

**ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной сторожки, дом 12

адрес электронной почты: 9aas.info@arbitr.ruадрес веб.сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>**ПОСТАНОВЛЕНИЕ****№ 09АП-41507/2018****№ 09АП-48789/2018**

город Москва

26.10.2018

дело № А40-50338/18

резолютивная часть постановления оглашена 15.10.2018

постановление изготовлено в полном объеме 26.10.2018

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующий судья Маркова Т.Т., судьи Сумина О.С., Лепихин Д.Е.,
при ведении протокола секретарем судебного заседания Бабажановым Н.Н.,
рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционные жалобы
ООО «Издательская Группа «Азбука-Аттикус» и УФАС России по г. Москве
на решение Арбитражного суда г. Москвы от 22.06.2018
по делу № А40-50338/18, принятое судьей Нариманидзе Н.А.
по заявлению ООО «Издательство «Эксмо» (ОГРН 1027739148565)
к УФАС России по г. Москве
третье лицо: ООО «Издательская Группа «Азбука-Аттикус» (ОГРН 5077746791634)
о признании незаконным решения;

при участии:

от заявителя – Савостина Н.В. по доверенности от 23.03.2018, Фурсов В.В. по доверенности от 31.03.2017;

от заинтересованного лица – Яльцев А.А. по доверенности от 09.07.2018;

от третьего лица – Кускова О.Б. по доверенности от 02.02.2018, Лабзин М.В. по доверенности от 23.07.2018;

установил: решением Арбитражного суда г. Москвы от 22.06.2018 признаны незаконными решение УФАС России по г. Москве от 26.02.2018 по делу № 1-14-1523/77-17 и предписание от 01.02.2018 № 007 о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.

В качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельного требования, в деле участвует ООО «Издательская Группа «Азбука-Аттикус»

Третье лицо - ООО «Издательская Группа «Азбука-Аттикус» и УФАС России по г. Москве не согласились с выводами суда, обратились с апелляционными жалобами, в которых просят решение суда первой инстанции отменить и принять новый судебный акт, по мотивам, изложенным в жалобах.

Представители лиц, участвующих в деле в судебном заседании поддержали свои доводы и возражения.

Законность и обоснованность принятого решения проверены судом апелляционной инстанции в порядке, предусмотренном ст. ст. 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Из материалов дела следует, что ООО Издательская Группа «Азбука-Аттикус» обратилось с жалобой в антимонопольный орган относительно наличия в действиях ООО «Издательство «Эксмо» признаков нарушения п. 2 ст. 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившегося в незаконном использовании ООО «Издательство «Эксмо» внешнего вида книжной продукции серии «Мировая классика», реализуемой ООО «Издательская Группа «Азбука-Аттикус», цветовой гаммы, иных элементов, в том числе путем реализации книжной продукции серии «Всемирная литература».

Комиссией антимонопольного органа жалоба признана обоснованной и решением в действиях ООО «Издательство «Эксмо» установлено нарушение п. 2 ст. 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившееся во введении в гражданский оборот книжной продукции серии «Всемирная литература», способной вызвать смешение с товарами ООО «Издательская группа «Азбука-Аттикус», а именно путем имитации внешнего вида книжной продукции серии «Мировая классика», вводимой в гражданский оборот ООО «Издательская группа «Азбука-Аттикус», в том числе художественного оформления, обложки и иных элементов, индивидуализирующих такой товар (серию товаров).

Предписанием, вынесенным на основании указанного решения, антимонопольным органом предписано ООО «Издательство «Эксмо» устранить указанные нарушения антимонопольного законодательства.

Не согласившись с оспариваемыми решением и предписанием ООО «Издательство «Эксмо» обратилось в арбитражный суд с настоящим заявлением.

Удовлетворяя заявленные требования, суд первой инстанции исходил из того, что антимонопольным органом не представлено доказательств сходства до степени смешения между дизайном художественного оформления серии книжных изданий ООО «Издательство «Эксмо» и ООО «Издательская Группа «Азбука Аттикус» и введения потребителей в заблуждение.

Рассмотрев повторно материалы дела, выслушав представителей лиц, участвующих в деле, проверив доводы жалобы, суд апелляционной инстанции считает, что решение суда подлежит отмене исходя из следующего.

В соответствии с п. п. 1, 2 Положения о Федеральной антимонопольной службе Российской Федерации, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 № 331, Федеральная антимонопольная служба Российской Федерации является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по принятию нормативных правовых актов и контролю за соблюдением антимонопольного законодательства, законодательства в сфере деятельности субъектов естественных монополий (в части установленных законодательством полномочий антимонопольного органа), рекламы, контролю за осуществлением иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, а также по контролю в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд (за исключением полномочий по контролю в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг по государственному оборонному заказу, а также в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд, не относящихся к государственному оборонному заказу, сведения о которых составляют государственную тайну).

Федеральная антимонопольная служба Российской Федерации осуществляет свою деятельность непосредственно и через свои территориальные органы во

взаимодействии с другими федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, общественными объединениями и иными организациями (п. 4 Положения).

В силу п. 2 ч. 1 ст. 1 Закона о защите конкуренции настоящий Федеральный закон определяет организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения недопущения, ограничения, устранения конкуренции федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Центральным банком Российской Федерации.

Целями данного Закона являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков (ч. 2 ст. 1 Федерального закона о защите конкуренции).

Согласно ч. 1 ст. 3 названного Закона указано, что настоящий Федеральный закон распространяется на отношения, которые связаны с защитой конкуренции.

Статьей 22 Закона о защите конкуренции предусмотрено, что антимонопольный орган обеспечивает государственный контроль за соблюдением антимонопольного законодательства федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, хозяйствующими субъектами, физическими лицами; выявляет нарушения антимонопольного законодательства, принимает меры по прекращению нарушения антимонопольного законодательства и привлекает к ответственности за такие нарушения.

В соответствии с п. 2 ст. 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» не допускается недобросовестная конкуренция путем совершения хозяйствующим субъектом действий (бездействия), способных вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами или услугами, вводимыми хозяйствующим субъектом-конкурентом в гражданский оборот на территории Российской Федерации, в том числе: копирование или имитация 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.

Понятие недобросовестной конкуренции определено в п. 9 ст. 4 названного Федерального закона - 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.

Копированием внешнего вида изделия являются воспроизведение внешнего вида изделия другого хозяйствующего субъекта (предпринимателя) и введение его в гражданский оборот.

Имитация внешнего вида товара представляет собой своеобразное подражание товару конкурента с целью создания у покупателей впечатления о принадлежности таких товаров линейке имитируемых товаров.

Не может признаваться неправомерным копирование (имитация) внешнего вида изделия или его частей, если такое копирование обусловлено исключительно их функциональным применением.

Перечень случаев смешения, приведенный в п. п. 1, 2 ст. 14.6 названного Федерального закона, не является исчерпывающим.

В соответствии с п. 7 ст. 4 названного Закона конкуренция - соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Факт недобросовестной конкуренции подлежит доказыванию наличия конкурентных отношений, активные действия конкурента, способные вызвать смешение, направленность действий конкурента на получение им преимуществ, а также причинение или возможность причинения убытков либо нанесение или возможность нанесения вреда деловой репутации такими действиями.

Предметом оценки и основанием квалификации действий по п. 2 ст. 14.6 Федерального закона о защите конкуренции является визуальное смешение товаров в обороте, а в предмет доказывания входит сходство до степени смешения одноименного товара двух производителей при введении в оборот одним из них товара с определенным внешним видом в более ранние периоды.

В рассматриваемом случае речь не идет о полном копировании внешнего вида изделия, а о его имитации, то есть о своеобразном подражании конкуренту с целью создания у покупателей впечатления о принадлежности таких товаров линейке имитируемых товаров. Одним из доказательств, подтверждающих факт смешения товаров в обороте, являются сведения о фактах заблуждения потребителя относительно производителя товаров.

Из материалов дела следует, что в ходе проверки антимонопольным органом установлено, что ООО «Издательская Группа «Азбука-Аттикус» (третье лицо) и ООО «Издательство «Эксмо» (заявитель осуществляют конкурентную деятельность на товарном рынке книжной продукции и издательской деятельности, в том числе на территории г. Москвы.

Факт того, что заявитель и третье лицо являются конкурентами, сторонами не отрицается.

Оценив дизайн художественного оформления серии книжных изданий, антимонопольный орган пришел к выводу о том, что ООО «Издательская Группа «Азбука-Аттикус» реализует книжную продукцию серии «Мировая классика», выполненную в едином художественном оформлении (здесь и далее под художественным оформлением понимается внешний вид и дизайн обложек для книг).

ООО «Издательство «Эксмо» реализует книжную продукцию серии «Всемирная литература», выполненную в едином художественном оформлении.

В судебном заседании суда апелляционной инстанции сторонами представлены книги, обложки которых обеих серий представляют собой вертикально ориентированную прямоугольную композицию. Центральная часть обложки заключена в широкую сетчатую рамку. В центральной части, ограниченной рамкой, размещаются словесные и изобразительные элементы: в верхней части, наполовину находя на рамку (серия «Мировая классика»), на самой рамке (серия «Всемирная литература») размещена эмблема с указанием серии; под эмблемой размещено имя автора произведения, в центре - декоративный элемент, ниже - название произведения. Корешки книги также выполнены в единой стилистике: в центре крупными буквами

вдоль корешка размещено имя автора, в верхней части по ширине корешка - название произведения, далее в вариативной последовательности - обрамление и эмблема. Обе серии издаются в нескольких цветовых решениях, входящих в одну палитру - темные, приглушенные цвета.

По мнению антимонопольного органа и третьего лица, книжная продукция рассматриваемых изданий не относится к товарам высокой ценовой категории (одежда, бытовая техника и т.п.), приобретение этого товара не предполагает высокой степени внимательности и осмотрительности, что создает вероятность неосознанного выбора в пользу товара конкурента. Потребитель, ориентируясь именно на знакомый внешний вид необходимого ему товара, чаще всего не обращает внимания на его изготовителя, в данном случае издателя. Более того, обе серии книжных изданий посвящены классической литературе, при приобретении которой потребитель чаще всего выбирает лишь между различными вариантами ее оформления в силу известности самих произведений и их авторов, что еще больше сказывается на степени внимательности потребителя.

Суд первой инстанции посчитал, что фотоизображения обложек книг серии «Всемирная литература» ООО «Издательство «Эксмо» различаются по цветографическим и дизайнерским решениям с обложками книг серии «Мировая классика», издаваемой ООО «Издательская группа «Азбука-Аттикус», визуально они воспринимаются по-разному. У книг разные названия серий: «Всемирная литература» и «Мировая классика», разное цветовое решение лицевых сторон обложек (двухцветная - у ООО «Издательства «Эксмо» и одноцветная - у ООО «Издательская группа «Азбука-Аттикус», различное выполнение сетки на лицевой стороне обложки, надписи выполнены разными шрифтами. Также корешки книг оформлены по-разному, их нельзя собрать в одну серию, соответственно нельзя перепутать рядовому потребителю, который покупает книги одной серии. Кроме того, судом первой инстанции указано на то, что оформление обложек серий «Всемирная литература» и «Мировая классика» является традиционным для обложек книг классиков отечественной и мировой литературы. Известно очень много книг, издававшихся намного раньше указанных серий, содержащих сетку и/или рамку с орнаментом золотистого цвета по периметру лицевой стороны обложки.

Судом первой инстанции приняты во внимание фотографии обложек книг, схожих по оформлению со спорными сериями и опрос респондентов по вопросу восприятия респондентами серии книг «Всемирная литература» ООО «Издательство «Эксмо») и «Мировая классика» (ООО «Издательская группа «Азбука-Аттикус»), в котором содержатся выводы о том, что для респондентов, покупавших классическую литературу, не важен дизайн обложек классических книг, по данным указанного исследования, книги выбирают по иным моментам, а не по оформлению обложек.

По мнению ООО «Издательство «Эксмо», поскольку в книжных магазинах книги стоят на полках корешками к покупателям (зачастую обложки книг не видны, корешки книг сравниваемых серий оформлены принципиально по-разному), потребителю перепутать их невозможно. Издательство, выпустившее книгу, указано на первом и последнем листах книги, в выходных данных. Кроме того, на обложках и корешках книг, издаваемых ООО «Издательская группа «Азбука-Аттикус» и ООО «Издательство «Эксмо» расположены их товарные знаки: № 562005 (неохраняемые элементы: все слова, дата приоритета - 02.07.2014, дата государственной регистрации: 18.01.2016), № 185686 (дата приоритета товарного знака 23.07.1997, дата государственной регистрации: 09.03.2000), № 185686 (дата приоритета товарного знака 23.07.1997, дата государственной регистрации: 09.03.2000).

Отклоняя доводы ООО «Издательство «Эксмо», суд апелляционной инстанции исходит из того, что не сформирована целевая группа респондентов, в частности отсутствуют сведения об их возрасте, образовании, социальном положении; опрос

проведен без учета круга потребителей соответствующего товара; не выявлены признаки, по которым респонденты не путают товары.

Суд апелляционной инстанции приходит к выводу о том, что указанные серии книжной продукции, не является продукцией, покупаемым всеми потребителями товаров без исключения, независимо от пола и возраста. Если оценивать ответы респондентов, то обращают на себя внимание ответы лиц, приобретающих конкретную книгу, которые не спутают ее ни с какой другой книгой. При этом при отсутствии полной тождественности, цветовая гамма имеет важное значение, влияющее на восприятие изображения в целом, приобретение этого товара не предполагает высокой степени внимательности и осмотрительности, что создает вероятность неосознанного выбора в пользу товара конкурента. Потребитель, ориентируясь именно на знакомый внешний вид необходимого ему товара, чаще всего не обращает внимания на его изготовителя, в данном случае издателя, что, безусловно, могло ввести в заблуждение опрашиваемых.

В судебном заседании представлены на обозрение суда оригинальные книги указанных серий и при обозрении которых суд апелляционной инстанции пришел к выводу о том, что книжная продукция совпадает с дизайном, графическому написанию букв, шрифту, визуальным объектам с учетом предмета исследования.

При таких обстоятельствах следует признать то, что антимонопольным органом представлены доказательства введения потребителей в заблуждение относительно товара, производителей, что свидетельствует о доказанности в действиях ООО «Издательство «Эксмо» нарушения п. 2 ст. 14.6 Федерального Закона о защите конкуренции, выразившихся в незаконном использовании ООО «Издательство «Эксмо» внешнего вида книжной продукции серии «Мировая классика», реализуемой ООО «Издательская Группа «Азбука-Аттикус», цветовой гаммы, иных элементов, в том числе путем реализации книжной продукции серии «Всемирная литература».

Расходы по оплате государственной пошлины распределены в порядке ст. 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Руководствуясь ст. ст. 110, 266, 268, 269, 270, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации,

П О С Т А Н О В И Л:

Решение Арбитражного суда г. Москвы от 22.06.2018 по делу № А40-50338/18 отменить.

В удовлетворении заявленных ООО «Издательство «Эксмо» требований о признании незаконным решения УФАС России по г. Москве от 26.02.2018 по делу № 1-14-1523/77-17 и незаконным предписания УФАС России по г. Москве от 01.02.2018 № 007 о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, отказать.

Взыскать с ООО «Издательство «Эксмо» в пользу ООО «Издательская Группа «Азбука-Аттикус» расходы по оплате государственной пошлины в размере 1.500 руб. по апелляционной жалобе.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме в Арбитражный суд Московского округа.

Председательствующий судья
Судьи

Т.Т. Маркова
О.С. Сумина
Д.Е. Лепихин

