

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

625048, г. Тюмень, ул. Холодильная, 58а тел. 50-31-55

РЕШЕНИЕ

город Тюмень Дело № 072/01/14.6-12/2019

Резолютивная часть решения объявлена 05.03.2020 г.

Решение изготовлено в полном объеме 17.03.2020 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства (далее - Комиссия) в составе:

Председатель Комиссии

<...> – заместитель руководителя управления – начальник отдела контроля за соблюдением законодательства;

Члены Комиссии:

<...> – заместитель начальника отдела контроля за соблюдением законодательства,

<...> – главный специалист-эксперт отдела контроля за соблюдением законодательства,

В отсутствии представителей:

- ИП <...>, уведомлённой надлежащим образом (почтовое уведомление №80083945666599),

- ООО «Альфа Тюмень», уведомленного надлежащим образом (почтовое уведомление №80083945666582),

рассмотрев дело 072/01/14.6-12/2019, возбужденное по признакам нарушения ИП <...> статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия

**УСТАНОВИЛА:**

В Тюменское УФАС России поступило заявление ООО «Альфа Тюмень» (далее также – Общество, Заявитель) на действия ИП <...> (адрес места жительства: <...>, ОГРНИП 317723200059872, ИНН 771509587203), указывающее на признаки нарушения антимонопольного законодательства Российской Федерации.

Как указывает Заявитель, на территории г.Тюмени на фасаде торговых объектов, принадлежащих ИП <...>, размещаются вывески с надписью «Светлое&Темное», выполненные в двух прямоугольниках соединенных элементом «&» белым текстом

на черном фоне и черным на белом.

ООО «Альфа-Тюмень» на основании лицензионного договора №28 от 01.06.2016г. использует в своей деятельности товарный знак «Красное&Белое» (свидетельство №560042), который представляет собой два прямоугольника соединенных элементом «&» красным текстом на белом фоне и белым на красном.

По мнению заявителя, ИП <...> незаконно использует в своей деятельности изображение, схожее до степени смешения с товарным знаком, права использования на который на основании лицензионного договора о предоставлении права использования товарного знака по свидетельству № 560042 от 17 декабря 2015 года принадлежат ООО «Альфа Тюмень», правообладателем по свидетельству № 560042 на товарный знак, является ИП <...>.

В материалы дела заявителем представлены следующие подтверждающие документы:

- копия свидетельства на товарный знак №560042 (приоритет товарного знака от 18.02.2013г. Зарегистрировано в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации 17.12.2015г. Срок действия регистрации истекает 18.02.2023г.);

- изменение к свидетельству на товарный знак №560042 государственная регистрация договора о предоставлении права использования (запись внесена в государственный реестр товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации 15.12.2016г.);

- лицензионный договор №28 от 01.07.2016г.;

- копия лицензии №72РАП №4794 от 01.09.2010г.;

- фотоснимки вывески, торговых объектов «Светлое&Темное».

Актом осмотра Тюменского УФАС России от 04.07.2019г. установлено следующее:

1) Информация, следующего содержания: «Светлое&Темное» (информация выполнена в двух прямоугольниках соединенных элементом «&» белым текстом на черном фоне и черным на белом), на фасаде здания находящегося по адресу: г. Тюмень, 6 км. Салаирского тракта, 1. В таком же стиле выполнены вывеска с режимом работы. (ИП <...> (фото-таблица 1);

2) Информация, следующего содержания: «Светлое&Темное» (информация выполнена в двух прямоугольниках соединенных элементом «&» белым текстом на черном фоне и черным на белом), на фасаде здания находящегося по адресу: г. Тюмень, ул. Андрея Бушуева, д.2, к.1. В таком же стиле выполнены вывеска с режимом работы на стекле входной двери. (ИП <...> фото-таблица 2);

3) Информация, следующего содержания: «Светлое&Темное» (информация выполнена в двух прямоугольниках соединенных элементом «&» белым текстом на черном фоне и черным на белом), на фасаде здания находящегося по адресу: г. Тюмень, ул. Обдорская, д.5, к.1/11. В таком же стиле выполнены вывеска с режимом работы. (ИП <...> (фото-таблица 3).

Как следует из свидетельства на товарный (знак обслуживания) № 560042 «Красное&Белое», правообладателем является ООО «СПС-инвест». В соответствии с изменениями к вышеуказанному свидетельству, лицом, предоставляющим право использования данного товарного знака, является <...>, приоритет товарного знака от 18.02.2013г.

Согласно п. 1.1. Лицензионного договора № 28 от 01.07.2016г. (далее – Договор), ИП <...> (Лицензиар) предоставляет ООО «Альфа Тюмень» (Лицензиат) на срок действия настоящего Договора неисключительную лицензию на право использования Товарного знака в отношении всех товаров и услуг, указанных в свидетельстве № 560042 на территории Российской Федерации.

Согласно п. 7.1. Договора, настоящий договор заключен на срок действия исключительного права Лицензиара на Товарный знак.

Согласно Приложению к свидетельству на товарный знак (знак обслуживания) №560042 «Регистрация лицензионного договора», вышеуказанный договор зарегистрирован Роспатентом 16 декабря 2016 года № РД0212874.

Согласно свидетельству на товарный знак (знак обслуживания) № 560042 срок действия регистрации истекает 18 февраля 2023г.

На основании заявления ООО «Альфа Тюмень» приказом Тюменского УФАС России от 09.07.2019 № 60 возбуждено дело № 072/01/14.6-12/2019 по признакам нарушения ИП <...> статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции).

ИП <...> документы, подтверждающие правомерность использования изображения, схожего до степени смешения с товарным знаком, права использования на который на основании лицензионного договора о предоставлении права использования товарного знака по свидетельству № 560042 от 17 декабря 2015 года принадлежат ООО «Альфа Тюмень», в управление не представила.

Согласно письменным пояснениям ИП <...>, она ведет деятельность по оказанию услуг общественного питания. Все нежилые помещения, используемые ИП <...>, имеют вывески, содержащие сведения об оказываемых услугах, наименование организации, место ее нахождения (адрес) тип предприятия, в том числе на всех вывесках указано магазин-кулинария и режим работы, а также в помещениях предусмотрены входы для посетителей, отдельные от служебных входов для персонала.

Так же эти помещения оснащены мебелью (столами, стульями, стойками и т.д.), кухней (оборудованием) для приготовления продукции собственного производства, посудой и приборами, то есть, организована возможность потребления продукции общественного питания и напитков непосредственно в этих помещениях.

В роли продукции общественного питания выступает кулинарная продукция собственного производства (приготовленное мясо, приготовленная рыба, пицца, мафины, слойки, хачапури, чебуреки, сухарики, гренки, соусы, гамбургеры, картофель, колбаски, кольца кальмара, наггетсы, шаурма, хот-доги, сырные

шарики и другая), покупные товары и напитки, в том числе пиво. Объекты общественного питания имеют меню в формате стендов, досок, табло, световых табло, сенсорных мониторов, реализуемые продукты питания имеют ценники.

Все нежилые помещения, используемые для ведения деятельности по оказанию услуг общественного питания, оборудованы туалетными комнатами для посетителей, имеющими умывальник с зеркалом, туалетную бумагу, мыло или диспенсер с жидким мылом, бумажные полотенца или электрополотенце, крючки для одежды, корзины для мусора.

Таким образом, используемые нежилые помещения имеют все признаки, необходимые для объектов общественного питания, в Международной классификации товаров и услуг, отнесенных к 43 классу.

Из ассортиментного перечня товаров, реализуемых ИП <...> в магазинах сети «Светлое & Темное» (далее по тексту также «Светлое и Темное»), следует, что основную массу позиций в ассортиментном перечне составляют разливное пиво и продукция собственного производства. По мнению ИП <...>, ассортиментный перечень товаров, реализуемых в сети объектов общественного питания ИП <...>, не схож с ассортиментным перечнем торговой сети магазинов «Красное и Белое», так как основную массу позиций в перечне реализуемой продукции составляет разливное пиво (99,7%, бутылочное пиво 0,3%) и продукция собственного производства, в связи с чем можно сделать вывод, что ИП <...> и ООО «Альфа Тюмень» не являются конкурентами.

Кроме того, у ИП <...> отсутствует лицензия на розничную продажу алкогольной продукции, а соответственно, не осуществляется розничная продажа алкогольной продукции, кроме пива, тогда как ООО «Альфа-Тюмень» имеет Лицензию на розничную продажу алкогольной продукции и основным видом деятельности ООО «Альфа Тюмень» является оказание услуг торговли алкогольной продукцией, подлежащей лицензированию, что также, по мнению ответчика, подтверждает тот факт, что ИП <...> и ООО «Альфа Тюмень» не являются конкурентами.

Бутылочное пиво реализуется ИП <...> именно для потребления непосредственно в нежилых помещениях магазинов-кулинарий, для чего бутылка при продаже открывается, а клиенту предоставляется посуда.

Согласно пояснениям ИП <...>, при продаже разливного и бутылочного пива потребителю выдается кассовый чек, в котором указано: «Алкогольная продукция приобретена для употребления в месте продажи», в котором потребитель ставит свою роспись, подтверждая, что ознакомлен с тем, что алкогольная продукция им приобретена для употребления в месте продажи.

Кроме того, все нежилые помещения, используемые ИП <...> для ведения деятельности по оказанию услуг общественного питания, оснащены информационными вывесками следующего содержания: «АЛКОГОЛЬНАЯ ПРОДУКЦИЯ ДОЛЖНА БЫТЬ УПОТРЕБЛЕНА В МЕСТЕ ПРОДАЖИ, ЕЕ ВЫНОС ЗАПРЕЩЕН».

По мнению ИП <...>, данный факт также подтверждает, что ею оказываются услуги общественного питания, отнесенные к 43 классу Международной классификации товаров и услуг.

По мнению ИП <...>, в её действиях отсутствуют признаки нарушения антимонопольного законодательства, поскольку в соответствии со статьей 1539 ГК РФ юридические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность (в том числе некоммерческие организации, которым право на осуществление такой деятельности предоставлено в соответствии с законом их учредительными документами), а также индивидуальные предприниматели могут использовать для индивидуализации принадлежащих им торговых, промышленных и других предприятий (статья 132) коммерческие обозначения, не являющиеся фирменными наименованиями и не подлежащие обязательному включению в учредительные документы и единый государственный реестр юридических лиц.

Наименование «Светлое и Темное» является коммерческим обозначением при осуществлении деятельности по оказанию услуг общественного питания, с целью индивидуализации оказываемых услуг. Первый объект общественного питания под коммерческим обозначением «Светлое и Темное» был открыт ИП <...> 10.11.2017 года по адресу: г.Тюмень, ул.Широтная, 134, корп.1/3. Таким образом, оформление фасадов магазинов «Светлое и Темное» в том виде, в котором они оформлены в настоящее время, используется ИП <...> с 10.11.2017г. Макет оформления фасадов магазинов-кулинарий в том виде, в котором они оформлены в настоящее время разрабатывался лично ИП <...>, изготовление вывески «Светлое и Темное» было произведено на основании выставленного счета, представить который не представляется возможным, поскольку он утерян. Всего у ИП <...> в городе Тюмени открыто 8 магазинов «Светлое и Темное».

Представитель ИП <...> заявил, что ООО «Альфа Тюмень» в настоящее время не осуществляет продажу разливного пива в принадлежащих ему магазинах, что также свидетельствует об отсутствии конкуренции между хозяйствующими субъектами.

Вместе с тем, на момент подачи заявления (с октября 2013 года до декабря 2019 года) ООО «Альфа Тюмень» осуществляло продажу разливного пива. В настоящее время и ООО «Альфа Тюмень» и ИП <...> осуществляют деятельность по реализации бутылочного пива.

### **Исследовав материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.**

Согласно ч. 2 ст. 1 Федерального закона № 135-ФЗ от 26.07.2006г. «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) одной из целей антимонопольного законодательства является обеспечение защиты конкуренции.

Согласно п. 7 ст. 4 Закона о защите конкуренции, конкуренция – это 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.

В соответствии с п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции недобросовестная конкуренция - 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.

В соответствии с разъяснениями Пленума ВАС РФ от 17.02.2011 N 11 «О некоторых вопросах применения Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» (п. 16.1) при анализе вопроса о том, является ли конкретное совершенное лицом действие актом недобросовестной конкуренции, подлежат учету не только указанные законоположения, но и положения статьи 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности (Заключена в Париже 20.03.1883, СССР подписал Конвенцию 12 октября 1967 года, ратифицирована СССР 19.09.1968 года) (ред. от 02.10.1979), в силу которых «актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах» (п. 2 ст. 10.bis Конвенции по охране промышленной собственности).

В соответствии с п. 3 ст. 10.bis Конвенции по охране промышленной собственности» подлежат запрету, в частности:

- все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента;
- ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, способные дискредитировать предприятие, продукты или промышленную или торговую деятельность конкурента;
- указания или утверждения, использование которых при осуществлении коммерческой деятельности может ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров.

В пункте 17 того же постановления разъяснено, что для квалификации конкретных совершенных лицом действий как акта недобросовестной конкуренции следует исходить из цели таких действий. В частности, о том, что соответствующие действия являются актом недобросовестной конкуренции, может свидетельствовать их направленность на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, объем реализуемой продукции.

Кроме того, развернутый перечень форм недобросовестной конкуренции представлен в разработанном Международным объединенным бюро по охране интеллектуальной собственности в 1967 году Типовом законе по товарным знакам, фирменным наименованиям и актам конкуренции для развивающихся стран (Model Law for Developing Countries on Marks, Trade Names, and Acts of Unfair Competition, BIRPI, Geneva, 1967), в котором в качестве таковой названы следующие виды деятельности: подкуп покупателей конкурентов, направленный на то, чтобы привлечь их в качестве клиентов и сохранить на будущее их признательность; выяснение производственных или коммерческих тайн конкурента путем шпионажа или подкупа его служащих; неправомерное использование или раскрытие ноу-хау конкурента; побуждение служащих конкурента к нарушению или разрыву их контрактов с нанимателем; угроза конкурентам исками о нарушении патентов или товарных знаков, если это делается недобросовестно и с целью противодействия

конкуренции в сфере торговли; бойкотирование торговли другой фирмы для противодействия или недопущения конкуренции; демпинг, то есть продажа своих товаров ниже стоимости с намерением противодействовать конкуренции или подавить ее; создание впечатления, что потребителю предоставляется возможность покупки на необычайно выгодных условиях, когда на самом деле этого нет; намеренное копирование товаров, услуг, рекламы или других аспектов коммерческой деятельности конкурента; поощрение нарушений контрактов, заключенных конкурентами; выпуск рекламы, в которой проводится сравнение с товарами или услугами конкурентов; нарушение правовых положений, не имеющих прямого отношения к конкуренции, когда такое нарушение позволяет добиться неоправданного преимущества перед конкурентами.

Учитывая вышеизложенное, объективную сторону недобросовестной конкуренции образуют действия хозяйствующего субъекта, то есть его активное поведение на рынке. При этом такое поведение лица подлежит квалификации в качестве акта недобросовестной конкуренции в случае доказанности совершения им деяний, во-первых, направленных на получение преимуществ в предпринимательской деятельности; во-вторых, противоречащих законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости; в-третьих, причинивших или могущих причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесших или способных нанести вред их деловой репутации.

Под направленностью действий хозяйствующего субъекта на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности следует понимать их способность улучшить положение конкурирующего хозяйствующего субъекта на рынке, в том числе привлечь к своим товарам (работам, услугам) потребительский спрос и увеличить размер получаемой прибыли по отношению к размеру прибыли, которая могла быть получена им в случае добросовестного поведения.

Под противоречием законодательству Российской Федерации следует понимать не только нарушение норм Закона о защите конкуренции, но и иных законов, устанавливающих требования к осуществлению добросовестной конкуренции и запреты различных недобросовестных действий, направленных на получение преимуществ в предпринимательской деятельности.

Согласно правовой позиции, выраженной в Определениях Конституционного Суда Российской Федерации от 1 апреля 2008 года N 450-О-О и от 21 ноября 2013 года N 1841-О, антимонопольное законодательство трактует недобросовестную конкуренцию как деятельность, направленную на получение преимуществ, которая может противоречить не только законодательству и обычаям делового оборота, но и требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, что расширяет область в сфере пресечения недобросовестной конкуренции и связано с многообразием форм и методов недобросовестной конкуренции, не все из которых могут прямо противоречить законодательству или обычаям делового оборота.

В соответствии с ч. 1 ст. 1225 ГК РФ под результатами интеллектуальной деятельности и приравненными к ним средствами индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана (интеллектуальной собственностью), являются, в том числе

товарные знаки и знаки обслуживания.

Статьей 1229 ГК РФ предусмотрено, что гражданин или юридическое лицо, обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (статья 1233), если настоящим Кодексом не предусмотрено иное. Другие лица не могут использовать соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом.

Использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (в том числе их использование способами, предусмотренными настоящим Кодексом), если такое использование осуществляется без согласия правообладателя, является незаконным и влечет ответственность.

На товарный знак, то есть на обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей, признается исключительное право, удостоверяемое свидетельством на товарный знак (п. 1 ст. 1477 Кодекса). 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: 1) 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; 2) при выполнении работ, оказании услуг; 3) на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот; 4) в предложениях о продаже товаров, о выполнении работ, об оказании услуг, а также в объявлениях, на вывесках и в рекламе; 5) в сети «Интернет», в том числе в доменном имени и при других способах адресации (ч. 2 ст. 1484 Кодекса).

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 (ч. 3 ст. 1484 ГК РФ).

Согласно ст. 14.6 Закона о защите конкуренции, не допускается недобросовестная конкуренция путем совершения хозяйствующим субъектом действий (бездействия), способных вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами или услугами, вводимыми хозяйствующим субъектом-конкурентом в гражданский оборот на территории Российской Федерации, в том числе:

1) 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;

2) копирование или имитация внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом-конкурентом, упаковки такого товара, его этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом (в совокупности фирменной одежды, оформления торгового зала, витрины) или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товар.

Таким образом, актом недобросовестной конкуренции могут быть признаны различные действия противоправного характера. Правонарушением считается как неисполнение либо ненадлежащее исполнение субъективной обязанности, так и злоупотребление субъективным правом. При этом правовое значение имеет не просто сходство тех или иных материальных объектов, используемых в хозяйственной деятельности, а сходство до степени смешения в отношении предприятия (производителя, распространителя товаров), самих товаров и деятельности конкурента. Объектом правонарушения являются общественные отношения в связи с конкуренцией между хозяйствующими субъектами

Действия ИП <...>, заключающиеся в намеренном копировании оформления магазинов, направленные на получение преимуществ, связанных с привлечением потребительского спроса к реализации своих напитков путем использования широко известного товарного знака, являются актом недобросовестной конкуренции

В соответствии с ч. 5.1 ст. 45 Закона о защите конкуренции при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

Товарный рынок, согласно ст.4 Закона о защите конкуренции, это сфера обращения товара, который не может быть заменён другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, 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.

При принятии решения о наличии или отсутствии признаков нарушения антимонопольного законодательства, выражающегося в нарушении хозяйствующим субъектом запретов на недобросовестную конкуренцию в отношении иного хозяйствующего субъекта, руководствуясь понятиями конкуренции и недобросовестной конкуренции, а также ст.14.6 Закона о защите конкуренции, антимонопольный орган устанавливает товарный рынок, на котором данные хозяйствующие субъекты конкурируют.

Открытый характер рынка позволяет предлагать товар, а покупатели, в свою очередь, могут приобретать товар в месте своего нахождения.

Рынок реализации товара охватывает территорию г. Тюмени.

В соответствии с п.10.6 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного Приказом ФАС России от 28.04.2010 №220, в состав хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, включаются хозяйствующие субъекты, действующие на товарном рынке, в объеме установления фактических конкурентных отношений между хозяйствующим субъектом, в действиях которого обнаружены признаки недобросовестной конкуренции, и хозяйствующим субъектом, которому указанными действиями причинены или могут быть причинены убытки либо нанесен или может быть нанесен вред его деловой репутации.

В состав хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, включаются все хозяйствующие субъекты, занимающиеся розничной реализацией пива на территории г.Тюмени.

Покупателями товара/услуги являются физические лица.

На территории г.Тюмени действует множество поставщиков данной услуги. Деятельность на указанном рынке осуществляют среди прочих ООО «Альфа-Тюмень» и ИП <...>.

Потребители услуг (физические лица), имеют экономическую возможность приобретать пиво, в границах того муниципального образования в котором они находятся (проживают).

Согласно анализу рынка розничной торговли алкогольной продукцией, проведенному в рамках рассмотрения дела № 072/01/14.6-12/2019, установлено, что ООО «Альфа Тюмень» и ИП <...>. являются конкурентами на рынке розничной продажи пива, соответственно, в границах товарного рынка розничной продажи пива на территории г.Тюмени.

Комиссией в соответствии с требованиями статьи 48.1 Федерального закона «О защите конкуренции» в адрес лиц участвующих в деле направлено заключение об обстоятельствах дела, на которое Ответчиком представлены возражения.

Рассмотрев доводы, представленные Ответчиком, Комиссия не нашла оснований для пересмотра выводов, сделанных по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, поскольку доводы ИП <...> неоднократно озвучивались на заседаниях Комиссии и им давалась оценка.

Комиссией не принимается во внимание ссылка Ответчика на то, что им оказываются услуги общественного питания.

Обстоятельства осуществления предпринимателем деятельности по оказанию услуг общественного питания не имеют правового значения, поскольку предпринимателю вменена недобросовестная конкуренция при оформлении внешнего вида фасада магазина, что влияет на увеличение потребительского интереса к магазину-кулинарии как к месту реализации пива.

При этом, Комиссия считает необходимым указать следующее. Довод ИП <...> о том, что она с ООО «Альфа Тюмень» осуществляет деятельность в разных сегментах товарного рынка, а именно: оказывает услуги общественного питания и

является магазином-кулинарией (кулинария — это магазин или специальный отдел при ресторане, столовой, кафе, в магазине, торгующий полуфабрикатами и готовыми кушаньями), а не магазином розничной торговли алкоголем, не имеет значения для квалификации в его действиях недобросовестной конкуренции, поскольку товарный рынок определяется сферой обращения товара, который не может быть заменен другим товаром, а также способом введения его в оборот. В данном случае товаром является пиво, которое потребитель может приобрести в розницу как в магазинах «Красное и Белое» так и в магазинах «Светлое и Темное». При этом, для квалификации в действиях ИП <...> недобросовестной конкуренции не имеет правового значения особый статус магазина-кулинарии, поскольку осуществление деятельности по оказанию услуг общественного питания не ограничивает и не устанавливает каких-либо специальных требований к реализации пива в розницу, в том числе, на вынос. Напротив, способ реализации данного вида алкогольной продукции ИП <...>, а именно, разлив в тару различной емкости (пластиковые бутылки) указывает на розничную торговлю пивом. Ссылка на наличие в чеке надписи о том, что алкогольная продукция приобретена для употребления в месте продажи, подлежит отклонению, поскольку данное обстоятельство не указывает на запрет выноса пива из торговой точки, а имеется только формальное указание некой рекомендации.

ООО «Альфа Тюмень» в материалы дела представлен договор аренды нежилого помещения №АТ-09-05/2010 от 01.09.2010г., согласно которому арендатор (ООО «Альфа Тюмень») использует помещение для торговли в качестве универсама под коммерческим обозначением «Красное и Белое». Приоритет товарного знака от 18.02.2013г.

Также в материалах дела имеется письмо первого правообладателя товарного знака - ООО «СПС-инвест», согласно которому, обозначение «Красное&Белое» введено в оборот до 2006 г., данное обозначение широко использовалось группой лиц, объединенной сетью «Красное и Белое» в которую входит, в том числе, и ООО «Альфа Тюмень». На период 2010 г. ООО «Альфа Тюмень», с момента открытия первого магазина, использовало для своего обозначения и оформления фасада обозначение «Красное&Белое».

При недобросовестной конкуренции хозяйствующий субъект стремится получить преимущества при осуществлении предпринимательской деятельности способами, запрещенными действующим законодательством (в том числе путем введения в заблуждение), позволяющими, в частности, произвести меньшие затраты по сравнению с теми затратами, которые претерпевают другие хозяйствующие субъекты-конкуренты, соблюдающие закон, обычаи делового оборота, требования добросовестности и т.д. Такие действия могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам-конкурентам, либо нанести вред их деловой репутации.

Вместе с тем, в деловом обороте используют правила индивидуализации, в том числе продавцов путем обеспечения оформления торговых точек для его узнаваемости и выделения среди других участников рынка определенных товаров. Соответственно, использование оформления другого конкурента также противоречит обычаям делового оборота, направлено на введение в заблуждение потребителей в отношении продавца и направлено на получение преимуществ.

Довод ответчика об отсутствии каких-либо доказательств сходства обозначений

отклоняется по следующим основаниям.

Специальных знаний для установления степени сходства обозначений и однородности товаров не требуется, а, следовательно, экспертиза по таким вопросам не проводится (пункт 13 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности, утвержденного информационным письмом Президиума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 13.12.2007 № 122).

Для установления факта нарушения достаточно уже самой опасности, а не реального смешения обозначения и товарного знака обычным потребителем соответствующих товаров (определение Верховного Суда Российской Федерации от 27.06.2016 № 307-ЭС16-881 по делу № А56-62226/2014). 15 А70-9008/2019 Обозначение считается сходным до степени смешения с конкретным товарным знаком, если обычные потребители соответствующего товара ассоциируют обозначение с товарным знаком в целом, несмотря на отдельные отличия (пункт 37 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 23.09.2015).

Угроза смешения противопоставляемых оформлений усиливается тем, что основной потребитель идентифицирует товары и услуги в первую очередь по привычным ему элементам оформления (коммерческому обозначению/товарному знаку «Красное&Белое»). Следовательно, введение в гражданский оборот оформления сходного с оформлением магазинов Заявителя, до степени смешения, является нарушением прав заявителя и направлены на получения преимуществ, так как находятся, в том числе в одном месте, и вводят в заблуждение потребителей относительно продавца товара.

В рассматриваемой ситуации при сопоставлении товарного знака «Красное&Белое» и внешнего оформления здания магазина «Светлое и Темное» установлено, что ответчиком использовано изображение «Светлое и Темное», сходное до степени смешения с товарным знаком «Красное&Белое», поскольку и та и другая вывески имеют одинаковую форму, использование в вывески светлого и темного цветов в соотношении 50/50, а также союза «и», разделяющего два прилагательных, каждое из которых написано на одном из цветов, используемых в названии.

Вместе с тем, ООО «Альфа Тюмень», приобретая права на товарный знак № 560042 «Красное&Белое», руководствовалось узнаваемостью существующего бренда. Обозначение «Красное и Белое» в виде двух прямоугольников соединенных элементом «&» красным текстом на белом фоне и белым на красном, использовалось ООО «Альфа Тюмень» раньше, чем открыт первый магазин под обозначением «Светлое и Темное».

ИП <...> своими неправомерными действиями получает преимущество по отношению к конкурентам, так как использовала уже узнаваемое потребителями оформление, способное вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента, и тем самым наносил (мог наносить) убытки как ООО «Альфа Тюмень», так и иным хозяйствующим субъектам, осуществляющим деятельность на рынке розничной продажи пива, которые выражались в недополучении прибыли, поскольку потребители могли посчитать магазины «Светлое и Темное»,

принадлежащими одной сети с магазинами «Красное и Белое», вследствие использования заявителем оформления фасадов магазинов, сходного до степени смешения в силу сходного общего зрительного восприятия.

Таким образом, действия ИП <...>, выразившиеся в использовании в своей деятельности обозначения сходного до степени смешения с товарным знаком по свидетельству № 560042 (коммерческим обозначением до 16.12.2016), направлены на получение преимуществ перед другими хозяйствующими субъектами при осуществлении предпринимательской деятельности на одном рынке, причинили (могли причинить) убытки другим хозяйствующим субъектам конкурентам, противоречат требованиям законодательства РФ, подпадают под понятие «недобросовестная конкуренция».

Комиссия считает, что изложенные обстоятельства дела в совокупности с имеющимися в материалах дела доказательствами указывают на наличие в действиях ИП <...> нарушения статьи 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции», выразившиеся в использовании в своей деятельности обозначения сходного до степени смешения с товарным знаком по свидетельству № 560042, право использования которого принадлежит хозяйствующему субъекту-конкуренту (ООО «Альфа Тюмень»).

На основании изложенного и руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1 – 4 статьи 41, статьей 48, частью 1 статьи 49 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия

## **РЕШИЛА:**

1. Признать в действиях индивидуального предпринимателя <...> (адрес места жительства: <...> ОГРНИП 317723200059872, ИНН 771509587203) нарушение статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившееся в использовании в своей деятельности обозначения сходного до степени смешения с товарным знаком по свидетельству № 560042 (коммерческим обозначением до 16.12.2016г.), право использования которого принадлежит хозяйствующему субъекту-конкуренту (ООО «Альфа Тюмень»).

2. Выдать ИП <...>. обязательное для исполнения предписание об устранении нарушения путем прекращения незаконных действий по использованию в своей деятельности обозначения сходного до степени смешения с товарным знаком по свидетельству № 560042, право использования которого принадлежит хозяйствующему субъекту-конкуренту.

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия в суд или в арбитражный суд.

Примечание. За невыполнение в установленный срок законного решения антимонопольного органа статьей 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии: <...>

<...>