення «Лошадиная сила» на упаковці крем-бальзаму протизапальний для суглобів «Лошадиная сила» ПП «Доктор Хелсі» може ввести споживачів в оману щодо особи, яка виробляє товар, а саме, до змішування його діяльності з діяльністю ТОВ «Лекопро». Тобто, для надання висновків надавались саме упаковки продукції, які були предметом розгляду справи та долучені Заявником до заяви.

Щодо самої експертизи, то у висновках містяться чіткі відповіді на всі запитання, які було доручено дослідити адміністративною колегією експертній установі.

- (82) Відповідачем зазначено, що він заперечує проти того, щоб результати проведеного опитування були враховані під час розгляду справи оскільки Підприємство вважає, що всупереч норм законодавства Відділення не мало право проводити таке опитування. Крім того наведені питання та порядок їх розташування свідчать про те, що увага респондентів була сконцентрована на окремих частинах упаковки –

словесних позначеннях. Крім того, кількість опитаних респондентів, а саме 30 осіб є недостатньою для здійснення такого аналізу.

- (83) Це заперечення спростовується наступним, відповідно до статті 41 Закону України «Про захист економічної конкуренції» доказами у справі можуть бути будь-які фактичні дані, які дають можливість встановити наявність або відсутність порушення. Ці дані встановлюються такими засобами: пояснення сторін, третіх осіб, поясненнями службових осіб та громадян, письмовими доказами, речовими доказами і висновками експертів.

Відповідно до пункту 23 Правил, службовцями Комітету, відділення, яким доручено збирання та аналіз доказів, проводять дії, направлені на всебічне, повне і об'єктивне з'ясування дійсних обставин справи, прав і обов'язків сторін.

Тобто, здійснення опитування Відділенням є одним із заходів, які здійснювались під час розгляду справи та є доказом у справі та має бути врахований при прийнятті рішення.

- (84) Отже, заперечення, які було надано Відповідачем, спростовуються матеріалами Справи.

6. Остаточні висновки у справі

- (85) Таким чином, доказами, зібраними у справі, доводиться, а зауваженнями і запереченнями Відповідача не спростовується висновок адміністративної колегії Відділення у про те, що дії Відповідача, які полягали у використанні з 16.07.2019 позначення «Лошадиная сила», зокрема при оформленні упаковки крему-бальзаму протизапального для суглобів, яке схоже на позначення «СИЛА ЛОШАДИ», яке у т.ч. міститься на упаковці крему на гелевій основі для суглобів ТОВ «Лекопро», без дозволу (згоди) товариства з обмеженою відповідальністю «Лекопро», яке раніше розпочало його використання у своїй господарській діяльності, що може призвести до змішування діяльності ПП «Доктор Хелсі» з діяльністю ТОВ «Лекопро» є порушенням законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, передбаченим статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у вигляді неправомірного використання позначень.
- (86) Відповідно до статті 20 Закону, вчинення дій, визначених цим Законом як недобросовісна конкуренція, тягне за собою відповідальність, передбачену цим Законом.

7. Визначення розміру штрафу

- (87) Згідно зі статтею 30 Закону, органи Комітету у справах про недобросовісну конкуренцію приймають обов'язкові для виконання рішення, зокрема, про визнання факту недобросовісної конкуренції; припинення недобросовісної конкуренції; накладання штрафів.
- (88) Відповідно до статті 21 Закону, вчинення суб'єктами господарювання дій, визначених цим Законом як недобросовісна конкуренція, тягне за собою накладення штрафу у розмірі до п'яти відсотків доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) суб'єкта господарювання за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

Якщо доходу (виручки) немає або відповідач на вимогу органів Антимонопольного комітету України, голови його територіального відділення не надав відомостей про розмір доходу (виручки), штраф, передбачений частиною першою цієї статті,

накладається у розмірі до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Накладення штрафу здійснюється відповідно до частин третьої – сьомої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

(89) [Інформація з обмеженим доступом].

(90) Водночас, при визначенні розміру штрафу було враховано такі обставини:

- розмір доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів), пов'язаного з порушенням.

Ураховуючи викладене, керуючись статтею 7, 14 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», статтями 21, 27 і 30 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», пунктами 3 і 11 Положення про територіальне відділення Антимонопольного комітету України, затвердженого розпорядженням Антимонопольного комітету України від 23 лютого 2001 року № 32-р зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 30 березня 2001 року за № 291/5482 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), адміністративна колегія Південно – східного міжобласного територіального відділення Антимонопольного комітету України

ПОСТАНОВИЛА:

1. Визнати, що дії приватного підприємства «Доктор Хелсі» (ідентифікаційний код – 31045996) щодо використання позначення «Лошадиная сила», зокрема при оформленні упаковки крему-бальзаму протизапального для суглобів, яке схоже на позначення «СИЛА ЛОШАДИ», яке у т.ч. міститься на упаковці крему на гелевій основі для суглобів ТОВ «Лекопро», без дозволу (згоди) товариства з обмеженою відповідальністю «Лекопро», яке раніше розпочало його використання у своїй господарській діяльності, що може призвести до змішування діяльності ПП «Доктор Хелсі» з діяльністю ТОВ «Лекопро», порушенням, передбаченим статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у вигляді неправомірного використання позначень.

2. За порушення, вказане в пункті 1 цього рішення, накласти на приватне підприємство «Доктор Хелсі» (ідентифікаційний код – 31045996) штраф у розмірі 23 000 гривень.

3. Зобов'язати приватне підприємство «Доктор Хелсі» (ідентифікаційний код - 31045996) у двомісячний строк припинити порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, вказане в пункті 1 цього рішення, про що повідомити Південно – східне міжобласне територіальне відділення Антимонопольного комітету України та надати підтвердні документи.

Штраф підлягає сплаті у двомісячний строк з дня одержання рішення.

Відповідно до статті 56 Закону України «Про захист економічної конкуренції» протягом п'яти днів з дня сплати штрафу суб'єкт господарювання зобов'язаний надіслати до Південно – східного міжобласного територіального відділення Антимонопольного комітету України документи, що підтверджують сплату штрафу.

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

Голова адміністративної колегії:
МЕЛЬНИК

Дмитро

Члени адміністративної колегії:

Лариса ГРЕЧАНА

Сергій ЧУХЛЄБОВ

Денис ТИМАРЄВ

Наталія ІГНАТЕНКО

Секретар адміністративної колегії:

Ольга МОСЯКІНА