



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РІШЕННЯ

26 вересня 2019 р.

Київ

№ 647 - р

Про порушення законодавства
про захист від недобросовісної
конкуренції та накладення штрафу

Відповідачем у справі є товариство з обмеженою відповідальністю «Котнар-М» (далі – ТОВ «Котнар-М», Товариство, Відповідач).

ТОВ «Котнар-М» неправомірно використовує у господарській діяльності назву та оформлення упаковки (етикетка та пляшка) лікерів «O'DAILY».

За результатами розгляду Антимонопольним комітетом України (далі – Комітет) справи № 127-26.4/51-19 дії ТОВ «Котнар - М» (с. Мужієво, Закарпатська обл., Україна, ідентифікаційний код юридичної особи 36210111) визнано порушенням, передбаченим статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у вигляді поширення неправдивих відомостей на контретикетці лікеру «O'DAILY ORIGINAL», що до його складу входить аромат «Ірландський», у той час як ТОВ «Котнар-М» не надало підтвердних документів про приналежність аромату «Ірландський» саме до Ірландії, та розміщення на етикетках лікерів «O'DAILY» позначень «CHOCOLATE», «HAZELNUT» у найменуваннях лікерів «O'DAILY CHOCOLATE», «O'DAILY HAZELNUT», у той час як у складі лікеру відсутні такі компоненти, що могло вплинути на наміри осіб щодо придбання товарів цього суб'єкта господарювання.

На порушника накладено штраф у розмірі 150 000 (сто п'ятдесят тисяч) грн., зобов'язано припинити порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції шляхом приведення інформації, розміщеної на етикетках та контретикетках лікерів «O'DAILY», а саме: аромат «Ірландський» та позначення «CHOCOLATE», «HAZELNUT», у відповідність із властивостями складу продукції.

Комітет, розглянувши матеріали справи № 127-26.4/51-19 про порушення ТОВ «Котнар-М» законодавства про захист від недобросовісної конкуренції та подання з попередніми висновками Управління недобросовісної конкуренції № 127-26.4/51-19/324-спр від 12.07.2019,

ВСТАНОВИВ

1. ПРЕДМЕТ СПРАВИ

- (1) Порушення, передбачене статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у вигляді поширення інформації, що вводить в оману
- (2) Порушення вчинене шляхом поширення неправдивих відомостей на етикетках лікеру «O'DAILY» позначень «CHOCOLATE» та «HAZELNUT» у найменуваннях лікерів «O'DAILY CHOCOLATE» та «O'DAILY HAZELNUT», в той час, як у складі даних лікерів містяться лише аромат «Шоколад» та аромат «Лісовий горіх» та зазначення на контретикетці лікеру «O'DAILY ORIGINAL», що до його складу входить аромат «Ірландський», у той час як відповідно до наданих Комітету документів, з них не вбачається, що аромат «Ірландський», виготовляється саме за ірландською технологією або має відношення до Ірландії, що може призвести до введення споживачів в оману.

2. СТОРОНИ

- (3) **Заявником** у справі є міжнародна компанія «R&A BAILEY & CO» (далі – компанія «R&A BAILEY & CO», Заявник, Компанія) (Республіка Ірландія), яка безпосередньо здійснює виробництво лікеру «BAILEYS», офіційним імпортером є товариство з обмеженою відповідальністю «Баядера-Імпорт» (далі- ТОВ «Баядера-Імпорт») (м. Київ), а офіційним дистриб'ютором – товариство з обмеженою відповідальністю «Баядера Логістик» (далі- ТОВ «Баядера Логістик») (м. Київ).
- (4) Відповідно до установчого договору Заявника, Компанія, зокрема, була створена для таких цілей:
 - здійснювати в Ірландії та в будь-якій іншій країні (за рішенням директора Компанії) діяльність експортерів, імпортерів, виробників і дистриб'юторів (гуртових та роздрібних) пива, елю, портеру, стауту, вина, спиртів, газованої і мінеральної води, спиртних напоїв будь-якого виду та інших напоїв, алкогольних чи неалкогольних; діжок, пляшок та іншої тари для таких напоїв, а також усіх інших матеріалів та предметів, що можуть використовуватися у зв'язку з такою діяльністю;
 - вести діяльність компанії з надання фінансових послуг, включаючи (без обмежень) діяльність операторів багатостороннього розрахункового центру та керівників такого підприємства; проводити операції з іноземними валютами, ф'ючерсами, опціонами, свопами, цінними паперами, векселями, акціями, облігаціями, короткостроковими векселями, спотами та іншими фінансовими активами, торговими інструментами, які є аналогічними до будь-чого з вищезазначеного або похідними від нього тощо.
- (5) За інформацією, наданою Заявником, Компанія контролюється міжнародною корпорацією DIAGEO (ДІАГЕО), яка є найбільшим у світі виробником елітних алкогольних напоїв та створена у 1997 році шляхом злиття корпорацій Grand Metropolitan та Guinness plc, кожна з яких на той момент володіла суттєвими активами в харчовій промисловості.

- (6) Заявник зазначає про те, що Компанія здійснює господарську діяльність на території України опосередковано – через представництво «DIAGEO SCOTLAND LIMITED» («ДІАГЕО СКОТЛАНД ЛІМІТЕД») (далі – «DIAGEO SCOTLAND LIMITED») та офіційного дистриб'ютора й імпортера.
- (7) Так, відповідно до наявних у Комітеті документів, діяльність представництва «DIAGEO SCOTLAND LIMITED» в Україні підтверджується свідоцтвом про реєстрацію від 25 вересня 2008 року № ПІ - 4210, виданим заступником міністра Міністерства економіки України (далі – Свідоцтво).
- (8) Відповідно до Свідоцтва, представництво «DIAGEO SCOTLAND LIMITED» здійснює свої функції згідно із законодавством України. Місцезнаходження представництва: м. Київ.
- (9) Крім того, зазначене вище підтверджується довідкою (АА № 389971) з єдиного державного реєстру підприємств та організацій України, виданою Державним комітетом статистики України (далі – Довідка).
- (10) Відповідно до Довідки, основними видами діяльності представництва «DIAGEO SCOTLAND LIMITED» є: дослідження кон'юктури ринку та виявлення суспільної думки (74.13.0), консультування з питань комерційної діяльності та управління (74.14.0).
- (11) Офіційним імпортером лікеру «Baileys» на території України є ТОВ «Баядера-Імпорт», а дистриб'ютором – ТОВ «Баядера Логістик».
- (12) ТОВ «Баядера-Імпорт» (ідентифікаційний код юридичної особи 32155618) зареєстроване 30 жовтня 2002 року.
- (13) ТОВ «Баядера-Імпорт» є юридичною особою, яка діє на підставі Статуту.
- (14) Основними видами господарської діяльності ТОВ «Баядера-Імпорт», згідно з класифікацією видів економічної діяльності (КВЕД), є оптова торгівля напоями (основний); неспеціалізована оптова торгівля продуктами харчування, напоями та тютюновими виробами; роздрібна торгівля в неспеціалізованих магазинах переважно продуктами харчування, напоями та тютюновими виробами; роздрібна торгівля напоями в спеціалізованих магазинах.
- (15) Отже, ТОВ «Баядера-Імпорт» є суб'єктом господарювання у розумінні статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції».
- (16) ТОВ «Баядера Логістик» зареєстроване 22 квітня 2008 року.
- (17) ТОВ «БаядераЛогістик» є юридичною особою, яка діє на підставі Статуту.
- (18) Основними видами господарської діяльності ТОВ «Баядера Логістик», згідно з класифікацією видів економічної діяльності (КВЕД), є оптова торгівля напоями (основний); неспеціалізована оптова торгівля, роздрібна торгівля в неспеціалізованих магазинах переважно продуктами харчування, напоями та тютюновими виробами; роздрібна торгівля напоями в спеціалізованих магазинах.
- (19) Отже, ТОВ «Баядера Логістик» є суб'єктом господарювання у розумінні статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

- (20) **Відповідачем** у справі є товариство з обмеженою відповідальністю «Котнар-М» (с. Мужієво, Закарпатська обл., Україна, ідентифікаційний код юридичної особи 36210111).
- (21) ТОВ «Котнар-М» зареєстроване 02 жовтня 2009 року.
- (22) ТОВ «Котнар-М» є юридичною особою, яка діє на підставі Статуту.
- (23) Основними видами господарської діяльності ТОВ «Котнар-М» згідно з класифікацією видів економічної діяльності (КВЕД), зокрема, є виробництво фруктових і овочевих соків; дистиляція, ректифікація та змішування спиртних напоїв; виробництво виноградних вин (основний); виробництво сидру та інших плодово-ягідних вин; виробництво інших недистильованих напоїв із зброджуваних продуктів; виробництво безалкогольних напоїв; виробництво мінеральних вод та інших вод, розлитих у пляшки; оптова торгівля напоями; оптова торгівля цукром тощо.
- (24) Тобто, Товариство є суб'єктом господарювання у розумінні статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції».
- (25) Отже, Заявник та ТОВ «Котнар-М» є конкурентами.

3. ПРОЦЕСУАЛЬНІ ДІЇ

- (26) До Комітету надійшла заява від 26.12.2018 № 181226/13586 (зареєстрована в Комітеті 27.12.2018 за № 15-01/371-АМ) (далі – Заява) Компанії «R&A BAILEY & CO» про недобросовісну конкуренцію у діях ТОВ «Котнар-М» під час виробництва та реалізації кремкових лікерів «O'DAILY».
- (27) Службовою запискою від 30.01.2019 № 127-09/783 матеріали справи № 127-26.4/105-17 приєднано до матеріалів Заяви.
- (28) Розпорядженням державного уповноваженого Комітету від 26.03.2019 № 09/114-р розпочато розгляд справи № 127-26.4/51-19 за ознаками вчинення ТОВ «Котнар-М» порушення, передбаченого статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у вигляді поширення неправдивих відомостей шляхом розміщення на етикетках лікеру «O'DAILY» позначень «CHOCOLATE» та «HAZELNUT» у найменуваннях лікерів «O'DAILY CHOCOLATE» та «O'DAILY HAZELNUT», в той час, як у складі даних лікерів містяться лише аромат «Шоколад» та аромат «Лісовий горіх» та зазначення на контретикетці лікеру «O'DAILY ORIGINAL», що до його складу входить аромат «Ірландський», у той час як відповідно до наданих Комітету документів, з них не вбачається, що аромат «Ірландський», виготовляється саме за ірландською технологією або має відношення до Ірландії, що може призвести до введення споживачів в оману.
- (29) Розпорядженням державного уповноваженого Комітету від 27.05.2019 № 09/114-р розгляд справи № 127-26.4/51- 19 зупинено до завершення розгляду Господарським судом справи № 910/2722/19.
- (30) Ухвалою Господарського суду м. Києва від 11.06.2019 у справі № 910/2722/19 за позовом ТОВ «Котнар-М» до Комітету про скасування рішення Комітету

від 13.12.2018 № 721-р позовну заяву ТОВ «Котнар-М» залишено без розгляду.

- (31) Розпорядженням державного уповноваженого Комітету від 05.07.2019 № 09/214-р розгляд справи № 127-26.4/51-19 поновлено.
- (32) Листом від 12.07.2019 № 127-26.4/09-9015 до ТОВ «Котнар-М» надіслано подання про попередні висновки у справі № 127-26.4/51-19/324-спр.
- (33) Листом від 05.08.2019 № 105/01 (вх. Комітету від 06.08.19 № 8-01/9145) ТОВ «Котнар-М» надало зауваження до подання про попередні висновки у справі № 127-26.4/51-19/324-спр.
- (34) Листом від 12.07.19 № 127-26.4/09-9017 подання про попередні висновки у справі № 127-26.4/51-19/324-спр надіслано Заявнику.
- (35) Заявник листом від 18.07.19 № 190718 (вх. Комітету від 19.07.19 № 8-01/8323) надав до Комітету свої доводи щодо подання про попередні висновки у справ № 127-26.4/51-19/324-спр.

4. ОБСТАВИНИ СПРАВИ

4.1. Обставини справи, встановлені за результатами дослідження діяльності Заявника

- (36) Заявником у справі є Компанія «R&A BAILEY & CO», яка створена в Ірландії 24 вересня 1974 року та зареєстрована за номером 49185, розташована за адресою: Nangor House, Western Estate, Nangor Road, Dublin 12, Republic of Ireland.
- (37) За інформацією, наданою Заявником, алкогольна продукція, яку виробляє Заявник, представлена на світовому та національному ринках алкогольних напоїв відомих брендів, зокрема й лікерами Baileys.
- (38) Заявник та компанія DIAGEO є відомими у світі компаніями, які асоціюються у споживачів із світовими торговельними марками (брендами) відомих алкогольних напоїв, які належать до таких категорій, як віскі, горілка, бренді (коньяк), джин, ром тощо.
- (39) Разом з тим компанія DIAGEO також відома таким брендом, як Baileys під яким виробляються однойменні лікери.
- (40) За інформацією, отриманою від Заявника, виробництво лікерів Baileys, розпочалося з 1974 року.
- (41) Так, Заявником зазначено про те, що лікер BAILEYS є відомим брендом ірландського вершкового лікеру, в якому використовується суміш молочних вершків та віскі з різних дистиляцій. Випущений компанією Заявника в Ірландії у 1974 році, це був загалом перший ірландський лікер. Цей продукт був випущений на міжнародний ринок 1975 року, а на ринки США та Канади - у 1979 році.

- (42) Отже, лікер BAILEYS має давню історію, яка датована ще 1970-ми роками та започаткована в Ірландії.
- (43) Основними видами лікерів Baileys, які реалізуються в Україні, є такі:
- «BAILEYS Original»;
 - «BAILEYS Mint Chocolate»;
 - «BAILEYS Crème Caramel»;
 - «BAILEYS Coffee»;
 - «BAILEYS Hazelnut Flavour» (див фотокопію. 1).



Фотокопія 1

- (44) Зазначені види лікерів відрізняються смаками, так, зокрема, «BAILEYS Original» – оригінальний (стандартний) лікер BAILEYS; «BAILEYS Mint Chocolate» – лікер BAILEYS із м'ятою та шоколадом; «BAILEYS Crème Caramel» – лікер Baileys із додаванням карамелі; «BAILEYS Coffee» – лікер BAILEYS із додаванням кави; «BAILEYS Hazelnut Flavour» – лікер BAILEYS з свіжим ірландським вершковим кремом із віскі потрійної дистиляції та з додаванням лісних горіхів.
- (45) До складу зазначених вище лікерів, входять: «BAILEYS Mint Chocolate» – шоколад; «BAILEYS Crème Caramel» – карамель; «BAILEYS Coffee» – кава.
- (46) Зовнішнє оформлення упаковок (пляшки, етикетки) продукції Заявника, зокрема, лікеру «BAILEYS Original» (див. фотокопію 2), має такий вигляд:



Фотокопія 2

- (47) Так, на етикетці на лицьовій стороні пляшки, міститься напис «The», біля якого розміщено напис «ORIGINAL». Отже, написи «The» та «ORIGINAL» створюють одне словосполучення, яке в контексті означає конкретний вид (назву) лікеру «BAILEYS».
- (48) Нижче міститься напис «Irish Cream», виконаний прописними літерами.
- (49) Написи «The ORIGINAL» та «Irish Cream» зображені біло-золотистим кольором.
- (50) Під цими написами міститься червона риска, під якою великими латинськими літерами золотого кольору зазначено «PRODUCT of IRELAND».
- (51) За наявною в Комітеті інформацією, напис «Irish Cream» у перекладі з англійської мови означає «Ірландський крем», а «PRODUCT of IRELAND» - «Продукт Ірландії».
- (52) Отже, зазначення написів «Irish Cream» та «PRODUCT of IRELAND» на етикетці лікеру «BAILEYS ORIGINAL» дає змогу ототожнювати зазначений алкогольний напій з Ірландією.
- (53) На зворотному боці пляшки лікеру «BAILEYS ORIGINAL» міститься наліпка, виконана чорним кольором. На ній літерами золотого кольору викладена інформація (далі – Наліпка).
- (54) Так, у верхній частині Наліпки, по центру, зазначено «Лікер «Бейліс» («BAILEYS»).
- (55) Нижче на наліпці, меншим шрифтом, наведена така інформація: «...Виробник та адреса потужностей виробництва: «P&A Бейліс & Ко Дублін», Нангор Хаус, Нангор Род, Вестерн Естейт, Дублін 12, Ірландія, т. +44(0)1259761481 («R&A Baileys & Co Dublin», Nangor House, Nangor Road, Western Estate, Dublin 12, Ireland, Ірландія). Офіційний імпортер: ТОВ «Баядера-Імпорт», юридична адреса: Україна, 02160, м. Київ, вул. Регенераторна, 4, ліц. № 1200000600090: місцезнаходження: Україна, 02081, м. Київ, вул. Дніпровська набережна 23В, т. (044) 354 09 20. Офіційний дистриб'ютор: ТОВ «Баядера Логістик»...»
- (56) Отже, відповідно до інформації, викладеної на Наліпці, лікер «BAILEYS ORIGINAL» вироблений за адресою та на потужностях, розміщених в Ірландії.
- (57) Крім того, відповідно до складу лікеру «BAILEYS ORIGINAL», який зазначений на Наліпці, до нього входять інгредієнти, країною походження яких є Ірландія.
- (58) Тобто, зазначення такої інформації, а також написів «Irish Cream» та «PRODUCT of IRELAND» на етикетці лікеру «BAILEYS ORIGINAL» дає змогу асоціювати зазначений продукт із відомим у світі лікером «BAILEYS», виготовленим в Ірландії.
- (59) Етикетки та контретикетки інших видів лікеру «BAILEYS» є майже ідентичними до зазначеної вище етикетки та контретикетки, за винятком

певних відмінностей, що зумовлені конкретним видом лікеру. На кожній з етикеток/контретикеток, зокрема, присутні написи «Baileys», «Irish Cream» та «PRODUCT of IRELAND».

- (60) Отже, зазначення на лікері «BAILEYS» таких написів, як «Irish Cream», «PRODUCT of IRELAND» та наявність у складі інгредієнтів, країною походження яких є Ірландія, дають змогу споживачам асоціювати зазначений лікер як іноземний продукт походженням з Ірландії.
- (61) На території України лікер «BAILEYS» пропонується до продажу щонайменше з 2005 року, що, зокрема, підтверджується наявними в Комітеті документами.
- (62) Крім того, Заявник зазначає про те, що має власний сайт www.baileys.com, на якому також рекламується бренд лікерів «BAILEYS».
- (63) Так, зокрема, на зазначеному сайті розміщена інформація про історію бренду лікерів «BAILEYS», рецепти, нагороди тощо.
- (64) Також- зазначено, що лікер «BAILEYS» є саме Ірландським лікером, зокрема, у розділі «history» («історія») зазначено про те, що «The Baileys story began in Dublin 1974...» («Історія BAILEYS розпочалася у Дубліні в 1974 році...»).
- (65) Отже, споживачі при ознайомленні з інформацією, викладеною на сайті www.baileys.com, можуть асоціювати лікери «BAILEYS» саме з Ірландією.
- (66) Відповідно до інформації, наданої Заявником, вартість лікеру «BAILEYS» місткістю 0,5 л становить 427,50 грн.
- (67) Тривалий та безперервний строк виробництва й реалізації продукції під позначенням «BAILEYS», зокрема лікеру «BAILEYS», виробництва компанії «R&A BAILEY & CO», обізнаність про цю продукцію споживачів сприяли набуттю Заявником ділової репутації та визнанню серед споживачів, зокрема і на території України, як іноземного алкогольного напою родом з Ірландії.
- (68) Крім того, з наданої Заявником інформації встановлено, що, починаючи з 2005 року, через ТОВ «Баядера-Імпорт» здійснюються систематичні поставки лікерів «BAILEYS/Бейліс» в Україну у значних обсягах. Лікери «BAILEYS/Бейліс» реалізуються понад 1 600 підприємствами по всій території України, включаючи, зокрема, такі торговельні мережі: ТОВ «Метро Кеш Енд Кері Україна», ТОВ «Сільпо-Фуд», ТОВ «АТБ-МАРКЕТ», ТОВ «Ашан Україна Гіпермаркет», ТОВ «Новус Україна», підприємство з іноземними інвестиціями «Білла-Україна», ТОВ «Фудмережа», ТОВ «Союз Супермаркетів Харкова», ТОВ «БАЙН ХАУЗ ГРУПП», ТОВ «Маркет-А» тощо
- (69) При здійсненні господарської діяльності, Заявнику, наприкінці вересня 2018 року стало відомо про те, що Відповідач реалізує лікери «O'DAILY/Дейлі», зокрема: 1) «O'DAILY CHOCOLATE»; 2) «O'DAILY ORIGINAL»; 3) «O'DAILY HAZELNUT» (далі – Напої).
- (70) На думку Заявника, в діях ТОВ «Котнар-М» вбачаються ознаки порушення статті 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у

вигляді поширення інформації, що вводить в оману, шляхом розміщення неправдивої інформації про склад Напоїв.

4.2. Обставини справи, встановлені за результатами діяльності Відповідача

- (71) Відповідно до наявної в Комітеті інформації, ТОВ «Котнар-М» є виробником алкогольної продукції, яка включає в себе, зокрема, білі, червоні, рожеві, напівсолодкі, напівсухі, сухі, десертні та сливові вина під назвами «CHATEAU COTNAR», «Gorobchiki RIESLING», «TRAMINER – Gorobchiki», «Совиньон (SAUVIGNON)», «Виния МУСКАТ», «ТРОЯНДА», «Мерло», «Каберне», «ROSE», «Gorobchiki ROSE», «ИЗАБЕЛЛА», «CHARDONNAY» тощо.
- (72) Крім виробництва та реалізації вин, ТОВ «Котнар-М» здійснює виробництво та реалізацію крем-лікерів «O'DAILY».
- (73) ТОВ «Котнар-М» має ліцензію, видану Державною фіскальною службою України на виробництво алкогольних напоїв (далі – Ліцензія).
- (74) Термін дії Ліцензії – з 29 грудня 2014 року до 29 грудня 2019 року.
- (75) Лікери виробництва ТОВ «Котнар-М» під позначенням «O'DAILY» представлені, зокрема, такими видами:
- «O'DAILY CHOCOLATE»;
 - «O'DAILY HAZELNUT»;
 - «O'DAILY ORIGINAL» (див. фотокопію 3).



Фотокопія 3

- (76) Зазначені види лікерів відрізняються смаками, так, зокрема, «O'DAILY HAZELNUT» – лікер з додаванням аромату лісових горіхів, «O'DAILY CHOCOLATE» – лікер з ароматом шоколаду.
- (77) Товариство, зазначає про те, що здійснює виробництво в Україні лікерів «O'DAILY», зокрема, лікеру «O'DAILY CHOCOLATE» – з листопада 2017 року, «O'DAILY HAZELNUT» – з липня 2017 року, «O'DAILY ORIGINAL» – з жовтня 2017 року.
- (78) На етикетках лікерів «O'DAILY» зазначено, що виробником лікерів є ТОВ «Котнар-М».

Оформлення етикеток продукції Відповідача, а саме лікеру «O'DAILY ORIGINAL», є таким (фотокопія 4)

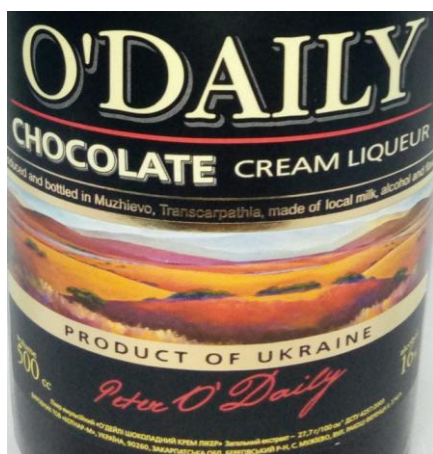


Фотокопія 4

- (79) На етикетці проведено тонку лінію золотого кольору, під якою таким саме кольором латинськими літерами зазначено: «Produced and bottled in Muzhyevo, Transcarpathia, made of local milk, alcohol and flavor».
- (80) Нижче міститься широка золота лінія, на якій по центру міститься напис, виконаний великими латинськими літерами чорного кольору – «PRODUCT OF UKRAINE».
- (81) Відповідно до викладеної інформації, на ній зазначається про те, що вказаний напій є продуктом України, виготовленим на Закарпатті.
- (82) По центру етикетки, розміщено латинськими прописними літерами червоного кольору напис «Peter O'Daily».
- (83) Знизу етикетки, по центру, маленьким шрифтом жовтого кольору викладено інформацію, зокрема, про вид, калорійність та виробника лікеру «O'DAILY Original», наступним чином: «Лікер емульсійний «О'ДЕЙЛІ ОРІГІНАЛ крем-лікер» Загальний екстракт – 27,7 г./100см³ ДСТУ 4257:2003. ВИРОБНИК: ТОВ «КОТНАР-М», Україна, 90260, ЗАКАРПАТСЬКА ОБЛ., БЕРЕГІВСЬКИЙ Р-Н, С. МУЖІЄВО, ВУЛ. РАКОЦІ ФЕРЕНЦА ПБ 274/А».
- (84) На зворотній стороні пляшки розміщена контретикетка.

- (85) Відповідно до інформації, викладеної на контретикетці лікеру «O'DAILY ORIGINAL», він має такий склад: «спирт етиловий ректифікований «Люкс», молоко коров'яче питне, цукор, вода питна підготовлена, аромат «ірландський», ароматизатор натуральний віскі, стабілізатор ксантан. Харчова (поживна) цінність г/10 г; вуглеводи – 23,0, білки – 2,0, жири – 2,3. Енергетична цінність (калорійність) – 859 кДж (205 ккал)/100 г».
- (86) У нижній частині контр етикетки, правіше міститься інформація, зазначена дрібним шрифтом жовтого кольору, – «...Номер партії ідентифікується датою виробництва. Адреса виробника та потужностей виробництва: ТОВ «КОТНАР-М», 90260, Закарпатська обл., Берегівський р-н, с. Мужієво, вул. Ракоці Ференца II, 274/А, код ЄДРПОУ 36210111, ліцензія № 68, тел./факс +38 (03141) 4 34 30».
- (87) Отже, виходячи з інформації, розміщеної на зворотній стороні пляшки на контретикетці, лікер «O'DAILY ORIGINAL» виробляється в Україні та містить у своєму складі ароматизатор «ірландський».
- (88) Справа від дати, на білому фоні, розміщено напис «Peter O'Daily», ідентичний тому, що міститься на етикетці.
- (89) З огляду на викладене, ТОВ «Котнар-М» є виробником лікеру «O'DAILY ORIGINAL».
- (90) ТОВ «Котнар-М» зазначило про те, що за весь час виробництва та реалізації лікерів «O'DAILY» дизайн етикеток продукції не змінювався.
- (91) Розробником, за повідомленням ТОВ «Котнар-М» етикеток продукції лікерів «O'DAILY» (Напоїв) є працівники Товариства.
- (92) Відповідно до інформації, розміщеної на етикетці лікеру «O'DAILY ORIGINAL», зазначений напій виготовляється відповідно до ДСТУ 4257:2003 «Напої лікero-горілчані. Технічні умови» (далі – ДСТУ).
- (93) Так, відповідно до статті 1 ДСТУ, цей стандарт поширюється на напої лікero-горілчані міцністю від 1,2% до 60%, виготовлені змішуванням спирту етилового ректифікованого з напівфабрикатами, інгредієнтами та підготовленою водою, насичені чи ненасичені діоксином вуглецю (для слабоалкогольних напоїв), призначені для реалізації як на внутрішньому ринку, так і для експорту.
- (94) Відповідно до пункту 4.1.2 ДСТУ, залежно від міцності і масової концентрації загального екстракту лікero-горілчані напої поділяють на групи:
- лікери;
 - наливки;
 - настоянки;
 - бальзами;
 - аперитиви;
 - коктейлі;
 - напої десертні;
 - напої слабоалкогольні.

- (95) Так, відповідно до зазначеного ДСТУ, за фізико-хімічними показниками лікєро-горілчані напої поділяються на лікєри та лікєри ємульсійні.
- (96) Лікєри-ємульсійні – напої міцністю 15,0% – 25,0%.
- (97) Лікєр «O'DAILY ORIGINAL» містить 16 % алкоголю, отже є лікєром ємульсійним.
- (98) Відповідно до Рецептури лікєру «O'DAILY ORIGINAL»: зазначений продукт є лікєром ємульсійним, виготовленим за ДСТУ 4257 (ДКПП 11.01.10-80.00) - Рекомендовано до затвердження Спеціалізованою дегустаційною комісією підприємств виробників спирту та лікєро-горілчаної продукції з оцінки якості спирту, горілок, горілок особливих, лікєро-горілчаних та слабоалкогольних напоїв. Термін введення – з 29.10.2015, вперше.
- (99) Розробником зазначених рецептур є ТОВ «Котнар-М».
- (100) Товариство зазначило про те, що реклама лікєру «O'DAILY» не здійснювалася.
- (101) Відповідно до інформації, наданої ТОВ «Котнар-М», виробником зазначеного ароматизатору є компанія «АКРАС Флейворз ГмбХ» (Австрія), ця інформація підтверджується висновком державної санітарно-епідеміологічної експертизи від 15.07.2015 № 05.03.02-03/31020 (далі – Висновок).
- (102) Висновок видано на аромат «ірландський» арт 01200640 та аромат «Кава» арт 01601737.
- (103) Отже, відповідно до документів, наданих ТОВ «Котнар-М», до складу лікєру «O'DAILY ORIGINAL» входить аромат «ірландський», виробником якого є компанія, що знаходиться в Австрії. У той же час, відповідно до наданих Комітетом документів, лікєр «O'DAILY ORIGINAL» виробництва ТОВ «Котнар-М» не виготовляється за зарубіжною (ірландською) технологічною документацією.
- (104) Отже, Комітетом встановлено, що Товариство поширювало неправдиву інформацію у вигляді розміщення відомостей, що лікєр «O'DAILY ORIGINAL» є лікєром з Ірландським ароматом, у той час, як лікєр «O'DAILY ORIGINAL» не має відношення до Ірландії.
- (105) Комітетом також проведено аналіз зовнішнього оформлення етикетки та контретикетки інших лікєрів «O'DAILY», зокрема «O'DAILYS CHOCOLATE», «O'DAILY HAZELNUT», виробництва ТОВ «Котнар-М» та встановлено наступне.
- (106) Оформлення етикеток продукції «O'DAILY/Дейлі» Товариства, зокрема лікєрів «O'DAILY CHOCOLATE» та «O'DAILY HAZELNUT» є, таким (див. фотокопію 5):



Фотокопія 5

- (107) Так, на лицьових етикетках вказаних лікерів, в верхній частині великими латинськими літерами зазначено напис «O'DAILY». Нижче зазначеного напису проведено червону лінію, під якою меншим шрифтом, великими латинськими літерами, виконаними напівжирним шрифтом, зазначено написи «CHOCOLATE» та «HAZELNUT».
- (108) В нижній частині етикеток, дрібним шрифтом золотого кольору, майже не помітним, зазначено: «Лікер емульсійний «О'ДЕЙЛІ ШОКОЛАДНИЙ КРЕМ ЛІКЕР...», «Лікер емульсійний «О'ДЕЙЛІ ЛІСОВИЙ ГОРІХ КРЕМ ЛІКЕР...».
- (109) Отже, виходячи з інформації, викладеної на лицьових етикетках лікерів «O'DAILY CHOCOLATE» та «O'DAILY HAZELNUT», ТОВ «Котнар-М» зазначає та сприяє формуванню вражень у споживачів, що ці лікери є з шоколадом та з лісовим горіхом, тобто з додаванням до їх складу саме справжніх шоколаду та лісового горіху.
- (110) Разом з тим, відповідно до зазначеного складу на контретикетках лікерів «O'DAILY CHOCOLATE» та «O'DAILY HAZELNUT», поміж інших компонентів входять: тільки аромати «Шоколад» та «Лісовий горіх», а не справжні продукти шоколаду та лісового горіху.
- (111) Отже, виходячи з інформації до складу лікерів «O'DAILY CHOCOLATE» та «O'DAILY HAZELNUT» зазначеної на контретикетках вказаної продукції, зазначені лікери не містять у своєму складі шоколаду та лісового горіху в

натуральному складі, а містять лише ароматизатори «Шоколад» та «Лісовий горіх».

- (112) У такий спосіб, ТОВ «Котнар-М» зазначає на лицьових етикетках наведених вище лікерів написи «CHOCOLATE», (що в перекладі з англійської означає «шоколад») та «Лікер емульсійний «О'ДЕЙЛІ ШОКОЛАДНИЙ КРЕМ ЛІКЕР...», в той час, як до його складу входить лише аромат «Шоколад», «HAZELNUT» (що в перекладі з англійської означає «лісовий горіх») та «Лікер емульсійний «О'ДЕЙЛІ ЛІСОВИЙ ГОРІХ КРЕМ ЛІКЕР...», в той час, як до його складу входить лише аромат «Лісовий горіх».
- (113) Таким чином, споживачі можуть придбавати продукцію таких лікерів ТОВ «Котнар-М», внаслідок ознайомлення з інформацією викладеною на лицьових етикетках лікерів «O'DAILY CHOCOLATE» та «O'DAILY HAZELNUT» та придбати її, вважаючи, що у складі зазначених напоїв присутні такі компоненти (продукти), як шоколад та лісовий горіх, в той час, як насправді, в цій продукції присутні лише їх аромати.
- (114) Заявник вважає, що в діях ТОВ «Котнар-М» є порушення, передбачене статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у вигляді поширення неправдивих відомостей шляхом розміщення на етикетках лікерів «O'DAILY CHOCOLATE» та «O'DAILY HAZELNUT» позначень «CHOCOLATE» та «HAZELNUT» у найменуваннях лікерів «O'DAILY CHOCOLATE» та «O'DAILY HAZELNUT», у той час як у складі лікеру відсутні такі компоненти, що могло вплинути на наміри осіб щодо придбання товарів цього суб'єкта господарювання.
- (115) Отже, споживачі могли придбати продукцію Товариства внаслідок ознайомлення з інформацією, викладеною на етикетках лікерів «O'DAILY CHOCOLATE», «O'DAILY HAZELNUT», та придбати її, вважаючи, що у складі зазначених продуктів присутні такі компоненти, як шоколад, лісовий горіх, у той час як насправді у цій продукції присутні лише їх аромати.
- (116) Отже, зазначення на етикетках лікерів «O'DAILY» позначень «CHOCOLATE» та «HAZELNUT» у найменуваннях лікерів «O'DAILY CHOCOLATE» та «O'DAILY HAZELNUT», у той час як у складі лікеру відсутні такі компоненти, не забезпечують однозначного сприйняття покупцем наявності в лікері дійсних інгредієнтів та можуть спонукати його до придбання саме цього продукту харчування, через що виробник може отримати неправомірні переваги перед конкурентами і зокрема, перед Заявником.
- (117) Таким чином, розміщення на етикетках лікерів «O'DAILY» позначень «CHOCOLATE», «HAZELNUT» у найменуваннях лікерів «O'DAILY CHOCOLATE», «O'DAILY HAZELNUT», у той час як у складі лікеру відсутні такі компоненти, як шоколад, лісовий горіх є неправдивими відомостями.
- (118) Рішенням Комітету № 721-р від 13.12.2018 у справі № 127-26.4/105-17:
1. Визнано, що ТОВ «Котнар-М» вчинило порушення, передбачене статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у вигляді поширення неправдивих відомостей шляхом розміщення на веб-сайті в мережі Інтернет за посиланням <https://cotnar.com.ua/odailys-original.html> відомостей, що лікер «O'DAILYS Original» є «Ірландським лікером», у той час як лікер «O'DAILYS Original» не має відношення до Ірландії, зазначення на контретикетці лікеру «O'DAILYS Original», що до його складу входить

аромат «Ірландський», у той час як Товариство не надало підтвердних документів про приналежність аромату «Ірландський» саме до Ірландії, та розміщення на етикетках лікерів «O'DAILYS» позначень «Chocolate», «Hazelnut» та «Coffee» у найменуваннях лікерів «O'DAILYS Chocolate», «O'DAILYS Hazelnut» та «O'DAILYS Coffee», у той час як у складі лікеру відсутні такі компоненти, що могло вплинути на наміри осіб щодо придбання товарів цього суб'єкта господарювання.

2. За це порушення, на ТОВ «Котнар-М» накладено штраф у розмірі 3 350 000 (три мільйони триста п'ятдесят тисяч) грн.

3. Зобов'язано ТОВ «Котнар-М» у двомісячний строк з дня одержання цього рішення привести інформацію, розміщену на етикетках та контретикетках лікерів «O'DAILYS», а саме: аромат «Ірландський» та позначень «Chocolate», «Hazelnut» та «Coffee», у відповідність із властивостями складу продукції.

- (119) За наявною в Комітеті інформацією, у Господарському суді м. Києва розглядалась справа № 910/4071/17 за позовом Заявника до ТОВ «Котнар-М» про визнання торгових марок добре відомими та припинення порушення прав інтелектуальної власності.
- (120) Двадцять восьмого квітня 2017 року, в рамках справи № 910/4071/17 господарським судом було призначено судову експертизу у сфері інтелектуальної власності, проведення якої доручено атестованому судовому експерту у сфері інтелектуальної власності Жилі Богдану Володимировичу (свідцтво атестованого судового експерта № 1065, видане центральною експертно-кваліфікаційною комісією Міністерства юстиції України від 19 лютого 2016 року № 14 (діє до 19 лютого 2019 року) (далі –судовий експерт).
- (121) У Висновку судового експерта зазначено, що аналіз позначень «O'DAILYS» свідчить, що вони складаються з двох елементів: основної частини – слова (фонему) «DAILYS» та частки «O», відокремленої від основної частини за допомогою апострофа, що є характерним для написання ірландських прізвищ.
- (122) Зокрема, згідно з онлайн-версією Українського правопису. «Примітка 1. Скорочена частка «д» та ірландська частка «о» пишуться з власними іменами через апостроф: «Д'Аламбер, Д'Артаньян, Д'Обіньє; О'Генрі, О'Кейсі, О'Коннейль; ...»
- (123) Отже, оскільки частка «О» є поширеним елементом ірландських прізвищ (за загальнодоступними даними, префікс «Мас» в ірландських прізвищах означає «син», а «О́» - «онук», див., напр. <http://www.irishtimes.com/culture/heritage/irish-roots-the-use-of-gaelic-patronymic-prefixes-1.2425950>), у позначеннях «O'DAILYS», які імітують таке прізвище, основне розрізняльне навантаження має елемент «DAILYS».
- (124) Виходячи з викладеного, ТОВ «Котнар-М», використовуючи в назві лікеру «O'DAILY Original» префіксу «О», могло ототожнювати зазначений алкогольний напій, вироблений в Україні, з іноземним, зокрема, таким, що має відношення до Ірландії.

- (125) У той час як Товариство не надало підтвердних документів про приналежність аромату «Ірландський» саме до Ірландії.
- (126) З огляду на зазначене, лікер «O'DAILY» є значно дешевшим порівняно з лікером «BAILEYS» (виробництва Ірландія), тобто ціна на лікер «O'DAILY» є більш привабливою для споживачів, які будуть вважати, що придбають ірландський лікер, у той час як зазначений продукт не має жодного відношення до Ірландії.
- (127) Для з'ясування можливості введення споживачів в оману щодо сприйняття ними інформації про походження товару, Комітетом було проведено опитування. Загальна кількість респондентів – понад 250 осіб (справа № 127-26.4/105-17).
- (128) На питання, «Чи ввело б Вас в оману зазначення на сайті виробника про те, що лікер «O'DAILYS/ДейлісOriginal» є Ірландським лікером, якщо б Ви знали, що країною виробником є Україна» 162 особи надали ствердну відповідь, тобто таке поширення інформації могло ввести їх в оману.
- (129) На питання «Які ознаки, на Вашу думку, повинен мати лікер з позначенням «Ірландський» 180 осіб зазначили, що це повинна бути ірландська технологія.
- (130) Водночас, у Комітеті відсутні підтвердні документи, що лікер «O'DAILYS/Дейліс Original» виробляється за ірландською технологією та має відношення до Ірландії.
- (131) Отже, понад 50 % опитаних споживачів вважають, що зазначення на сайті про те, що лікер є «Ірландським», у той час як він не є таким, може ввести споживачів в оману та тим самим поставити Відповідача у більш вигідне становище порівняно із іншими суб'єктами господарювання, які здійснюють діяльність на відповідному ринку.
- (132) Відповідач змінив назву лікеру в зовсім незначній формі: прибрав в позначенні «O'Dailys» лише останню літеру «s», все інше в оформленні вказаних етикеток залишилося без суттєвих змін.
- (133) Така зміна назви (позначення) лікерів Відповідача не усунула та не припинила порушення, передбаченого ст. 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».
- (134) Товариством не надано до Комітету підтвердних документів щодо припинення зазначення на етикетках лікерів «O'DAILY» позначень «CHOCOLATE» та «HAZELNUT» у найменуваннях лікерів «O'DAILY CHOCOLATE», «O'DAILY HAZELNUT» та, у той час як у складі лікеру присутні лише аромати «Шоколад», «Лісовий горіх», а також щодо припинення зазначення на контретикетці лікерів «O'DAILY ORIGINAL», що до складу входить аромат «Ірландський», у той час як Товариство не надало підтвердних документів про приналежність «аромату Ірландський» саме до Ірландії.
- (135) Отже, матеріалами справи доведено, що ТОВ «Котнар-М» поширило неправдиву інформацію: на етикетках лікерів «O'DAILY» – позначення

«O'DAILY CHOCOLATE» та «O'DAILY HAZELNUT», у той час як до складу входили лише їх ароматизатори; зазначивши на контретикетці лікеру «O'DAILY ORIGINAL», що до його складу входить аромат «Ірландський», у той час як Товариством не надано підтвердних документів про приналежність «аромату Ірландський» саме до Ірландії.

(136) ТОВ «Котнар-М», листом від 26.02.2019 № 15/01 повідомило Комітет, що Товариству не відомо в яких торговельних мережах здійснюється реалізація лікерів «O'DAILY».

(137) Цим же листом, Товариство зазначило, що обсяги виробництва та продажу цих лікерів, в єдиному об'ємі 0,5 л, складають (табл. 1):

Табл. 1

2017 рік							
№	Назва продукції	Період виробництва (дата початку-дата припинення)	Період реалізації (дата початку-дата припинення)	Обсяги виробництва, (пляшки)	Обсяги реалізації (шт., літри, пляшки)	Обсяги реалізації (грн) без ПДВ та акцизного податку	Обсяги реалізації (грн) з ПДВ та з акцизним податком
1	«O'DAILY Original»	10.2017-11.2017	10.2017-12.2017	4 678	3 757	157 283	234 531
2	«O'DAILY Chocolate»	11.2017-11.2017	11.2017-12.2017	4 216	2 189	73 968	115 441
3	O'DAILY Hazelnut	07.2017-12.2017	10.2017-12.2017	3 264	1 535	54 221	83 774
2018 рік							
№	Назва продукції	Період виробництва (дата початку-дата припинення)	Період реалізації (дата початку-дата припинення)	Обсяги виробництва, (пляшки)	Обсяги реалізації (шт., літри, пляшки)	Обсяги реалізації (грн) без ПДВ та акцизного податку	Обсяги реалізації (грн) з ПДВ та з акцизним податком
1	«O'DAILY Original»	02.2018-11.2018	01.2018-12.2018	11 840	11 031	489 206	721 495
2	«O'DAILY Chocolate»	03.2018-11.2018	01.2018-12.2018	9 156	8 097	292 137	449 252
3	O'DAILY Hazelnut	04.2018-11.2018	01.2018-12.2018	5 956	6 083	236 317	357 721
2019 рік							
№	Назва продукції	Період виробництва (дата початку-дата припинення)	Період реалізації (дата початку-дата припинення)	Обсяги виробництва, (пляшки)	Обсяги реалізації (шт., літри, пляшки)	Обсяги реалізації (грн) без ПДВ та акцизного податку	Обсяги реалізації (грн) з ПДВ та з акцизним податком
1	«O'DAILY Original»	01.2019-01.2019	01.2019-01.2019	1 632	1 148	52 958	77 542
2	«O'DAILY Chocolate»	-	01.2019-02.2019	-	851	36 672	54 379
3	O'DAILY Hazelnut	-	01.2019-02.2019	-	479	19 62	29 312

4.3.Правова кваліфікація дій Відповідача

- (138) Отже, зазначення на етикетках лікерів «O'DAILY» позначень «CHOCOLATE», «HAZELNUT» у найменуваннях лікерів «O'DAILY CHOCOLATE» та «O'DAILY HAZELNUT» у той час як у складі лікеру присутні лише аромати «Шоколад», «Лісовий горіх», а також зазначення на контретикетці лікерів «O'DAILY ORIGINAL», що до складу входить аромат «Ірландський», у той час як Товариство не надало підтвердних документів про приналежність «аромату Ірландський» саме Ірландії, є неправдивими відомостями.
- (139) Відповідно до наявної в Комітеті інформації, ціна в торговельних мережах України на лікер «BAILEYS», який є ірландським, місткістю 0,5 л, становить більше ніж 450 грн (у 2019 році), у той час як ціна за 0,5 л лікеру «O'DAILY», який маркується як ірландський та не має відношення до Ірландії, 102 грн (на 2019 рік).
- (140) З огляду на зазначене, лікер «O'DAILY» є значно дешевшим порівняно з лікером «BAILEYS» (виробництва Ірландія), тобто ціна на лікер «O'DAILY» є більш привабливою для споживачів, які будуть вважати, що купують «ірландський» лікер, у той час як зазначений продукт не має жодного відношення до Ірландії.
- (141) За наявною в Комітеті інформацією, ринок реалізації лікерів є конкурентним.
- (142) Так, у торговельних мережах України присутні алкогольні напої – лікери, в тому числі і вітчизняних виробників, зокрема, виробництва публічного акціонерного товариства Київський завод шампанських вин «Столичний», приватного акціонерного товариства «Львівський лікero-горілочний завод» Компанія Gruppo Campari.
- (143) За наявною в Комітеті інформацією, інші суб'єкти господарювання під час виробництва та реалізації своєї продукції, зокрема, лікерів, не зазначають неправдиві відомості про властивості лікерів та при зазначенні компонентів на етикетках своєї продукції додають їх до складу або зазначають на етикетці «з ароматом». Отже, ТОВ «Котнар-М» може отримати неправомірні переваги в конкуренції порівняно з іншими суб'єктами господарювання та Заявником, які не використовують такі відомості.
- (144) 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 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»). Недобросовісною конкуренцією є поширення інформації, що вводить в оману (стаття 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»).
- (145) Відповідно до частини першої статті 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» поширенням інформації, що вводить в оману, є повідомлення суб'єктом господарювання, безпосередньо або через іншу особу, одній, кільком особам або невизначеному колу осіб, у тому числі в рекламі, неповних, неточних, неправдивих відомостей, зокрема внаслідок обраного способу їх викладення, замовчування окремих фактів чи нечіткості формулювань, що вплинули або можуть вплинути на наміри цих осіб щодо

придбання (замовлення) чи реалізації (продажу, поставки, виконання, надання) товарів, робіт, послуг цього суб'єкта господарювання.

- (146) У Комітеті відсутні підтвердні документи про припинення ТОВ «Котнар-М» виробництва та реалізації лікерів «O'DAILY», зокрема, тих, на яких розміщено позначення «CHOCOLATE», «HAZELNUT» та аромат «Ірландський» у найменуваннях лікерів «O'DAILY CHOCOLATE», «O'DAILY HAZELNUT», та «O'DAILY ORIGINAL», у той час як у складі лікеру відсутні такі компоненти.
- (147) Отже, матеріалами справи доведено, що дії ТОВ «Котнар-М» щодо розміщення на контретикетці лікеру «O'DAILY ORIGINAL», що до його складу входить аромат «Ірландський», у той час як Товариство не надало підтвердних документів про приналежність аромату «Ірландський» саме до Ірландії, та розміщення на етикетках лікерів «O'DAILY» позначень «CHOCOLATE», «HAZELNUT», зокрема, у найменуваннях лікерів «O'DAILY CHOCOLATE», «O'DAILY HAZELNUT», у той час як у складі лікеру відсутні такі компоненти, є порушенням, передбаченим статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

5. ЗАУВАЖЕННЯ, ЗАПЕРЕЧЕННЯ ТА ДОПОВНЕННЯ ЗАЯВНИКА, ВІДПОВІДАЧА НА ПОДАННЯ ПРО ПОПЕРЕДНІ ВИСНОВКИ У СПРАВІ ТА ЇХ СПРОСТУВАННЯ

5.1. Зауваження та заперечення Відповідача до подання про попередні висновки у справі та їх спростування

- (148) Листом від 12.07.2019 № 127-26.4/09-9015 подання про попередні висновки у справі № 127-26.4/51-19/324-спр надіслано ТОВ «Котнар-М» та запропоновано при наявності зауважень чи заперечень щодо викладених у поданні обставин надіслати їх до Комітету у десятиденний термін з дня отримання копії подання та надати до кожного пункту цих зауважень чи заперечень належним чином завірені копії документів, які їх підтверджують.
- (149) Листом від 05.08.2019 № 105/01 (вх. від 06.08.19 № 8-01/9145) ТОВ «Котнар-М» надало зауваження до подання про попередні висновки у справі № 127-26.4/51-19/324-спр зазначило, що заперечує проти подання про попередні висновки у справі та надсилає наступні зауваження.
- (150) 1. «...ТОВ «Котнар-М» не порушувало технічного регламенту маркування продукції, Антимонопольний комітет України дійшов помилкового висновку стосовно того, що зазначена на етикетках лікерів «O'DAILY» позначень «CHOCOLATE», «HAZELNUT», в той час, як у складі лікеру відсутні такі компоненти, як шоколад, лісовий горіх та кава є неправдивими відомостями.

Наявність на етикетках лікерів позначень «CHOCOLATE», «HAZELNUT» в повній мірі відповідає правилам маркування лікero-горілчанних виробів, що передбачено вимогами ч.1 ст. 11 Закону України «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, кон'ячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів».

Як встановлено висновками АМКУ в пунктах 162, 163 та 164 з якими погоджується ТОВ «Котнар-М» на контретикетках лікерів «O'DAILY CHOCOLATE», «O'DAILY HAZELNUT» та «O'DAILY ORIGINAL» зазначено, що до складу лікерів входить виключно аромати, а не натуральні компоненти.

Тобто, маркування алкогольного напою містить відомості для споживача про наявність ароматів, а не натуральних компонентів.

При оцінці впливу інформації, що міститься на етикетці, варто враховувати, що споживач, який придбає таку продукцію є добре проінформований про склад продукції, що зазначений на етикетці і такий споживач є уважним і обережним.

ТОВ «Котнар-М» виконало всі законодавчо передбачені умови маркування лікерів «O'DAILY CHOCOLATE», «O'DAILY HAZELNUT» та «O'DAILY ORIGINAL» та надало споживачу всю вичерпну інформацію про вміст продукції, в тому числі і про вміст замінників натуральних компонентів.

Однак Антимонопольний комітет України встановивши що на контретикетках зазначено, що до складу лікерів входить виключно аромати, а не натуральні компоненти все одно приходить до висновку матеріалами справи доведено, що ТОВ «Котнар-М» поширило неправдиву інформацію».

Не може бути визнано недобросовісною та інформація, яка відповідає дійсності.

Таким чином, беручи до уваги повноту інформації на етикетці продукції лікерів, уважний і обізнаний споживач при придбанні лікерів «O'DAILY CHOCOLATE», «O'DAILY HAZELNUT» та «O'DAILY ORIGINAL» не може вважати, що в зазначених продуктах присутні компоненти, як шоколад, горіх та кава.

Отже, твердження Антимонопольного комітету України, що позначення «CHOCOLATE», «HAZELNUT» та аромат «Ірландський» не забезпечують однозначного сприйняття покупцем наявності у лікері дійсних інгредієнтів в той час, як в складі лікеру відсутні такі компоненти - є помилковими.....» (мова оригіналу).

- (151) Ці твердження спростовується наступним.
- (152) У поданні про попередні висновки у справі відсутнє твердження, що ТОВ «Котнар-М» порушує технічний регламент маркування продукції. Таким чином, зазначене твердження ТОВ «Котнар-М» не відповідає дійсності.
- (153) Твердження ТОВ «Котнар-М» що наявність на етикетках лікерів позначень «CHOCOLATE», «HAZELNUT» в повній мірі відповідає правилам маркування лікero-горілочаних виробів, що передбачено вимогами частини 1 статті 11 Закону України «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» спростовується наступним.

- (154) Ринок алкогольної продукції, а саме лікерів є конкурентним. Стимулювання зацікавленості споживачів шляхом поширення неправдивої інформації може поставити Товариство у більш вигідне становище порівняно з іншими суб'єктами господарювання, які діють на відповідному ринку. Тобто, ТОВ «Котнар-М» може посилити свою конкурентну позицію не завдяки власним досягненням, а шляхом поширення неправдивих відомостей і таким чином отримати неправомірні переваги у конкуренції.
- (155) Таким чином, ТОВ «Котнар-М» зазначивши на лицьовій етикетці лікеру «O'DAILY» позначень «Chocolate», «Hazelnut» в той час, як на контретикетці зазначеного лікеру «O'DAILY», було зазначено, що до складу входять відповідні аромати – шоколаду, лісового горіху, поширило неправдиву інформацію, та тим самим могло поставити ТОВ «Котнар-М» у більш вигідне становище порівняно з іншими суб'єктами господарювання, зокрема, які на етикетках напоїв зазначають правдиву інформацію.
- (156) Споживачі могли придбати продукцію Товариства внаслідок ознайомлення з інформацією, викладеною на етикетках лікерів «O'DAILY CHOCOLATE» та «O'DAILY HAZELNUT», вважаючи, що у складі зазначених продуктів присутні такі компоненти, як шоколад, лісовий горіх, у той час як насправді в цій продукції присутні лише їх аромати.
- (157) Відповідно до статті 15 Закону України «Про захист прав споживачів» споживач має право на одержання необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про продукцію, що забезпечує можливість її свідомого і компетентного вибору. Інформація повинна бути надана споживачеві до придбання ним товару чи замовлення роботи (послуги).
- (158) Інформація про продукцію, зокрема, повинна містити дані про основні властивості продукції, номінальну кількість (масу, об'єм тощо), умови використання.
- (159) Відповідно до статті 19 Закону України «Про захист прав споживачів» забороняється нечесна підприємницька практика.
- (160) Так, відповідно до положень зазначеної статті, нечесна підприємницька практика, зокрема, включає будь-яку діяльність (дії або бездіяльність), що вводить споживача в оману або є агресивною.
- (161) Підприємницька практика є такою, що вводить в оману, якщо під час пропонування продукції споживачу не надається або надається у нечіткий, незрозумілий або двозначний спосіб інформація, необхідна для здійснення свідомого вибору.
- (162) Отже, споживачі мають право на одержання, зокрема, доступної та достовірної інформації про характеристики продукції, в той же час зазначення ТОВ «Котнар-М» на контретикетці лікерів інформації про наявність у складі лікерів «O'DAILY CHOCOLATE», «O'DAILY HAZELNUT» відповідних ароматів, в той час, як на лицьовій стороні етикетки зазначені позначення «CHOCOLATE», «HAZELNUT» порушує право споживача на отримання повної інформації про характеристики продукції, а отже є інформацією, що

вводить споживача в оману, шляхом повідомлення відомостей про склад продукції.

- (163) Слід зазначити, що про наявність у складі лікерів «O'DAILY CHOCOLATE», «O'DAILY HAZELNUT» відповідних ароматів (шоколад, горіх) свідчить тільки інформація розміщена на контретикетці, яка знаходиться на звороті пляшки, розміщена літерами невеликого шрифту, що ускладнює можливість споживача ознайомитися з дійсним складом продукції, в той час, як на лицьовій стороні етикетки, відсутня інформація про наявність у складі саме ароматів, натомість розміщено написи «CHOCOLATE», «HAZELNUT», що може викликати уяву у споживачів про наявність у складі лікерів «O'DAILY» саме відповідних інгредієнтів, а не їх замінників – ароматів.
- (164) Звертаємо увагу, що у цьому випадку, Комітет, як орган наділений спеціальними повноваженнями, здійснював контроль не за дотриманням стандартів чи технічних умов, а за дотриманням законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, зокрема в частині виявлення та припинення повідомлення споживачам неправдивих відомостей, що вводить їх в оману з метою недопущення досягнення неправомірних переваг у конкуренції між суб'єктами господарювання.
- (165) 2. ТОВ «Котнар-М» зазначає: «...Як слідує із висновків АМКУ, претензії заявлені до ТОВ «Котран М» стосуються елементів товарного позначення, що є об'єктом інтелектуальної власності - елементом конкуренції, мета якого відрізнити один товар від іншого подібного за ознаками виробника, місця походження товару, складу продукту, його органолептичних якостей тощо. Наявність порушеного відповідачем у справі права заявник обґрунтовує наявністю у нього Свідоцтва та знак для товарів і послуг, що підтверджує існування торгового знака «Бейліс», як об'єкта інтелектуальної власності, який і наділяє заявника конкретним обсягом права, що і були порушеними у спірній ситуації. Подібні висновки зроблені і АМКУ у справі №127-26.4/51-19.

Пунктом 2 статті 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» встановлено, що свідоцтво надає його власнику право використовувати знак та інші права, визначені цим Законом.

Відповідно до пункту 4 цієї ж статті Закону використання знака визнається: нанесення його на будь-який товар, для якого знак зареєстровано, упаковку, в якій міститься такий товар, вивіску, пов'язану з ним, етикетку, нашивку, бирку чи інший прикріплений до товару предмет, зберігання такого товару із зазначеним нанесенням знака з метою пропонування для продажу, пропонування його для продажу, продаж, імпорту (ввезення) та експорту (вивезення); застосування його під час пропонування та надання будь-якої послуги, для якої знак зареєстровано; застосування його в діловій документації чи в рекламі та в мережі Інтернет. Знак визнається використаним, якщо його застосовано у формі зареєстрованого знака, а також у формі, що відрізняється від зареєстрованого знака лише окремими елементами, якщо це не змінює в цілому відмітності знака.

За таких обставин органи АМКУ виходили лише з виключних прав власника зареєстрованої торговельної марки щодо її використання, та досліджували загальні права заявника (нерезидента України) і відповідача (резидента

України) на користування результатами власної діяльності із використанням об'єктів інтелектуальної власності.

У такому випадку, АМКУ повинен був виходити не тільки із виключної компетенції органів Антимонопольного комітету в сфері захисту від недобросовісної конкуренції, але також і із фактичних обставин використання двома виробниками на одному ринку стосовно одного товару двох етикеток, зовнішнє оформлення яких (за загальною композицією, кольоровою гамою, розміщенням основних елементів та написів, а також окремих елементів, назви продукту, технічних написів і шрифтів) є схожим до ступеню сплутування та може призвести до змішування діяльності Заводу з діяльністю Товариства, - обставин, що обмежують компетенцію Антимонопольного комітету, згідно із п.51 Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо покращення адміністрування та перегляду ставок окремих податків і зборів», який набрав чинності 01.07.2019.

У пункті 51 Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо покращення адміністрування та перегляду ставок окремих податків і зборів» міститься узаконено правило, яким встановлено, що положення законів України «Про Антимонопольний комітет України» і «Про захист економічної конкуренції» не застосовуються до об'єктів права інтелектуальної власності та/або здійснення діяльності, пов'язаної з їх використанням, а також до правовідносин, що виникають у процесі будь-якого використання об'єктів права інтелектуальної власності. Ця норма є нормою прямої дії і являє собою спеціальним законом по відношенню до законів України «Про Антимонопольний комітет України» і «Про захист економічної конкуренції».

Отже, встановивши наявність між Нерезидентом (заявником) і Товариством відносин конкуренції, АМКУ помилково чи свідомо не врахував того, що якщо чинне законодавство пов'язує можливість захисту від недобросовісної конкуренції виключно з наявністю у постраждалої особи права на відповідний об'єкт інтелектуальної власності, такий захист починаючи із 01.07.2019. (дата набрання чинності законом №2628) не здійснюється із застосуванням антимонопольного законодавства: є поза компетенцією Антимонопольного комітету України.

За таких обставин, АМКУ належало не перебирати на себе не притаманні АМКУ функції судів, а лише перевірити наявність чи відсутність ознак конкуренції між заявником і відповідачем при здійсненні ними діяльності, пов'язаної з їх використанням схожих об'єктів права інтелектуальної власності та припинити провадження у відповідних справах про порушення антиконкурентного законодавства, а не виносити за цими ознаками власне рішення....

...Таким чином, з'ясувавши, що предметом антимонопольного дослідження є спільна діяльність на єдиному ринку заявника та відповідача, і ця спірна діяльність пов'язана виключно із використанням об'єкта права інтелектуальної власності.

...Нерезидент України, звернувшись до АМКУ із заявою, захищає свої права власника об'єкта інтелектуальної власності. Отже, звернувшись із заявою про застосування відповідачем у справі №127-26.4/51-19 позначення схожого до степені змішування із знаком «Бейліс», заявник намагається захистити свої права, визначені ст.16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»... (мова оригіналу)

(166) Ці твердження спростовуються наступним.

(167) Предметом розгляду справи № 127-26.4/51-19, було саме поширення ТОВ «Котнар-М» інформації, що може ввести в оману (ст. 15¹ Закон України «Про захст від недобросовісної конкуренції»), а не неправомірне використання позначення лікерів (ст. 4 Закон України «Про захст від недобросовісної конкуренції») Заявника та ТОВ «Котнар-М».

(168) Отже, зазначені твердження не відносяться до предмету розгляду зазначеної справи та не можуть братися до уваги.

(169) Тобто всі заперечення ТОВ «Котнар-М» спростовуються матеріалами справи.

5.2. Інформація Заявника на подання про попередні висновки у справі

(170) Заявник листом від 18.07.19 № 190718 (вх. від 19.07.19 № 8-01/8323) надав до Комітету свої доводи щодо подання про попередні висновки у справ № 127-26.4/51-19/324-спр, а саме.

(171) Заявник вважає, що усі факти та обставини справи викладені у поданні вірно, а також погоджуються із попередніми висновками викладеними в ньому і тому не висловлює жодних зауважень чи заперечень щодо змісту тексту та правильності цього подання.

5. ОСТАТОЧНІ ВИСНОВКИ У СПРАВІ

(172) Отже, доказами, зібраними у справі, доводиться, а зауваженнями і запереченнями Відповідача не спростовується висновок Комітету про те, що дії Відповідача, які полягали у поширенні інформації, що вводить в оману, є порушенням законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, передбаченим статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

(173) Відповідно до статті 20 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», вчинення дій, визначених цим Законом як недобросовісна конкуренція, тягне за собою відповідальність, передбачену цим Законом.

6. ВИЗНАЧЕННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ВІДПОВІДАЧА

(174) Згідно зі статтею 30 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», органи Комітету у справах про недобросовісну конкуренцію приймають обов'язкові для виконання рішення, зокрема, про визнання факту

недобросовісної конкуренції; припинення недобросовісної конкуренції; накладання штрафів.

- (175) Відповідно до статті 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», 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.
- (176) За інформацією, наданою Державною фіскальною службою України, чистий дохід (виручка) ТОВ «Котнар-М» від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за 2018 рік складає 70 025 000 (сімдесят мільйонів двадцять п'ять тисяч) гривень.

Ураховуючи викладене, керуючись статтею 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», статтями 21, 27 і 30 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» 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), Антимонопольний комітет України

ПРОПОНУЄ:

1. Визнати, що товариство з обмеженою відповідальністю «Котнар-М» (с. Мужієво, Закарпатська обл., Україна, ідентифікаційний код юридичної особи 36210111) вчинило порушення, передбачене статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у вигляді поширення неправдивих відомостей на контретикетці лікеру «O'DAILY ORIGINAL», що до його складу входить аромат «Ірландський», у той час як товариство з обмеженою відповідальністю «Котнар-М» не надало підтвердних документів про приналежність аромату «Ірландський» саме до Ірландії, та розміщення на етикетках лікерів «O'DAILY» позначень «CHOCOLATE», «HAZELNUT» у найменуваннях лікерів «O'DAILY CHOCOLATE», «O'DAILY HAZELNUT», у той час як у складі лікеру відсутні такі компоненти, що могло вплинути на наміри осіб щодо придбання товарів цього суб'єкта господарювання.

2. За порушення, визначене в пункті 1 резолютивної частини цього рішення, накласти на товариство з обмеженою відповідальністю «Котнар-М» (с. Мужієво, Закарпатська обл., Україна, ідентифікаційний код юридичної особи 36210111) штраф у розмірі 150 000 (сто п'ятдесят тисяч) грн .

3. Зобов'язати товариство з обмеженою відповідальністю «Котнар-М» у двомісячний строк з дня одержання цього рішення привести інформацію, розміщену на контретикетках та етикетках лікерів «O'DAILY», а саме: аромат «Ірландський» та

позначень «CHOCOLATE», «HAZELNUT» у відповідність із властивостями складу продукції.

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 Антимонопольного комітету України документи, що підтверджують сплату штрафу.

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

Голова Комітету

Ю. ТЕРЕНТЬЄВ