

Заявитель:

ООО «Производственная
компания «АКВАЛАЙФ»

Ответчик:

ООО «Живая вода»

**Лица, располагающие
сведениями об обстоятельствах
рассматриваемого дела:**

ООО «Напитки из Черноголовки
– Аквалайф»

АО «Жигулевское пиво»
(правопреемник ОАО
«Жигулевское пиво»)

ЕШЕНИЕ

по делу № 056/01/14.6-1150/2020

о нарушении антимонопольного законодательства

Решение принято 26 апреля 2021 г.

В полном объеме изготовлено 19 мая 2021 г.
Оренбург

г.

**Комиссия Оренбургского УФАС России по рассмотрению дела о
нарушении антимонопольного законодательства в составе:**

Председателя Комиссии - – заместителя руководителя управления – начальника отдела антимонопольного и рекламного контроля, общественных связей Управления Федеральной антимонопольной службы по Оренбургской области,

членов Комиссии:

..... – специалиста-эксперта отдела антимонопольного и рекламного контроля, общественных связей,

..... – ведущего специалиста-эксперта отдела антимонопольного и рекламного контроля, общественных связей,

..... - специалиста-эксперта отдела антимонопольного и рекламного контроля, общественных связей,

рассмотрев дело № 056/01/14.6-1150/2020 по признакам нарушения ООО «Живая вода» (г. Оренбург, ОГРН 1195658016949, ИНН 5610237031) части 1 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

в присутствии на заседании представителя ООО «Производственная компания «АКВАЛАЙФ» (доверенность № б/н от 20.04.2020 г.),

в присутствии представителя ответчика ООО «Живая вода» (доверенность от 05.06.2020 г.),

руководствуясь статьей 48.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

27.04.2020 в Оренбургское УФАС России поступило заявление ООО «Производственная компания «АКВАЛАЙФ» (вх. № 3757 от 27.04.2020 г.; далее – Заявление) содержащее информацию о недобросовестных действиях ООО «Живая вода» в части использования без согласия правообладателя товарных знаков «ТОТ САМЫЙ» для маркировки выпускаемой безалкогольной продукции различных вкусов.

Согласно Заявлению ООО «Производственная компания «АКВАЛАЙФ» (далее – общество «ПК «АКВАЛАЙФ») стало известно о нарушении ООО «Живая вода» (далее – Ответчик) исключительных прав на 3

товарных знака «ТОТ САМЫЙ», по свидетельствам №№ 603481, 603482, 646283, выразившемся в том, что ООО «Живая вода» выпускает и вводит в гражданский оборот на территории г. Оренбурга и Оренбургской области безалкогольные газированные напитки, маркированные словесным обозначением «ТОТ САМЫЙ», а именно: низкокалорийный, безалкогольный, среднегазированный напиток «ТОТ САМЫЙ» лимонад»; низкокалорийный, безалкогольный, среднегазированный напиток «ТОТ САМЫЙ» с ароматом барбариса»; низкокалорийный, безалкогольный, среднегазированный напиток «ТОТ САМЫЙ» с ароматом колы»; низкокалорийный, безалкогольный, среднегазированный напиток «ТОТ САМЫЙ» с ароматом апельсина», сходные до степени смешения (тождественные) с указанными товарными знаками. В подтверждение представлены чеки и фотографии указанной продукции.

ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» (Лицензиат) заключило с ООО «Напитки из Черноголовки-АКВАЛАЙФ» (Лицензиар) лицензионный договор на право пользования 3 товарными знаками «ТОТ САМЫЙ», по свидетельствам №№ 603481, 603482, 646283, который зарегистрирован в Роспатенте 27.03.2019 года №РД0289985.

ООО «Напитки из Черноголовки-Аквалайф» (далее – ООО «НИЧ-Аквалайф») является правообладателем словесных знаков по свидетельствам №№ 603481, 603482, 646283, зарегистрированных для товаров 32 класса МКТУ.

ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» под контролем Лицензиара в значительных объемах выпускает безалкогольные напитки, маркированные товарными знаками «ТОТ САМЫЙ». Их широкая представленность как в региональных, так и федеральных сетевых магазинах на всей территории РФ, привела к узнаваемости напитков, маркированных товарными знаками «ТОТ САМЫЙ» в среде потребителей и формированию устойчивой ассоциативной связи с указанными товарными знаками.

В декабре 2019 года представителем ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» в магазине «Орен Аква» по адресу: г. Оренбург, ул. Чичерина, д. 22, а также в январе 2020 года в магазинах: «Лагуна» ИП Швецова ... по адресу: г. Оренбург, ул. Дёповская, д. 96; ИП Магераммова по адресу: г. Оренбург, ул. Конституции СССР, д.12; ИП Колодина по адресу: г. Оренбург, ул. Механизаторов, д.6, по кассовым чекам, представленным в материалы дела произведена закупка низкокалорийных, среднегазированных, безалкогольных напитков

«ТОТ САМЫЙ» с ароматом колы» объемом 1,5 литра, по цене 53 руб. за 1 бутылку, «ТОТ САМЫЙ» с ароматом апельсина» объемом 1,5 литра, по цене 21 руб. за 1 бутылку, «ТОТ САМЫЙ» лимонад» объемом 1,5 литра, по цене 30 руб. за 1 бутылку, «ТОТ САМЫЙ» с ароматом барбариса» объемом 1,5 литра, по цене 23 руб. за 1 бутылку.

На этикетках указано: изготовитель – ООО «Живая вода» (460055, г. Оренбург, ул. Нахимова, д. 35), дата розлива напитка – 16.12.2019, 17.12.2019, 18.12.2019.

В материалы дела дополнительно ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» представлена копия товарного чека №00206442, от 06.02.2021 года, а также фото фиксация, подтверждающие приобретение в магазине ООО «СОВИН К» по адресу: г. Оренбург, ул. Гагарина, д.10А низкокалорийных, среднегазированных, безалкогольных напитков «ТОТ САМЫЙ» с ароматом апельсина», «ТОТ САМЫЙ» тархун», «ТОТ САМЫЙ» лимонад», объемом 1,5 литра, по цене 28 руб. 99 коп. за 1 бутылку, изготовитель - ООО «Живая вода», дата розлива 07.12.2020, 09.12.2020, 26.01.2021 года.

В том числе факт реализации продукции ООО «Живая вода», маркированной словесным обозначением «ТОТ САМЫЙ» подтверждается кассовыми чеками 0019,0012,0014 и товарной накладной от 24.03.2021 года, согласно которым по адресу: г. Оренбург, мкр. 70 лет ВЛКСМ, дом. 16/1, литер Б осуществляется продажа безалкогольных напитков «ТОТ САМЫЙ Колокольчик», «ТОТ САМЫЙ Дюшес», объемом 1,5 л., дата розлива 08.12.2020, 08.02.2021.

В целях проверки фактов, изложенных в Заявлении ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» Оренбургским УФАС России 02.10.2020 года в адрес ФГБУ «Федеральный институт промышленной собственности» (далее - ФИПС) направлен запрос о предоставлении информации (справки) о результатах оценки степени сходства используемых ООО «Живая вода» в гражданском обороте обозначений «ТОТ САМЫЙ» с охраняемыми средствами индивидуализации – товарными знаками по свидетельствам № № 603481, 603482, 646283.

В результате проведенного исследования установлено, что представленное обозначение является сходным до степени смешения с товарными знаками по свидетельствам № № 603481, 603482, 646283, поскольку ассоциируются с ними в целом в силу фонетического и семантического тождества словесных элементов «ТОТ САМЫЙ».

На основании Заявления ООО «ПК «АКВАЛАЙФ», а также материалов, полученных в ходе рассмотрения указанного заявления, Оренбургским УФАС России возбуждено дело № 056/01/14.6-1150/2020 о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ООО «Живая вода» (ИНН 5610237031, ОГРН 1195658016949, 460055, Оренбургская область, г. Оренбург, ул. Нахимова, д. 35, пом. 15) по признакам нарушения части 1 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее также – антимонопольное дело).

В ходе рассмотрения дела №056/01/14.6-1150/2020 ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» (вх. № 8123 от 26.08.2020) представлены сведения о том, что ООО «Живая вода» без согласия правообладателя товарного знака выпускает и вводит в гражданский оборот на территории г. Оренбурга и Оренбургской области низкокалорийный, среднегазированный, безалкогольный напиток «ТОТ САМЫЙ» «Буратино», где словесное обозначение «Буратино», тождественно словесному товарному знаку «Буратино» по свидетельству № 245721.

Дополнительно в материалы дела №056/01/14.6-1150/2020 (вх. № 8594 от 11.09.2020) ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» представляет сведения о незаконном использовании ООО «Живая вода» образа персонажа «Буратино» при выпуске напитка «ТОТ САМЫЙ БУРАТИНО», на этикетке которого изображен образ персонажа «Буратино», сходный до степени смешения с образом персонажа «Буратино», созданного художником Владимирским Л.В.

Определениями от 28.07.2020, от 28.08.2020 года к участию в рассмотрении дела в качестве лиц, располагающих сведениями об обстоятельствах рассматриваемого дела привлечены ООО «Напитки из Черноголовки – Аквалайф», а также АО «Жигулевское пиво» (правопреемник ОАО «Жигулевское пиво»).

В целях получения дополнительной информации по делу Комиссией Оренбургского УФАС России в адрес заявителя, ответчика, а также лиц, располагающих сведениями об обстоятельствах рассматриваемого дела, были направлены запросы.

Представителем ООО «Живая вода» в материалы дела представлены возражения на Заявление, в которых общество не согласилось с доводами заявителя по основаниям, изложенным в возражениях (вх. № 5189 от 08.06.2020, вх. №10157 от 26.10.2020, вх. №11545 от 30.11.2020, вх. №12244 от 16.12.2020, вх. №1849 от 25.02.2021, от 22.03.2021, вх. 3114 от 29.03.2021). По мнению ООО «Живая вода»,

действия ООО «НИЧ-Аквалайф» и ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» по приобретению исключительных прав на оспариваемые товарные знаки и их последующему использованию являются незаконными.

В обоснование своей позиции общество «Живая Вода» указало следующее.

По лицензионному договору о предоставлении права использования рецептур и технологических инструкций (ноу-хау) от 12.11.2019 общество «Живая Вода» приобрело у победителя торгов Кривых ..., в рамках дела о банкротстве ООО «Национальная водная компания» (далее – Общество «НВК») право на использование всей рецептуры напитков, товарные знаки, ранее принадлежавшие обществу «НВК», право на производство безалкогольных напитков серии «Тот самый»: «Буратино», «Дюшес», «Лимонад», «Яблочный», «Лимон», «Крем-Сода», «Ананас», «Кола», «Тархун», «Барбарис».

Ответчик обращает внимание Комиссии на то, что практически сразу после проведения торгов по продаже нематериальных активов ООО «НВК» (11.10.2019 г.) и передаче прав на нематериальные активы (включая линейку лимонадов «ТОТ САМЫЙ») обществу «Живая вода» (дата регистрации 11.11.2019 г.), ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» обратилось в апреле 2020 года в Арбитражный суд Оренбургской области с четырьмя исками в защиту исключительных прав на товарные знаки по свидетельствам № № 603481, 603482, 646283 (о взыскании компенсации за нарушение исключительных прав на товарные знаки). При этом общество «АКВАЛАЙФ» указывало, что приобрело права на спорные товарные знаки в 2017 году путем приобретения у общества «Московская чайная фабрика» (далее – Общество «МЧФ»), основным видом деятельности которого, как указывает ответчик, не является производство безалкогольных напитков, минеральных и прочих питьевых вод. По сведениям ответчика, общество «МЧФ» никогда не являлось ни производителем лимонада, ни лицом, осуществляющим его оборот, а спорное обозначение использовалось им исключительно для маркировки чайной продукции.

В то же время, по утверждению ответчика, ООО «НВК» производило с 2008 года низкокалорийные напитки серии «ТОТ САМЫЙ», в связи с чем у потребителя, по мнению ответчика, сформировалась устойчивая ассоциативная связь продукции под указанным обозначением с конкретным производителем, являющимся обладателем бренда «Живая вода».

Общество «Живая Вода» полагает, что именно действия заявителя и ООО «НИЧ-Аквалайф» должны быть квалифицированы как недобросовестные, поскольку в качестве товарных знаков зарегистрированы обозначения, ранее использовавшиеся иным производителем и получившие известность в результате использования таким (сторонним) производителем.

Как указывает ответчик, учитывая не оспоренную и не опровергнутую документально заявителем и ООО «НИЧ-Аквалайф» приобретенную спорным обозначением известность среди потребителей, можно прийти к выводу об осведомленности ООО «НИЧ-Аквалайф» и ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» о том, что обозначение «ТОТ САМЫЙ» использовалось иными лицами для индивидуализации низкокалорийных безалкогольных напитков до даты приоритета спорных товарных знаков.

При этом общество «Живая Вода» отмечает, что воспроизведение товарного знака на этикетках продукции заявителя совпадает с изображением этикеток на продукции общества «НВК» и общества «Живая Вода», которые были разработаны в 2008 году. При этом ответчик обращает внимание на то, что спорное обозначение было создано специально для продукции общества «НВК».

Поскольку заявитель и ООО «НИЧ – Аквалайф» не предпринимали действий по созданию товарного знака, а использовали получившую распространение и узнаваемость этикетку «ТОТ САМЫЙ», общество «Живая Вода» считает такие действия недобросовестными и направленными на устранение третьих лиц с рынка соответствующих товаров.

В части законных оснований приобретения права на производство напитков серии «ТОТ САМЫЙ», общество «Живая вода» поясняет, что согласно отчету об оценке рыночной стоимости имущества №29/2019 от 23.11.2015 г., принадлежащего ООО «НВК» (в рамках процедуры банкротства), оценке с целью реализации подлежали, в том числе, нематериальные активы предприятия: Ноу-хау или секрет производства – это сведения любого характера (изобретения, оригинальные технологии, знания, умения и т.п.), которые охраняются режимом коммерческой тайны и могут быть предметом купли-продажи или использоваться для достижения конкурентного преимущества над другими субъектами предпринимательской деятельности.

По договору об отчуждении исключительного права на секрет

производства правообладатель передает и обязуется передать принадлежащее ему исключительное право на секрет производства в полном объеме другой стороне – приобретателю названного права (ст. 1468 ГК РФ).

Нематериальные активы – товарные знаки и ноу хау (технологические инструкции и технические условия).

В составе ноу –хау были оценены с целью их последующей реализации, следующие нематериальные активы:

- ТИ на производство низкокалорийных напитков ГОСТ 28188-89 ТИ10-11925600-0013-02,

- ТУ (Рецептура) Напиток безалкогольный газированный низкокалорийный «Аромат ананаса» ТИ 10-925600-0013-02

- ТУ (Рецептура) Напиток безалкогольный газированный низкокалорийный «Аромат апельсина» ТИ 10-925600-0013-02

- ТУ (Рецептура) Напиток безалкогольный газированный низкокалорийный «Аромат красного апельсина» ТИ 10-925600-0013-02

Описание нематериальных активов приведено в таблицах (позиции 1, 17, 18, 19). Соответственно, согласно заключению оценщика, указанные нематериальные активы были включены в положение о торгах ООО «НВК» и приобретены с торгов ИП Кривых ...

В свою очередь, ИП Кривых Н.В. передано право на использование вышеуказанных нематериальных активов обществу «Живая вода» по договору от 12.11.2019 года.

На основании чего, ООО «Живая вода» считает использование товарных знаков по свидетельствам № № 603481, 603482, 646283 при маркировки выпускаемой продукции законным, не нарушающим действующее законодательство.

В подтверждение обществом представлены следующие документы:

- копия этикеток ООО «НВК» и ООО «ПК» АКВАЛАЙФ», март 2016 г.,

- дизайн этикеток ООО «Живая вода», декабрь 2019 г.,

- копии протоколов лабораторных исследований ФБУЗ «Центр гигиены и эпидемиологии в Оренбургской области» от 11.12.2019,

- копию договора от 05.12.2019 № 15/0369/1, заключенного с ФБУ

«Государственный региональный центр стандартизации, метрологии и испытаний в Оренбургской области»,

- копию договора купли продажи № 2 от 11.10.2019 г., копию лицензионного договора от 12.11.2019 г, б/н,

- копию договора на поставку полиграфической продукции № 158_2/19 от 25.11.2019,

- копию договора поставки товара №СТ200427 от 27.04.2020.

- копию отчета № 29/2015 от 23.11.2015 г. по оценке рыночной стоимости имущества, принадлежащего ООО «НВК» в рамках процедуры конкурсного производства.

ООО «Живая вода» не опровергался факт использования на этикетках выпускаемой продукции словесного товарного знака «Буратино» и образа персонажа «Буратино». Вместе с тем, сообщается, что общество «Живая вода» в настоящее время не производит лимонады «Буратино», так как указанная продукция была произведена в минимальном количестве и ранее была отозвана от покупателя ИП Кривых

В материалы дела представлено уведомление, направленное в адрес ИП Кривых Н.В. от 22.05.2020 г. б/н, в котором общество «Живая вода» просит осуществить возврат приобретенной продукции – по спецификации «Тот Самый «Буратино», в количестве 60 бутылок, за счет поставщика. Данное уведомление получено Кривых ... 22.05.2020 г., о чем свидетельствует подпись и проставленная печать индивидуального предпринимателя.

В материалы антимонопольного дела представлены письменные пояснения от АО «Жигулевское пиво» (правопреемник ОАО «Жигулевское пиво»), согласно которым АО «Жигулевское пиво» является правообладателем по товарному знаку «Буратино» (свидетельство № 245721).

Между ОАО «Жигулевское пиво» и ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» был заключен лицензионный договор, в соответствии с которым обществу «ПК «АКВАЛАЙФ» предоставлено право использования Товарного знака «Буратино» по свидетельству № 245721.

Помимо ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» право использования товарного знака «Буратино» предоставлено следующим юридическим лицам: ООО «Кировские минеральные воды», ЗАО «Водная компания «Старый

источник», ООО «РВК «Ниагара».

АО «Жигулевское пиво» право использования товарного знака «Буратино» обществу «Живая вода» не передавало, лицензионные договоры между АО «Жигулевское пиво» и ООО «Живая вода» не заключались.

В результате проведенного анализа полученных материалов, дополнительной информации и документов, представленных по запросам, иных материалов антимонопольного дела Комиссией Оренбургского УФАС России установлено следующее.

ООО «НИЧ-Аквалайф» является правообладателем исключительных прав на товарные знаки № 603481, № 603482, № 646283 содержащие словесное обозначение «ТОТ САМЫЙ», знаки зарегистрированы в отношении товаров 32 класса МКТУ:

– **«ТОТ САМЫЙ»** по свидетельству Российской Федерации № 603481 (по заявке общества «МЧФ» № 2010705082; дата приоритета – 19.02.2010, дата регистрации – 19.01.2011, дата окончания срока действия регистрации – 19.02.2030), зарегистрированного в отношении товаров 32-го класса Международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков (далее – МКТУ) «аперитивы безалкогольные; воды; квас (безалкогольный напиток); коктейли безалкогольные; лимонады; напитки безалкогольные; напитки фруктовые; нектары фруктовые с мякотью; порошки для изготовления газированных напитков; сиропы для лимонадов; сиропы для напитков; сок томатный; сок яблочный; соки овощные; соки фруктовые; составы для изготовления газированной воды; составы для изготовления минеральной воды; составы для изготовления напитков; таблетки для изготовления газированных напитков; щербет (напиток); экстракты фруктовые безалкогольные; эссенции для изготовления напитков»;

– по свидетельству Российской Федерации № 603482 (по заявке общества «МЧФ» № 2014729455, дата приоритета – 01.09.2014, дата регистрации – 05.10.2016, дата окончания срока действия регистрации – 01.09.2024), зарегистрированного в отношении товаров 32-го класса МКТУ «воды (напитки); напитки безалкогольные; квас (безалкогольный напиток); коктейли безалкогольные; порошки для изготовления газированных напитков; сиропы для напитков; смузи (напитки на базе фруктовых или овощных смесей); соки фруктовые; соки овощные (напитки); составы для изготовления напитков; эссенции для изготовления напитков»;

– **«ТОТ САМЫЙ»** по свидетельству Российской Федерации № 646283 (по заявке общества «Аквалайф» № 2016717121, дата приоритета – 17.05.2016, дата регистрации – 28.02.2018, дата окончания срока действия регистрации – 17.05.2026), зарегистрированного в отношении товаров 32-го класса МКТУ «минеральные и газированные воды и прочие безалкогольные напитки; фруктовые напитки и фруктовые соки; сиропы и прочие составы для изготовления напитков».

Из представленных копий свидетельств на указанные товарные знаки, приложений к ним, а также уведомления о государственной регистрации договора установлено, что Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам 27.03.2019 за № РД0289985 осуществлена государственная регистрация лицензионного договора о предоставлении ООО «НИЧ-Аквалайф» обществу «ПК «АКВАЛАЙФ» права использования товарных знаков № 603481, № 603480, № 646283.

Правообладателем по товарному знаку «Буратино» (свидетельство № 245721) является АО «Жигулевское пиво» (правопреемник ОАО «Жигулевское пиво»).

Между ОАО «Жигулевское пиво» и ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» был заключен лицензионный договор (зарегистрирован в Роспатенте 27.02.2015 года за №РД0168273), в соответствии с которым обществу «ПК «АКВАЛАЙФ» предоставлено право использования Товарного знака «Буратино» по свидетельству № 245721.

Комиссией Оренбургского УФАС России также установлено, что ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» обладает исключительной лицензией на использование образа персонажа «Буратино» по лицензионному договору с (жена художника Владимирского Л.В., которая является наследницей авторских прав согласно свидетельства о праве на наследство) от 15.07.2016 года.

Согласно выписки из Единого государственного реестра юридических лиц основным видом деятельности ООО «Производственная компания «АКВАЛАЙФ» (ИНН 3316017655; ОГРН 1103316001216) является производство безалкогольных напитков; производство минеральных вод и прочих питьевых вод в бутылках (ОКВЭД 11.07).

ООО «Живая вода» зарегистрировано 11.11.2019 года в Едином государственном реестре юридических лиц (ОГРН 1195658016949;

ИНН 5610237031). Основным видом деятельности ООО «Живая вода» является производство безалкогольных напитков; производство минеральных вод и прочих питьевых вод в бутылках (ОКВЭД 11.07).

В соответствии с частью 2 статьи 1 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» целями данного Закона, определяющего организационные и правовые основы предупреждения и пресечения недобросовестной конкуренции, являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков.

Согласно п. 4 ст. 4 Закона о защите конкуренции товарный рынок - сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров (далее - определенный товар), в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами.

В соответствии с п. 5 ст. 4 указанного Федерального закона хозяйствующий субъект - коммерческая организация, некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации.

В силу пункта 7 статьи 4 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» под конкуренцией понимается соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Оренбургским УФАС России подготовлен аналитический отчет о состоянии конкурентной среды на рынке производства

безалкогольных напитков; производства минеральных вод и прочих питьевых вод в бутылках в географических границах Оренбургской области от 24.12.2020 года, из которого следует, что ООО «Производственная компания АКВАЛАЙФ» и ООО «Живая вода» осуществляют свою деятельность на товарном рынке услуг по производству безалкогольных напитков; производству минеральных вод и прочих питьевых вод в бутылках, следовательно являются хозяйствующими субъектами-конкурентами.

Комиссией по рассмотрению антимонопольного дела установлено, что ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» использует товарные знаки, правообладателями которых являются ООО «НИЧ-Аквалайф» и АО «Жигулевское пиво», а также образ персонажа «Буратино» размещая их на упаковках, этикетках производимого товара, подлежащего поставке покупателям.

В материалы дела Заявителем представлены образцы выпускаемой продукции, в том числе этикетка, используемая обществом «ПК «АКВАЛАЙФ», предназначенная для маркировки товаров 32 класса МКТУ, а именно напитков безалкогольных «Лимонад», «Лимонад Буратино», «Лимонад Дюшес», «Лимонад Тархун», объемом 0,5 л, 1,5 л.

Имеющиеся в деле этикетки, используемые заявителем, выполнены в форме прямоугольника, доминирующим элементом изображения является надпись: «ТОТ САМЫЙ», выполненная крупным выделенным белым шрифтом.

В материалы дела обществом ПК «АКВАЛАЙФ» представлен список контрагентов, располагающих на территории г. Оренбурга, Оренбургской области, с которыми заключены договоры на поставку напитков, безалкогольных сильногазированных: «Лимонад» (ТОТ САМЫЙ), «Лимонад Буратино» (ТОТ САМЫЙ), «Лимонад Дюшес» (ТОТ САМЫЙ), «Лимонад Тархун» (ТОТ САМЫЙ).

Реализация выпускаемой ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» продукции, маркированной товарными знаками по свидетельствам № 603481, № 603482, № 646283, № 245721 осуществляется на основании следующих договоров:

- договора поставки № П-ОРОН-0871-201103 от 14.03.2011 года, заключенного с ООО «МЕРКАТУС НОВА КОМПАНИ»;
- договора поставки под товарным знаком от 27.06.2019 года, заключенного с ООО «ТК «АКВАЛАЙФ».

Факт введения в оборот безалкогольных газированных напитков, производимых обществом «ПК «АКВАЛАЙФ», маркированных словесными обозначениями «ТОТ САМЫЙ», «Буратино», объемом 0,5, 1,5 л. на территории г. Оренбурга, Оренбургской области подтверждается представленными договорами поставки, спецификацией к договорам поставки и товарными накладными, в частности договором поставки от 04.04.2019 за №162-08; договором №ТКАБВ1-000316 от 19.08.2019, спецификацией к нему и товарными накладными №ТК-3703 от 23.08.2019, ТК-5052 от 11.09.2019; договором №ТКАН-000003 от 04.10.2019; договором №ТКАН-000014 от 22.10.2019; договором ТКАН-000030 от 18.02.2020; договором №ТКАН-00156 от 20.05.2020 и др.

Факт реализации продукции ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» на территории г. Оренбурга подтверждается чеком от 23.04.2021 г., согласно которому в магазине ООО «Рубин», по адресу: г. Оренбург, мкр. 70 лет ВЛКСМ, д. 20/1 осуществляется продажа низкокалорийных, среднегазированных, безалкогольных напитков Лимонад ТОТ САМЫЙ и Буратино ТОТ САМЫЙ.

Комиссией по рассмотрению антимонопольного дела установлено, что ООО «Живая вода» при реализации производимого товара – низкокалорийных, среднегазированных, безалкогольных напитков использует словесные обозначения «ТОТ САМЫЙ», «Буратино», а также образ персонажа «Буратино» размещая их на этикетках производимого товара, подлежащего поставке покупателям.

Имеющиеся в деле этикетки, используемые обществом «Живая вода», выполнены в форме прямоугольника, доминирующим элементом изображения является надпись: «ТОТ САМЫЙ», выполненная крупным выделенным белым шрифтом.

Этикетка, представленная в материалы дела и используемая ответчиком, предназначена для маркировки товаров 32 класса МКТУ, а именно напитков безалкогольных, в отношении которых зарегистрированы товарные знаки со словесным элементом «ТОТ САМЫЙ» по свидетельствам № 603481, № 603480, № 64628.

ФГБУ «Федеральный институт промышленной собственности» проведен сравнительный анализ изображений охраняемых товарных знаков и этикетки спорного товара ответчика, в соответствии с которым был сделан вывод о том, что изображения товарных знаков по свидетельствам № 603481, № 603480, № 64628, правообладателем

которых является общество «НИЧ-Аквалайф» и этикетки, используемые ответчиком сходны до степени смешения, поскольку ассоциируются с ними в целом в силу фонетического и семантического тождества словесных элементов «ТОТ САМЫЙ».

Данные выводы нашли свое подтверждение в решении Арбитражного суда Оренбургской области по делу №А47-5893/2020.

На основании имеющихся документов в материалах дела № 056/01/14.6-1150/2020, Комиссия приходит к выводу о том, что доказательств наличия разрешения на использование оспариваемых товарных знаков обществом «Живая вода» не представлено.

Комиссией по рассмотрению дела не может быть принят в качестве доказательств законного использования рассматриваемых товарных знаков факт наличия лицензионного договора от 12.11.2019, заключенного с гр. Кривых Н.В. в виду следующего.

Согласно п.1.1 лицензионного договора от 12.11.2019 г. Лицензиар (Кривых Н.В.) предоставляет Лицензиату (ООО «Живая вода») на срок действия настоящего Договора не исключительное право на использование рецептуры и технологической инструкции по производству безалкогольных напитков (далее – Ноу-хау), указанных в приложении № 1 к настоящему договору, а Лицензиат за право использования Ноу-хау уплачивает Лицензиару лицензионные платежи в размере, определенном настоящим Договором.

Согласно п.2.1 указанного Договора Лицензиат обязуется использовать Ноу-хау строго в пределах тех прав, которые предоставлены ему Лицензиатом на основании п. 1 1 настоящего Договора.

Согласно приложению № 1 к лицензионному договору от 12.11.2019 года отчуждены исключительные права на ТИ в количестве 17-ти штук, ТУ (Рецептура) в количестве 8 штук, в том числе ТУ (Рецептура) Напиток безалкогольный газированный, инв.№Об00000018, инв. №Об00000028, инв.№Об00000029, инв.№Об00000030, ТУ в кол-ве 6 шт., и ТЗ по свидетельствам № 397947, № 400400, № 398000, № 402767, № 412810, № 218710, № 387997, № 378437, № 484808, №486213, №487741, №487887, №493019, №494380.

На основании вышеизложенного Комиссия делает вывод, что по указанному договору общество «Живая вода» приобретено лишь право на использование рецептур и право на производство

безалкогольных напитков, в том числе по лицензионному договору отчуждены исключительные права на отличные от спорных обозначений товарные знаки.

В качестве доказательств Комиссией также не могут быть приняты представленные ответчиком в материалы дела протоколы лабораторных исследований ФБУЗ «Центр гигиены и эпидемиологии в Оренбургской области» от 11.12.2019 и договор от 05.12.2019 № 15/0369/1, заключенный с ФБУ «Государственный региональный центр стандартизации, метрологии и испытаний в Оренбургской области», поскольку в представленных документах лишь перечисляется перечень напитков «С ароматом Барбариса», «Буратино», «Дюшес», «Тархун», «Со вкусом лимона», «С ароматом апельсина», «С ароматом яблока», «С ароматом барбариса», «С ароматом колы» без упоминания словесных элементов «ТОТ САМЫЙ».

Кроме того, Комиссией Оренбургского УФАС России по рассмотрению дела № 056/01/14.6-1150/2020, не может быть принято в качестве доказательств прекращения реализации лимонадов «Буратино» с использованием словесного товарного знака «Буратино» и образа персонажа «Буратино», представленное в материалы дела письмо от 22.05.2020 б/н, направленное в адрес ИП Кривых, поскольку данное письмо не подтверждает факт возврата продукции, маркированной оспариваемыми обозначениями и факт уничтожения этикеток, имеющих словесное обозначение товарного знака и образ персонажа.

Учитывая изложенное, доводы, озвученные представителем ответчика в ходе проведения заседаний по делу № 56/01/14.6-1150/2020 в части законного использования обозначений, сходных до степени смешения с товарными знаками, используемыми Заявителем оценены Комиссией Оренбургского УФАС России и признаются несостоятельными по существу рассматриваемого дела ввиду отсутствия надлежащим образом представленных доказательств.

В соответствии со статьей 1477 ГК РФ на товарный знак, то есть на обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей, признается исключительное право, удостоверяемое свидетельством на товарный знак.

В силу статьи 1484 ГК РФ лицу, на имя которого зарегистрирован товарный знак (правообладателю), принадлежит исключительное право использования товарного знака в соответствии со статьей

1229 названного Кодекса любым не противоречащим закону способом. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на товарный знак. Никто не вправе использовать без разрешения правообладателя сходные с его товарным знаком обозначения в отношении товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, или однородных товаров, если в результате такого использования возникнет вероятность смешения.

Для установления факта нарушения достаточно опасности, а не реального смешения товарного знака и спорного обозначения обычными потребителями соответствующих товаров.

При этом смешение возможно, если в целом, несмотря на отдельные отличия, спорное обозначение может восприниматься указанными лицами в качестве соответствующего товарного знака или если потребитель может полагать, что обозначение используется тем же лицом или лицами, связанными с лицом, которому принадлежит товарный знак.

Вероятность смешения товарного знака и спорного обозначения определяется исходя из степени сходства обозначений и степени однородности товаров для указанных лиц.

При этом смешение возможно и при низкой степени сходства, но идентичности (или близости) товаров или при низкой степени однородности товаров, но тождестве (или высокой степени сходства) товарного знака и спорного обозначения. Однородность товаров устанавливается исходя из принципиальной возможности возникновения у обычного потребителя соответствующего товара представления о принадлежности этих товаров одному производителю.

Согласно п. 2 ст. 1484 ГК РФ исключительное право на товарный знак может быть осуществлено для индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых товарный знак зарегистрирован, в частности путем размещения товарного знака: на товарах, в том числе на этикетках, упаковках товаров, которые производятся, предлагаются к продаже, продаются, демонстрируются на выставках и ярмарках или иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, либо хранятся или перевозятся с этой целью, либо ввозятся на территорию Российской Федерации; при выполнении работ, оказании услуг; на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот; в предложениях о продаже товаров, о выполнении работ, об

оказании услуг, а также в объявлениях, на вывесках и в рекламе; в сети "Интернет", в том числе в доменном имени и при других способах адресации.

Право использования товарного знака предоставляется правообладателем третьим лицам на основании лицензионного договора (статья 1489 ГК РФ).

В соответствии со статьей 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности (заключена в Париже 20.03.1883; далее - Парижская конвенция), в качестве актов недобросовестной конкуренции запрещаются все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или деятельности конкурентов.

Под недобросовестной конкуренцией понимаются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации (пункт 9 статьи 4 Закона №135-ФЗ).

Из приведенного в Законе определения понятия недобросовестной конкуренции следует, что для признания действий недобросовестной конкуренцией они должны одновременно выполнять несколько условий, а именно: совершаться хозяйствующим субъектом; быть направленными на получение преимуществ в предпринимательской деятельности; противоречить законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости; причинить или быть способными причинить убытки другому хозяйствующему субъекту - конкуренту либо нанести ущерб его деловой репутации (причинение вреда).

Под направленностью действий хозяйствующего субъекта на получение преимуществ в предпринимательской деятельности понимается их объективная способность предоставить хозяйствующему субъекту такие преимущества. При этом сами преимущества означают такое превосходство над конкурентами, которое обеспечивает, в том числе, возможность увеличить размер получаемой прибыли по отношению к уровню прибыли при

воздержании от указанных действий. Таким образом, действия хозяйствующих субъектов могут считаться направленными на получение преимуществ, если они позволяют хозяйствующим субъектам увеличить получаемую прибыль либо предотвратить ее неизбежное снижение.

Из статьи 14.6 Закона о защите конкуренции следует, что не допускается недобросовестная конкуренция путем совершения хозяйствующим субъектом действий (бездействия), способных вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами или услугами, вводимыми хозяйствующим субъектом конкурентом в гражданский оборот на территории Российской Федерации, в том числе: незаконное использование обозначения, тождественного товарному знаку, фирменному наименованию, коммерческому обозначению, наименованию места происхождения товара хозяйствующего субъекта-конкурента либо сходного с ними до степени смешения, путем его размещения на товарах, этикетках, упаковках или использования иным образом в отношении товаров, которые продаются либо иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, а также путем его использования в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет", включая размещение в доменном имени и при других способах адресации.

Комиссия считает, что собранными по делу доказательствами подтверждается факт незаконного использования ООО «Живая вода» товарных знаков по свидетельствам № 603481, № 603482, № 646283, № 245721, а также незаконного использования образа персонажа «Буратино» при реализации выпускаемых напитков.

Материалами дела установлено, что изображения товарных знаков по свидетельствам № 603481, № 603480, № 64628, правообладателем которых является общество «НИЧ-Аквалайф», изображение товарного знака по свидетельству № 24572, правообладателем которого является АО «Жигулевское пиво» и этикетки, используемые ответчиком сходны до степени смешения. При этом они предназначены для маркировки напитков, которые относятся к одному и тому же виду, имеют одно и тоже назначение, условия сбыта и круг потребителей, то есть являются однородными товарами, и, следовательно, могут быть восприняты потребителем как обозначения, используемые одним юридическим лицом для индивидуализации изготавливаемых товаров.

Факт реализации напитков, выпускаемых обществом «Живая вода», маркированных словесными обозначениями «ТОТ САМЫЙ», «Буратино» сходными до степени смешения с рассматриваемыми товарными знаками материалами дела подтвержден и не оспаривается ответчиком. Данное обстоятельство свидетельствует о заинтересованности ответчика в привлечении клиентов, имеющих намерение приобрести реализуемый товар и, соответственно, в получении прибыли от осуществления данного вида предпринимательской деятельности.

Таким образом, размещение на этикетках продукции (напитка), выпускаемой и реализуемой ООО «Живая вода» обозначений, сходных с товарными знаками по свидетельствам № 603481, № 603480, № 64628, № 245721 является нарушением исключительного права на товарный знак.

Комиссия, проанализировав все имеющиеся в материалах дела документы, считает, что действия ООО «Живая вода» по использованию обозначений сходного до степени смешения с товарными знаками по свидетельствам № 603481, № 603480, № 64628, № 245721 используемыми ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» при выпуске и реализации своей продукции могут ввести в заблуждение потенциальных потребителей в отношении производителя товара, и затруднить индивидуализацию данных субъектов при их совместном участии в хозяйственном обороте, что может, в свою очередь, привести к получению ООО «Живая вода» преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности перед другими хозяйствующими субъектами.

Данные действия могут также привести к причинению убытков ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» путем сокращения круга потенциальных потребителей, либо нанести ущерб его деловой репутации.

Комиссией действия ООО «Живая вода» были квалифицированы по части 1 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции. В соответствии с частью 1 статьи 48.1 Закона о конкуренции, было принято заключение об обстоятельствах дела от 29.03.2021 г.

Согласно части 5 статьи 48.1 Закона о защите конкуренции лица, участвующие в деле, вправе представить комиссии пояснения, доказательства и приводить доводы в письменной форме в отношении обстоятельств, изложенных в заключении об обстоятельствах дела, до окончания рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства и оглашения

резолютивной части решения по нему на заседании комиссии.

Со стороны ООО «Живая вода» был представлен приказ № 97 от 21.12.2020 г. о приостановке производства и реализации низкокалорийных, безалкогольных напитков серии «ТОТ САМЫЙ» до рассмотрения исков ООО «НИЧ Аквалайф» в Арбитражном суде Оренбургской области и административного дела по заявлению ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» в Оренбургском УФАС России.

Вместе с тем, Заявителем в материалы дела была представлена информация о том, что ООО «Живая вода» продолжает реализовывать свою продукцию с использованием словесного обозначения «ТОТ САМЫЙ». Данный факт подтверждается представленной фотофиксацией реализуемых напитков в сети магазинов ООО «СОВИН» по адресу: г. Оренбург, пр. Гагарина, д. 40/5, а именно напитков «ТОТ САМЫЙ» с ароматом апельсина», «ТОТ САМЫЙ» тархун», «ТОТ САМЫЙ» лимонад», объемом 1,5 литра. Дата розлива 25.02.2021 г. и 15.03.2021 г.

На основании вышеизложенного, учитывая факт продолжения реализации продукции с обозначениями, сходными до степени смешения с товарными знаками, правообладателем которых является ООО «ПК «АКВАЛАЙФ» и отсутствие доказательств прекращения использования словесного обозначения «Буратино», правообладателем которого является АО «Жигулевское пиво» и образа персонажа «Буратино», в соответствии с пунктом 5 частью 1 статьи 49, статьей 50 Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «Живая вода» нарушившим ч. 1 ст. 14.6 Федерального закона ФЗ от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».
2. Выдать ООО «Живая вода» предписание о прекращении недобросовестной конкуренции, для чего представить в Оренбургское УФАС России доказательства:
 - изъятия из гражданского оборота продукции (напитка) с использованием словесного обозначения «ТОТ САМЫЙ», сходного до степени смешения с товарным знаком «ТОТ САМЫЙ» по

свидетельствам №№ 603481, 603482, 646283 ООО «ПК «АКВАЛАЙФ»;

- изъятия из гражданского оборота продукции с использованием словесного обозначения «Буратино», тождественного словесному товарному знаку «Буратино» по свидетельству № 245721, правообладателем которого является АО «Жигулевское пиво», образа персонажа «Буратино», сходного до степени смешения с образом персонажа «Буратино», созданного художником Владимирским Л.В.

3. Передать материалы дела № 056/01/14.6-1150/2020 уполномоченному должностному лицу Оренбургского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Председатель Комиссии

.....

Члены Комиссии

.....

.....

.....

Решение антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд в течение 3-х месяцев со дня его вынесения.