

РЕШЕНИЕ

по делу № 1-14-49/00-08-16

о нарушении антимонопольного законодательства

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «28» июня 2016 г.

В полном объеме решение изготовлено «11» июля 2016 г.

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

председатель Комиссии:

<...>,

рассмотрев в присутствии представителя ООО «ПК МУЛЬТПЛАСТ» и ИП <...> в отсутствие представителей ООО «Тритон Пластик», извещенных о дате, времени и месте заседания Комиссии ФАС России по рассмотрению дела надлежащим образом,

дело № 1-14-49/00-08-16 о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения ООО «Тритон Пластик» статьи 14.4 Федерального закона от 26.07.06 №135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон «О защите конкуренции»), выразившегося в приобретении и использовании исключительных прав на товарный знак по свидетельству № 547227,

УСТАНОВИЛА:

В Федеральную антимонопольную службу поступило заявление ООО «ПК МУЛЬТПЛАСТ» и индивидуального предпринимателя Кононовой Оксаны Игоревны (заявитель-1 и заявитель-2, соответственно), далее вместе именуемые «Заявители», о недобросовестной конкуренции со стороны ООО «Тритон Пластик» (далее Ответчик), выразившейся в приобретении и использовании исключительных прав

на товарный знак по свидетельству № 547227.

Заявители с апреля 2013 года осуществляют в составе группы лиц по смыслу статьи 9 Закона «О защите конкуренции» (единственный учредитель и генеральный директор ООО «ПК МУЛЬТПЛАСТ» <...> и ИП Кононова О.И. являются супругами) предпринимательскую деятельность по производству и введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации устройств, относящихся к локально-очистным сооружениям, в том числе септиков, дренажных колодцев и дополнительного к ним оборудования, под коммерческим обозначением «ТЕРМИТ».

По мнению Заявителей, Ответчик, получив исключительные права на обозначение «ТЕРМИТ» по свидетельству № 547227, координирует деятельность лиц, а именно <...> и ООО «Эверест-капитал» с целью воспрепятствования Заявителям в использовании указанного обозначения для индивидуализации товаров септиков, посредством распространения сведений о незаконном использовании обозначения «ТЕРМИТ» на товарном рынке септиков и сопутствующих услуг по их монтажу, что может причинить убытки Заявителям.

Заявители считают, что с учетом осуществления Заявителями и Ответчиком хозяйственной деятельности на товарном рынке септиков (в том числе сопутствующих товаров), недобросовестность Ответчика в приобретении и использовании товарного знака № 547227 имела место для части товаров, в отношении которых зарегистрирован данный товарный знак, являющихся взаимозаменяемыми с товарами и услугами, в отношении которых Заявители начали использование обозначения «ТЕРМИТ».

По мнению Заявителей, действия Ответчиков, связанные с приобретением и использованием исключительных прав на товарный знак, по свидетельству № 547227, являются нарушением статьи 14.4 Закона «О защите конкуренции».

В подтверждение своей позиции в материалы дела о нарушении антимонопольного законодательства (далее - материалы дела), Заявителями представлены следующие документы:

- копия свидетельства о заключении брака I-ОД № 605161 от 20.02.2009;
- сведения о государственной регистрации товарного знака № 547227, размещенные на официальном сайте Роспатента;
- копия технических условий ТУ 4859-001-41136489-2013 на производство полиэтиленовых септиков «ТЕРМИТ» от 27.07.2013;
- копия декларации соответствия Таможенного союза ТС № RU.Д-RU.AL16.B.13536 от 08.08.2013;
- копия декларации о соответствии № Д-RU.AB75.B.00627 от 10.12.2012;
- копия товарной накладной № 40 от 23.04.2013 со счетом-фактурой;

копия товарных накладных № 41 от 24.04.2013, № 46 от 29.04.2013 со счетами-фактурами;

- копия договора № 55 от 22.04.2013;

- копия товарной накладной № 49 от 15.05.2013 со счетом-фактурой;
- копия договора № 69 от 17.05.2013;
- копия по товарной накладной № 53 от 22.05.2013 со счетом-фактурой;
- копия товарной накладной № 71 от 04.07.2013 со счетом-фактурой;
- копия товарных накладных № 67 от 27.06.2013, № 70 от 04.07.2013, № 79 от 15.07.2013 г., со счетами-фактурами;
- копия договора № 104 от 12.07.2013;
- копия товарной накладной № 83 от 19.07.2013 г. со счетом-фактурой;
- копия товарной накладной № 84 от 22.07.2013;
- копия дилерского договора № 8 от 11.04.2013;
- копия товарных накладных № 99 от 07.08.2013, № 104 от 09.08.2013, со счетами-фактурами;
- копия договора № 111 от 24.07.2013;
- копия товарной накладной № 93 от 30.07.2013 со счетом-фактурой;
- копия дилерского договора № 04/12/13 от 01.08.2013;
- копия товарной накладной № 1 от 13.08.2013 со счетом фактурой;
- копия дилерского договора № 07/08/13 от 01.08.2013;
- копия товарной накладной № 143 от 05.12.2013 со счетом-фактурой;
- копия дилерского договора №01/08/13 от 01.08.2013;
- копия товарной накладной № 4 от 20.08.2013 со счетом-фактурой;
- копия договора № 3 от 06.08.2013;
- копия товарной накладной № 7 от 22.08.2013 со счетом-фактурой;
- копии товарных накладных № 52 от 04.10.2013, № 68 от 14.10.2013, № 72 от 17.10.2013 со счетами-фактурами;
- копия договора № 72 от 10.10.2013 г.;
- копия товарной накладной № 61 от 11.10.2013 со счетом-фактурой;
- копия дилерского договора № 21/10/13 от 21.10.2013;
- копия товарной накладной № 139 от 02.12.2013 со счетом-фактурой;
- копия договора № 112 от 11.11.2013;
- копия товарной накладной № 110 от 16.11.2013 со счетом-фактурой;

- копия договора № 116 от 15.11.2013;
- копия товарной накладной № 122 от 20.11.2013 со счетом-фактурой;
- копия договора № 126 от 26.11.2013;
- копия товарной накладной № 130 от 29.11.2013 со счетом-фактурой;
- копия договора № 124 от 26.11.2013;
- копия товарной накладной № 141 от 04.12.2013 со счетом-фактурой;
- копия договора № 135 от 03.12.2013;
- копия товарной накладной № 144 от 10.12.2013 со счетом-фактурой;
- копия устава ООО «ПК МУЛЬТПЛАСТ»;
- сведения ЕГРЮЛ в отношении ООО «ПК МУЛЬТПЛАСТ», размещенные на официальном сайте Федеральной налоговой службы;
- сведения ЕГРИП в отношении ИП Кононовой О. И., размещенные на официальном сайте Федеральной налоговой службы;
- сведения ЕГРЮЛ в отношении ООО «Тритон Пластик», размещенные на официальном сайте Федеральной налоговой службы;
- копия протокола осмотра сайта archive.org нотариусом Миллером Н. Н. от 09.07.2015;
- копия протокола осмотра сайта www.youtube.com нотариусом Миллером Н. Н. от 09.07.2015;
- копия протокола осмотра сайта septik-termit.su нотариусом Миллером Н. Н. от 21.09.2015;
- копия справки АО «РСИЦ» № 2436-С от 03.09.2015 г. о принадлежности домена septic-termit.su;
- копия страниц интернет-сайта <http://www.everest-capital.ru>;
- копия страниц интернет-сайта www.plast-zakaz.ru;
- копия договора-оферты ООО «Тритон Пластик», размещенного <http://www.plast-zakaz.ru>;
- копия отчета ООО «Яндекс» по рекламной кампании № 7640965;
- статистика ООО «Яндекс» по рекламной кампании № 764965 за период с 07.10.2013 по 24.12.2013;
- копии актов ООО «Яндекс» об оказанных услугах по размещению рекламных материалов за период с 02.10.2013 по 11.11.2013.

Ответчик не согласился с доводами Заявителей и представил письменные объяснения, в которых указал следующее.

Ответчик является производителем септиков для дачи и дома, автономных канализаций, пластиковых кессонов для скважин, пластиковых баков для воды, товаров для дачников: биотуалетов, мусорных баков, туалетных кабинок и др.

Ответчик для индивидуализации собственных товаров септиков применяет иные обозначения («ТАНК», «БИОТАНК», «МИКРОБ», «ТРИТОН» и др.), что подтверждается содержанием письменных пояснений Ответчика, представленных в материалы дела, а также сведениями, размещенными на Интернет-сайте Ответчика по адресу www.plast-zakaz.ru.

Ответчик занимается продажей септиков и вводит в гражданский оборот указанный товар с наименованием «ТЕРМИТ» и/или «Септик ТЕРМИТ» с 2010 года по настоящий момент. Реализация товара осуществляется дилерами Ответчика и юридическими лицами в г. Москве и регионах России.

Из информации, размещенной на сайте в сети Интернет по адресу <http://www.plast-zakaz.ru/>, следует, что Ответчик предлагает к продаже септики, в том числе «ТЕРМИТ», и услуги по их монтажу, на условиях размещенного на указанном сайте договора-оферты, в том числе, с доставкой в города: Москва, Санкт-Петербург, Ярославль, Вологда.

Впоследствии Ответчиком 24.12.2013 была подана заявка № 2013744755 в Федеральную службу по интеллектуальной собственности на регистрацию словесного обозначения «ТЕРМИТ» в качестве товарного знака в отношении товаров 11, 20, услуг 35 и 37 Международной классификации товаров и услуг.

Таким образом, по мнению Ответчиков, признаки нарушения статьи 14.4 Закона «О защите конкуренции» в их действиях по приобретению и использованию исключительных прав на товарный знак по свидетельству № 547227 отсутствуют.

В связи с изложенным, по мнению Ответчиков, рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства № 1-14-49/00-08-16 должно быть прекращено.

В подтверждение своей позиции, в материалы дела Ответчик представил следующие документы:

- копию дилерского договора №19 от 01 сентября 2010 г.;
- копию товарной накладной №1241 от 17.08.2010 г.;
- копию платежного поручения №260 от 17.08.2010 г.;
- копию товарной накладной №976 от 27.07.2010 г.;
- копию платежного поручения №235 от 10.08.2010 г.;
- копию товарной накладной №1300 от 23.08.2010 г.;
- копию платежного поручения №278 от 07.09.2010 г.;
- копию товарной накладной №1419 от 01.09.2010 г.;

- копию платежного поручения №277 от 07.09.2010 г.;
- копию товарной накладной №1480 от 08.09.2010 г.;
- копию платежного поручения №281 от 09.09.2010 г.;
- копию дилерского договора №20 от 21 августа 2010 г.;
- копию товарной накладной №534 от 17.06.2010 г.;
- копию платежного поручения №185 от 09.06.2010 г.;
- копию товарной накладной №632 от 25.06.2010 г.;
- копию платежного поручения №184 от 09.06.2010 г.;
- копию товарной накладной №999 от 28.07.2010 г.;
- копию платежного поручения №405 от 09.09.2010 г.;
- копию товарной накладной №1142 от 09.08.2010 г.;
- копию платежного поручения №333 от 16.08.2010 г.;
- копию товарной накладной №1749 от 01.10.2010 г.;
- копию платежного поручения №441 от 08.10.2010 г.;
- копию товарной накладной №2038 от 29.10.2010 г.;
- копию платежного поручения №468 от 02.11.2010 г.;
- копию счета №1743 от 20.09.2010 г.;
- копию товарной накладной №1640 от 20.09.2010 г.;
- копию счета №1692 от 13.09.2010 г.;
- копию товарной накладной №1591 от 13.09.2010 г.;
- копию отчета кассира за 17.05.2010 г.;
- копию приходного кассового ордера №181 от 17.05.2010 г.;
- копию счета на оплату №427 от 17.05.2010 г.;
- копию товарной накладной №378 от 27.05.2010 г.;
- копию отчета кассира за 31.05.2010 г.;
- копию сменного отчета за 31.05.2010 г.;
- копию приходного кассового ордера №268 от 31.05.2010 г.;
- копию счета на оплату №556 от 31.05.2010 г.;

- копию товарной накладной №470 от 08.06.2010 г.;
- копию приходного кассового ордера № 270 от 31.05.2010 г.;
- копию счета на оплату №558 от 31.05.2010 г.;
- копию товарной накладной №599 от 24.06.2010 г.;
- копию отчета кассира за 12.07.2010 г.;
- копию сменного отчета за 12.07.2010 г.;
- копию приходного кассового ордера №521 от 12.07.2010 г.;
- копию счета на оплату №923 от 12.07.2010 г.;
- копию товарной накладной №780 от 12.07.2010 г.;
- копию отчета кассира за 21.07.2010 г.;
- копию сменного отчета за 21.07.2010 г.;
- копию приходного кассового ордера № 583 от 21.07.2010 г.;
- копию счета на оплату №1055 от 21.07.2010 г.;
- копию товарной накладной №957 от 23.07.2010 г.;
- копию отчета кассира за 06.08.2010 г.;
- копию сменного отчета за 06.08.2010 г.;
- копию приходного кассового ордера № 696 от 06.08.2010 г.;
- копию счета на оплату №1244 от 04.08.2010 г.;
- копию товарной накладной №1115 от 06.08.2010 г.;
- копию отчета кассира за 12.08.2010 г.;
- копию сменного отчета за 12.08.2010 г.;
- копию приходного кассового ордера № 729 от 12.08.2010 г.;
- копию счета на оплату №1341 от 12.08.2010 г.;
- копию товарной накладной №1215 от 13.08.2010 г.;
- копию отчета кассира за 24.08.2010 г.;
- копию сменного отчета за 24.08.2010 г.;
- копию приходного кассового ордера № 763 от 24.08.2010 г.;
- копию счета на оплату №1444 от 24.08.2010 г.;

65) копию товарной накладной №1312 от 24.08.2010 г.;

66) копию договора № 14Т/-09 от 10 сентября 2010 года, заключенного между ООО «Тритон Пластик» и ООО «Телекомпания Пульсар», в соответствии с которым Телекомпания обязалась разместить рекламно-информационный материал, хронометраж 05 секунд на телеканале «ТНТ» (Московский регион) в виде рекламного ролика. Рекламуемый бренд - «ТЕРМИТ», период размещения с 20 сентября по 30 сентября 2010 года;

67) копию договора № 27/П-10 от 04 октября 2010 года, заключенного между ООО «Тритон Пластик» и ООО «Телекомпания Пульсар», в соответствии с которым Телекомпания обязалась разместить рекламно-информационный материал, хронометраж 05 секунд на телеканалах «Первый» (Московский регион), «РОССИЯ 1» (Московский регион), «Домашний» (Московский регион) в виде рекламного ролика. Рекламуемый бренд - «ТЕРМИТ», , период размещения ноябрь 2010 года;

○

- копию договора № 73/К-03 от 02 марта 2011 года, заключенного между ООО «Тритон Пластик» и ООО «Телекомпания Пульсар», в соответствии с которым Телекомпания обязалась разместить рекламно-информационный материал, хронометраж 05 секунд на телеканалах «Третий канал» (Московские блоки). Рекламуемый бренд - «ТЕРМИТ», период размещения март 2011;
- копию договора № 120/Н-08 от 16 августа 2011 года, заключенного между ООО «Тритон Пластик» и ООО «Телекомпания Пульсар», в соответствии с которым Телекомпания обязалась разместить рекламно-информационный материал, хронометраж 05 секунд на телеканалах «5 канал» (Московские блоки), «НТВ» (Московские блоки), «7ТВ» (Федеральное размещение). Рекламуемый бренд - «ТЕРМИТ», период размещения март 2011;
- копию договора об оказании маркетинговых услуг № МР01-05/12 от 15 мая 2012;
- копию сертификата соответствия на период действия с 01.06.2012 по 31.05.2015;
- копию технических условий от 01.09.2010;
- копию договора №SMG0885 от 19.11.2012 на оказание патентных услуг;
- копии договоров аренды помещений №№, 834, 687, 056 от 08.10.2010, 01.11.2010, 10.01.2014 (соответственно);
- копии договоров поставки установки ротационного формования № № EN-2000M, CM-5000 от 2009 года, № УРФ-14 от 28.05.2012, 112/09/12, № УРФ-25 от 01.02.2013, УРФ-04/09/13;
- копии договоров поставки №№ПЭ/14/2/2012, ИМП-18 от 26.05.2012,

112/09/12, УРФ-21 от 20.09.2012, 17/06 от 17.06.2013, УРФ-03/09/13;

- копии товарных накладных №№1, 4, 6, 7, 8, 9 (2 шт.), 22, 26, 32, 39 от 2012 года, №№12, 15, 43, 59, 99, 120, 142, 185, 1/23/01, 3/01/02, 4/23/04, 6/19/03, 44 35 от 2013 года, №№ 4, 6, 29, 3576, 111, 147, 270, 271, 305, 306 от 2014 года;
- копии договоров №Е-ПИ-13-ТПП-ФАКТ-04022013 от 2013 года;
- копию договора купли-продажи № 93 от 12.07.2012.

В процессе рассмотрения дела № 1-14-49/00-08-16 о нарушении антимонопольного законодательства Комиссия ФАС России, рассмотрев все доказательства и выслушав представителей Заявителей и Ответчика, установила следующее.

Заявители осуществляют в составе группы лиц по смыслу статьи 9 Закона «О защите конкуренции» (единственный учредитель и генеральный директор ООО «ПК МУЛЬТПЛАСТ» <...> и ИП Кононова О.И. являются супругами) предпринимательскую деятельность по производству и введению в гражданский оборот на товарном рынке Российской Федерации устройств, относящихся к локально-очистным сооружениям, в том числе септиков, дренажных колодцев и дополнительного к ним оборудования, под коммерческим обозначением «ТЕРМИТ».

С 23 апреля 2013 года Заявитель-2 начал осуществлять продажу септиков под обозначением «ТЕРМИТ» на территории Российской Федерации, что подтверждается товарной накладной № 40 от 23.04.2013, счетом-фактурой № 40 от 23.04.2013, согласно которым заявитель-2 произвел отгрузку товара - септика «Термит-3» с фильтрующим элементом покупателю ООО «ПОЛИТЭК» (г. Санкт-Петербург).

Ответчик является производителем и вводит в гражданский оборот септики для дачи и дома, автономные канализации, пластиковые кессоны для скважин, пластиковые баки для воды, товары для дачников: биотуалеты, мусорные баки, туалетные кабинки и др., в г. Москве и регионах России, что подтверждается договорами и товарными накладными, представленными в материалы дела, а также информацией, размещенной на сайте в сети Интернет по адресу <http://www.plast-zakaz.ru/>, из которой следует, что Ответчик предлагает к продаже септики и услуги по их монтажу на условиях размещенного на указанном сайте договора-оферты, в том числе с доставкой в города Москву, Санкт-Петербург, Ярославль, Вологда, на территории которых Заявители также реализовывали собственную взаимозаменяемую продукцию под обозначением «ТЕРМИТ» до даты приоритета спорного товарного знака.

При этом, как было пояснено Ответчиком Комиссии ФАС России, Ответчик для индивидуализации собственных товаров септиков применяет иные обозначения («ТАНК», «БИОТАНК», «МИКРОБ», «ТРИТОН» и др.), что подтверждается содержанием письменных пояснений ответчика, представленных в материалы дела, а также сведениями, размещенными на Интернет-сайте Ответчика по адресу www.plast-zakaz.ru.

Заявители и Ответчик осуществляют введение в гражданский оборот взаимозаменяемых товаров (в частности септиков и сопутствующих к ним товаров), в том числе посредством сети Интернет, что подтверждается договорами и товарными накладными к ним на розничную продажу, имеющимися в материалах дела настоящего дела.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что Заявители и Ответчик являются хозяйствующими субъектами - конкурентами.

Из представленных Заявителями в материалы дела документов, Комиссия ФАС России установила следующее.

В декабре 2012 года Заявитель-2 начал использовать обозначение «ТЕРМИТ» для обозначения товаров септиков полиэтиленовых, что подтверждается декларацией о соответствии № Д-RU.AB75.B.00627, выданной ОС ООО «ГОРТЕСТ» 10.12.2012.

Заявитель-1 разработал и утвердил 27.07.2013 технические условия ТУ 4859-001-41136489-2013 на производство полиэтиленовых септиков «ТЕРМИТ», на основании которых Заявителем-1 была получена декларация соответствия Таможенного союза ТС № RU.Д-RU.AL16.B.13536 от 08.08.2013.

При этом, как следует из материалов дела, Заявитель-2 23 апреля 2013 года начал осуществлять продажу септиков под обозначением «ТЕРМИТ» на территории Российской Федерации, что подтверждается товарной накладной № 40 от 23.04.2013, счетом-фактурой № 40 от 23.04.2013, согласно которым Заявитель-2 произвел отгрузку товара септика «Термит-3» с фильтрующим элементом покупателю ООО «ПОЛИТЭК» (г. Санкт-Петербург).

Комиссией ФАС России установлено, что в период с апреля по декабрь 2013 года Заявители осуществляли поставку септиков под обозначением «ТЕРМИТ» в регионы Российской Федерации, в том числе Заявитель-2 поставлял указанную продукцию следующим покупателям:

- ООО «ПОЛИТЭК» по товарным накладным № 41 от 24.04.2013, № 46 от 29.04.2013;
- индивидуальному предпринимателю Потапову А. А. (г. Череповец) на основании договора № 55 от 22.04.2013, по товарной накладной № 49 от 15.05.2013;
- ООО «Удачный сезон» (г. Санкт-Петербург) на основании договора № 69 от 17.05.2013, по товарной накладной № 53 от 22.05.2013;
- ООО «ДЭО» (г. Ярославль) по товарной накладной № 71 от 04.07.2013;
- индивидуальному предпринимателю Труфанову С. В. (г. Рыбинск) по товарным накладным № 67 от 27.06.2013, № 70 от 04.07.2013, № 79 от 15.07.2013;
- ООО «Аква Холд» (г. Москва) на основании договора № 104 от 12.07.2013 по товарной накладной № 83 от 19.07.2013;

- индивидуальному предпринимателю Петрову М. В. (г. Архангельск) по товарной накладной № 84 от 22.07.2013;

- индивидуальному предпринимателю Коробко С. П. (г. Ярославль) на основании дилерского договора № 8 от 11.04.2013 по товарным накладным № 99 от 07.08.2013, № 104 от 09.08.2013,

- ООО «СТгаз» (г. Вологда) на основании договора № 111 от 24.07.2013, по товарной накладной № 93 от 30.07.2013.

Комиссией ФАС России также установлено, что начиная с августа 2013 года поставки септиков «ТЕРМИТ» стали производиться от имени Заявителя-1, в том числе следующим лицам:

- индивидуальному предпринимателю Спиричеву Антону Владимировичу (г. Вологда) на основании дилерского договора № 04/12/13 от 01.08.2013, по товарной накладной № 1 от 13.08.2013;

- индивидуальному предпринимателю Коробко С. П. (г. Ярославль) на основании дилерского договора № 07/08/13 от 01.08.2013, по товарной накладной № 143 от 05.12.2013;

- индивидуальному предпринимателю Труфанову С. В. (г. Рыбинск) на основании дилерского договора № 01/08/13 от 01.08.2013, по товарной накладной № 4 от 20.08.2013;

- ООО «Витрувий-строй» (г. Вологда) на основании договора № 3 от 06.08.2013, по товарной накладной № 7 от 22.08.2013;

- ООО «ДЭО» (г. Ярославль) по товарным накладным № 52 от 04.10.2013, № 68 от 14.10.2013, № 72 от 17.10.2013;

- Сельскохозяйственный производственный кооператив «Ярмарка вкуса» (Пензенская область) на основании договора № 72 от 10.10.2013, по товарной накладной № 61 от 11.10.2013;

- индивидуальному предпринимателю Маракулиной К. А. (г. Киров) на основании дилерского договора № 21/10/13 от 21.10.2013, по товарной накладной № 139 от 02.12.2013;

- ООО «Сибирский Ангар» (г. Новосибирск) на основании договора № 112 от 11.11.2013, по товарной накладной № 110 от 16.11.2013;

- ООО «ЮКС» (г. Санкт-Петербург) на основании договора № 116 от 15.11.2013, по товарной накладной № 122 от 20.11.2013;

- ООО Предприятие «Успех» (Чеченская Республика) на основании договора № 126 от 26.11.2013 по товарной накладной № 130 от 29.11.2013;

- ООО «ИНТЕКС» (г. Вологда) на основании договора № 124 от 26.11.2013 по товарной накладной № 141 от 04.12.2013;

- ОАО «СИСТЕМЭНЕРГО» (г. Череповец) на основании договора № 135 от 03.12.2013, по товарной накладной № 144 от 10.12.2013.

Вместе с тем, материалы рассматриваемого дела также подтверждают действия Заявителей по размещению сведений о реализуемой ими продукции септиках, локальных очистных установках «ТЕРМИТ» на сайтах в сети Интернет по адресам septiktermit.ru, multplast.ru. Владельцем (администратором) указанных доменов является генеральный директор и единственный участник Заявителя-1 - <...> (соответствующая коммерческая информация, в т.ч. изображения товаров с обозначением «ТЕРМИТ» размещена на вышеуказанных сайтах и стала доступной неограниченному кругу лиц с 17 июня 2013 года, что подтверждается протоколом осмотра содержимого сайта www.archive.org, хранящего образы сайтов в сети Интернет по состоянию на определенную дату, составленным 09.07.2015 нотариусом г. Москвы <...>).

Кроме того, в материалы дела Заявителями была представлена информация о том, что на сайте youtube.com 04.09.2013 от имени пользователя «ЭкоСтрой.рф» (дилер Заявителей, индивидуальный предприниматель Спиричев А.В.) был размещен видеоролик под названием «Септик Термит Вологда» продолжительностью 8 минут 13 секунд с описанием товара и детальным изображением процесса монтажа. Содержание указанного видеоролика и сведения о дате его размещения подтверждаются протоколом осмотра, составленным 09.07.2015 нотариусом г. Москвы <...>

После размещения информации о товарах — септиках «ТЕРМИТ» на сайтах septiktermit.ru и multplast.ru Заявитель-1 осуществлял рекламирование указанных сайтов посредством сервиса Яндекс.Директ, предоставляемого ООО «Яндекс».

Как следует из отчета о рекламной кампании № 7640965, представленного ООО «Яндекс», в период с 07.10.2013 от 24.12.2013 демонстрация рекламного объявления Заявителя-1, содержащего обозначение «ТЕРМИТ» и гиперссылку на сайт septiktermit.ru, было продемонстрировано пользователям сети Интернет 685 329 (шестьсот восемьдесят пять тысяч триста двадцать девять) раз.

Комиссии ФАС России Заявителями также представлены сведения о том, что по данным бухгалтерского учета Заявителей по состоянию на 24.12.2013 г. (дата приоритета спорного товарного знака № 547227), общий объем продукции, реализованной с использованием обозначения «ТЕРМИТ», составил: в том числе, у заявителя индивидуального предпринимателя Кононовой О. И. септиков «ТЕРМИТ» 51 шт. на общую сумму 1 415 554 р., сопутствующих товаров 114 шт. на сумму 410 632 рубля; в том числе, у заявителя ООО «ПК Мультпласт» септиков «ТЕРМИТ» 170 шт. на сумму 3 347 870 рублей, сопутствующих товаров 251 шт. на сумму 676 202 рубля.

Вышеуказанные обстоятельства, относящиеся к использованию Заявителями обозначения «ТЕРМИТ» на товарном рынке септиков и сопутствующих товаров, Ответчиком не оспаривались.

Таким образом, Комиссией ФАС России установлен факт того, что по состоянию на декабрь 2013 года Заявители поставляли товары септики под обозначением «ТЕРМИТ» в восемь субъектов Российской Федерации, включая города федерального значения Москву и Санкт-Петербург.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что Заявителями представлены достаточные доказательства, подтверждающие интенсивное и непрерывное использование Заявителями обозначения «ТЕРМИТ», в период с декабря 2012 г. по декабрь 2013 г., в том числе, при рекламировании собственной продукции септиков «ТЕРМИТ» в сети Интернет, при продаже данных товаров покупателям в различных регионах Российской Федерации, в результате чего указанное обозначение стало известным потребителям именно как обозначение продукции Заявителей.

Согласно представленным Заявителями письменным дополнениям, поступившим в ФАС России 15.02.2015 г., в период с 19.11.2015 г. по 03.12.2015 г. в адрес контрагентов Заявителей, реализующих продукцию Заявителей под обозначением «ТЕРМИТ», по электронной почте поступили претензии от имени Ответчика, содержащие требование о прекращении использования обозначения «ТЕРМИТ» при предложении к продаже товаров септиков, со ссылкой на наличие правовой охраны товарного знака № 547227.

Указанные претензии направлялись с электронного адреса sec@7887725.ru, зарегистрированного в домене 7887725.ru, с которого, в свою очередь, осуществляется автоматическая переадресация на сайт в сети интернет по адресу plast-zakaz.ru, содержащий описание и предложение к продаже однородных товаров Ответчика под обозначением «СЕПТИК ТАНК».

Заявители полагают, что данные действия ответчика могут причинить убытки Заявителям, связанные с невозможностью дальнейшего использования заявителями обозначение «ТЕРМИТ» для индивидуализации собственных товаров и услуг, отказа контрагентов заявителей от приобретения и реализации продукции заявителей под обозначением «ТЕРМИТ», а также в виде издержек, связанных с необходимостью выбора и продвижения нового средства индивидуализации.

Из представленных Ответчиком в материалы дела документов Комиссия ФАС России установила следующее.

В обосновании представленных объяснений Ответчик ссылается на то, что им осуществлялась продажа товара «Септик ТЕРМИТ» в период, предшествующий дате начала использования обозначения «ТЕРМИТ» Заявителями.

В подтверждение данного довода Ответчик представил в материалы дела копии документов, отражающих проведение Ответчиком хозяйственных операций в отношении товара «Септик Термит», в том числе в период с мая 2010 года по май 2012 года.

Однако копия дилерского договора № 19 от 01.09.2010, заключенного между ответчиком и ООО «Эверест-Капитал», и сопутствующие документы не позволяют установить Комиссии ФАС России факт ввода в гражданский оборот Ответчиком товара с наименованием «ТЕРМИТ» по следующим основаниям:

- предусмотренные пунктом 4.1 указанного договора бланк-заказы на поставку конкретной продукции Ответчиком в материалы дела не представлены, при том, что согласно подпункту 2.2.6. договора Заказ является его неотъемлемой частью;

- в то время как согласно пункту 7.1 договора поставка осуществляется на условиях 100% предоплаты, представленные Ответчиком платежные поручения на перевод денежных средств в ООО «Эверест-Капитал» датированы позднее товарных накладных, то есть из документов следует, что оплата осуществлялась после поставки, а не на условиях предоплаты, как это предусмотрено договором, а именно:

- товарная накладная № 978 от 27.07.2010 – платежное поручение № 235 от 11.08.2010;

- товарная накладная № 1300 от 23.08.2010 — платежное поручение № 276 от 07.09.2010;

- товарная накладная № 1419 от 01.09.2010 платежное поручение № 277 от 07.09.2010;

- товарная накладная № 1480 от 08.09.2010 — платежное поручение №281 от 09.09.2010;

В единственном случае товарная накладная № 1241 от 17.08.2010 платежное поручение № 260 от 17.08.2010 (то есть день в день, но не на условиях предоплаты, установленных договором).

Комиссия ФАС России также установила, что накладные № 1241 от 17.08.2010, № 1300 от 23.08.2010, № 978 от 27.07.2010, представленные Ответчиком в материалы дела, подтверждающие, по мнению Ответчика, ввод им в гражданский оборот товара с наименованием «ТЕРМИТ», составлены ранее даты заключения дилерского договора (01.09.2010).

Комиссия ФАС России также отмечает, что в товарных накладных (графа «Основание») отсутствует указание на представленный дилерский договор, вместо этого указано «основной договор», без указания реквизитов – номера, даты, позволяющих соотнести товарные накладные именно с рассматриваемым дилерским договором.

Вместе с тем формулировка назначения платежа в представленных платежных поручениях не содержит ссылок ни на договор, ни на товарную накладную. Наименование «ТЕРМИТ» в описании товара в платежных поручениях отсутствует.

Комиссией ФАС России установлена аналогичная ситуация с представленной Ответчиком копией дилерского договора № 20 от 21.08.2010, заключенного с ИП Дроздовой С. В., и сопутствующих документов, что также не позволяет Комиссии ФАС России признать установленным факт ввода в гражданский оборот Ответчиком товара с наименованием «ТЕРМИТ» по следующим основаниям :

- предусмотренные пунктом 4.1. договора бланк-заказы на поставку конкретной продукции, ответчиком в материалы дела не представлены, при том, что согласно пп. 2.2.6 договора, Заказ является его неотъемлемой частью;

- товарные накладные № 534 от 17.06.2010, № 632 от 25.06.2010, № 999 от 28.07.2010, № 1142 от 09.08.2010 составлены ранее даты заключения представленного указанного дилерского договора (21.08.2010);

- в товарных накладных (графа «Основание») отсутствует указание на представленный дилерский договор, вместо этого указано «основной договор», без указания реквизитов – номера, даты, позволяющих соотнести товарные накладные именно с рассматриваемым дилерским договором.

- формулировка назначения платежа в представленных платежных поручениях не содержит ни ссылки на договор, ни на товарную накладную, наименование «ТЕРМИТ» в платежных поручениях отсутствует.

- в то время как согласно п. 7.1 договора поставка осуществляется на условиях 100% предоплаты, представленное ответчиком платежное поручения № 441 от 08.10.2010 на перевод денежных средств ИП Дроздовой С. А, датирована позднее товарной накладной № 1749 от 01.10.2010 на ту же сумму.

Из представленных документов Комиссия ФАС России также устанавливает, что оплата осуществлялась после поставки, а не на условиях предоплаты и представленные Ответчиком товарные накладные и платежные поручения составлены ранее даты составления представленного дилерского договора.

Комиссией ФАС России также установлено, что срок действия представленного в материалы дела Ответчиком сертификата соответствия № РОСС RU.АГ86.Н00490 не относится к указываемому Ответчиком периоду совершения сделок по продаже товара «септик Термит», при этом сам сертификат соответствия не содержит указания на конкретный вид изделия, в отношении которого был выдан данный сертификат.

К представленным Ответчиком дилерским договорам, товаросопроводительной документации по контрагентам: ООО «Эверест-Капитал», ИП Дроздова С.А., ООО «Элит Строй Инвест» Ответчик не представил документов, подтверждающих оформление заказов на товар «Септик Термит» в установленном указанными договорами порядке.

При этом представленные платежные документы по расчетам с указанными контрагентами в поле «Назначение платежа» не содержат данных, позволяющих соотнести платежные документы с передачей покупателю товара под наименованием «Септик Термит» по конкретной товарной накладной; в отдельных случаях товарные накладные, содержащие указание на договор в качестве основания для передачи товара, составлены ранее даты заключения представленного договора.

Кроме того, Комиссией ФАС России установлено, что согласно сведениям из Единого государственного реестра юридических лиц, в состав участников ООО «Элит Строй Инвест» и ООО «Эверест-Капитал» входит <...>, одновременно выступающий участником общества Ответчика.

Представленный Ответчиком договор оказания маркетинговых услуг № МР01-05/12 от 15.05.2012, заключенный между Ответчиком и ООО «Маркетоса», не сопровождается какими-либо доказательствами фактического исполнения сторонами обязательств по указанному договору.

В представленных Ответчиком в подтверждение факта отгрузки товара «Септик Термит» покупателям - физическим лицам товаросопроводительных документах

наименование товара «Септик Термит» размещается на первом листе накладной, не содержащей подписей грузоотправителя и грузополучателя. При этом каких-либо доказательств, позволяющих установить такие обстоятельства, как предложение Ответчиком к продаже, а равно размещение покупателями товара заказов, обозначенных в рассматриваемых товарных накладных, Ответчиком не представлено.

Таким образом, представленные Ответчиком доказательства - товарные накладные, содержащие сведения о передаче ответчиком изделия «Септик Термит», не могут являться допустимыми в силу несоответствия представленных документов (договора поставки) сопутствующим ним приложениям (товарным накладным).

Поскольку документы, на которые Ответчик ссылался в обоснование своих письменных объяснений и возражений, в том числе, товаросопроводительные документы (товарные накладные), договоры, были представлены в материалы дела только в виде копий, определением от 22.04.2016 Комиссия ФАС России обязала Ответчика представить оригиналы документов, подтверждающих введение в гражданский оборот товара с наименованием «ТЕРМИТ» и / или «СЕПТИК ТЕРМИТ» в период с 2010 года по настоящее время.

Однако Ответчик не представил Комиссии ФАС России для обозрения подлинники данных документов.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что представленные в копиях Ответчиком доказательства — договоры, товарные накладные, содержащие сведения о передаче ответчиком изделия «Септик Термит» различным лицам, не могут служить достоверным и достаточным доказательством введения Ответчиком однородных товаров с использованием обозначения «ТЕРМИТ» в гражданский оборот на территории Российской Федерации в период, предшествующий дате начала использования данного обозначения Заявителями.

При этом иных достоверных доказательств, подтверждающих факт использования Ответчиком обозначения «ТЕРМИТ» в отношении товаров септиков, а равно сопутствующих товаров, в период, предшествовавший дате начала использования данного обозначения Заявителями, в материалы дела не представлено.

Вместе с тем, Комиссии ФАС России Ответчиком представлена в материалы дела копия договора с ООО «Телекомпания Пульсар» по поводу размещения рекламы с обозначением «ТЕРМИТ» на основании договора № 120/Н-08 от 16.08.2011, № 73/К-03 от 02.03.2011, №27/Н-10 от 04.10.2010.

В связи с тем, что Ответчиком не представлено экземпляров фактически размещенных рекламных материалов, из содержания которых усматривалось бы использование обозначения «ТЕРМИТ» в отношении товаров — септиков, в целях всестороннего рассмотрения дела, Комиссией ФАС России было принято решение направить запрос о предоставлении информации в адреса ООО «Газпром-Медиа» и ЗАО «ГК «Видео Интернешнл» (АК/35342/16 от 26.05.2016), а именно, представить сведения:

- опровергающие или подтверждающие размещение рекламно-информационного материала хронометражем 05 секунд на телеканалах «5 канал» (Московские блоки), «НТВ» (Московские блоки), «7ТВ» (Федеральное размещение), «Первый» (Московский регион), «РОССИЯ 1» (Московский регион), «Домашний» (Московский регион) и «ТНТ» (Московский регион) в виде рекламного ролика Септика «ТЕРМИТ»;

- информацию о том, размещались ли рекламно-информационные материалы рекламирующие бренд - Септик «ТАНК» в 2010-2011 годах.

Согласно представленным ответам на указанный запрос ФАС России, на основании данных, полученных от Компаний, относящихся к группе лиц ЗАО «ГК «Видео Интернешнл», которые обладали полномочиями на реализацию услуг по размещению в 2010-2011 г.г. рекламы в эфире соответствующих федеральных телеканалов:

- «Компании не заключали с заказчиками сделки на оказание услуг по размещению в 2010 и 2011 году рекламы бренда Септик «ТЕРМИТ» в эфире телеканалов «5 канал» (Московские блоки), «НТВ» (Московские блоки), «7ТВ» (Федеральное размещение), «Первый» (Московский регион), «РОССИЯ 1» (Московский регион), «Домашний» (Московский регион) и «ТНТ» (Московский регион).»

- «что касается рекламы бренда Септик «ТАНК», то в 2010-2011 г.г. при участии компаний, относящихся к группе лиц ЗАО «ГК «Видео Интернешнл», данная реклама распространялась на следующих федеральных телеканалах в следующие периоды:

«Первый канал» (Московский регион) с 02.11.2010 по 30.11.2010,

«Россия 1» (Московский регион) с 01.11.2010 по 30.11.2010,

«Россия 1» (Московский регион) с 01.12.2010 по 30.12.2010,

«Телеканал REN-TV» (Московский регион) с 01.12.2010 по 31.12.2010,

ЭСМИ «Домашний» (Московский регион) с 01.11.2010 по 30.11.2010,

«Телеканал REN-TV» (Московский регион) с 03.10.2011 по 31.10.2011,

«Петербург-5 канал» (Московский регион) с 01.09.2011 по 30.09.2011,

«Петербург-5 канал» (Московский регион) с 01.10.2011 по 31.10.2011,

«Россия 24» (Федеральное размещение) с 01.10. 2010 по 31.10.2010,

«7ТВ» (Федеральное размещение) с 06.09.2010 по 30.09.2010,

«7ТВ» (Федеральное размещение) с 01.09.2011 по 30.09.2011.».

Исходя из изложенного, следует вывод, что доказательств, подтверждающих интенсивное и непрерывное использование Ответчиком обозначения «ТЕРМИТ», начиная с декабря 2012 г. по декабрь 2013 г., в том числе рекламирование продукции септиков «ТЕРМИТ» при продаже данных товаров покупателям в различных регионах Российской Федерации, в результате чего указанное

обозначение могло бы стать известным потребителям именно как обозначение продукции Ответчика, в материалы настоящего дела Ответчиком не представлено.

Представленные Ответчиком в материалы настоящего дела документы в своей совокупности могут свидетельствовать о фактическом использовании Ответчиком обозначения «Септик ТАНК», вместе с тем, не могут рассматриваться как допустимые и достоверные доказательства фактического использования Ответчиком обозначения «ТЕРМИТ», в связи с чем не могут быть приняты Комиссией ФАС России как допустимые доказательства приоритетного фактического использования Ответчиком обозначения «ТЕРМИТ» на товарном рынке септиков.

Указанные обстоятельства позволяют Комиссии ФАС России сделать вывод, что на момент подачи Ответчиком заявки № 2013744755 в Федеральную службу по интеллектуальной собственности на регистрацию словесного обозначения «ТЕРМИТ» данное обозначение приобрело известность именно в результате действий Заявителей, и использовалось ими в качестве средства индивидуализации независимо от Ответчика. При этом действия Ответчика по приобретению и использованию исключительного права на товарный знак № 547227 могут причинить убытки Заявителям, связанные с невозможностью использования Заявителями обозначение «ТЕРМИТ» для индивидуализации собственных товаров и услуг, отказа контрагентов заявителей от приобретения и реализации продукции заявителей под обозначением «ТЕРМИТ», а также в виде издержек, связанных с необходимостью выбора и продвижения нового средства индивидуализации.

Согласно пункту 1 части 3 статьи 10bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности подлежат запрету все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента.

Пункт 9 статьи 4 Закона «О защите конкуренции» определяет недобросовестную конкуренцию, как любые, направленные на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности, действия хозяйствующих субъектов, которые противоречат положениям действующего законодательства, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности, справедливости и могут причинить или причинили убытки другим хозяйствующим субъектам-конкурентам либо нанести ущерб их деловой репутации.

Статьей 14.4 Закона «О защите конкуренции» установлен запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг.

Гражданским кодексом Российской Федерации, а именно в статье 1512 (пункт 6 часть 2) предусмотрено, что предоставление правовой охраны товарному знаку может быть оспорено и признано недействительным полностью или частично в течение всего срока действия правовой охраны, если связанные с государственной регистрацией товарного знака действия правообладателя признаны в установленном порядке злоупотреблением правом либо недобросовестной конкуренцией.

Учитывая приведенные нормы, Комиссия ФАС России, основываясь на представленных Заявителями и Ответчиком в материалы рассматриваемого дела доказательствах, приходит к выводу, что Ответчик в период, соответствующий дате подачи заявки на регистрацию спорного обозначения в качестве товарного знака, не использовал обозначение «ТЕРМИТ» в качестве средства индивидуализации собственной продукции. При этом после приобретения исключительного права на товарный знак № 547227 начал его использование только в целях запрета использования обозначения «ТЕРМИТ» Заявителями. Соответственно, целью обращения Ответчика за регистрацией указанного товарного знака являлось исключительно устранение присутствия третьих лиц на рынке определенного товара септиков.

Таким образом, действия Ответчика по регистрации товарного знака по свидетельству № 547227 не следуют основной функции товарного знака по индивидуализации товаров правообладателя, что согласно пункту 5 Справки по вопросам недобросовестного поведения, в том числе конкуренции, по приобретению и использованию средств индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий Утвержденной постановлением президиума Суда по интеллектуальным правам от 21 марта 2014 года № СП-21/2, рассматривается в правоприменительной практике как недобросовестная конкуренция, запрещенная статьей 14.4 Закона «О защите конкуренции».

Принимая во внимание упомянутые обстоятельства и руководствуясь статьей 4, статьей 14.4, частью 1 статьи 39 и статьей 49 Закона «О защите конкуренции», Комиссия ФАС России

Р Е Ш И Л А:

Признать действия ООО «Тритон Пластик», связанные с приобретением и использованием исключительных прав на товарный знак «ТЕРМИТ» по свидетельству № 547227 в отношении следующих указанных в свидетельстве товаров 11 класса Международной классификации товаров и услуг (МКТУ) клапаны для регулирования уровня в резервуарах, приборы водозаборные, приборы для фильтрования воды, приборы и установки санитарно-технические, принадлежности предохранительные для водяных приборов и водопроводов, принадлежности регулировочные для водяных приборов и водопроводов, принадлежности регулировочные и предохранительные для водопроводного оборудования, трубы (части санитарно-технических систем), установки для ваннных комнат санитарно-технические, установки для очистки воды, установки для очистки сточных вод, фильтры (части бытовых и промышленных установок), товаров 20 класса МКТУ бочкотары большие неметаллические, бочонки неметаллические, затворы для емкостей неметаллические, защелки неметаллические, зажимы для труб пластмассовые, клапаны (вентили) дренажных труб пластмассовые, клапаны, вентили водопроводных труб пластмассовые, клапаны, вентили неметаллические,

за исключением деталей машин, контейнеры неметаллические (для хранения и транспортировки), краны для бочек неметаллические, предметы для подпорки бочек (подставки) неметаллические, пробки неметаллические, резервуары, за исключением металлических каменных, актом недобросовестной конкуренции, противоречащим статье 14.4 Федерального закона от 26.07.06 №135-ФЗ «О защите конкуренции» не допускающей недобросовестную конкуренцию, связанную с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг.