УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

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

Р Е Ш Е Н И Е

город Тюмень Дело № К18/18-14.6

Резолютивная часть решения объявлена 22.04.2019 г.

Решение изготовлено в полном объеме 26.04.2019 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,

при участии представителей:

от ИП <…>– <…> (доверенность 72 АА 1343998 от 12.09.2018г.),

от ООО «Альфа Тюмень» - <…> (доверенность б/н от 24.12.2018г.),

рассмотрев дело № К18/18-14.6, возбужденное по признакам нарушения ИП <…>. статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия

У С Т А Н О В И Л А:

В Тюменское УФАС России поступило заявление ООО «Альфа Тюмень» (далее также – Общество, Заявитель) на действия ИП <…>, 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 01.07.2016г.

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 от 19.10.2018г. установлено следующее:

1) На фасаде здания по адресу: г. Тюмень, ул. Широтная, 189/4 размещена информация следующего содержания: «Магазин разливных напитков Светлое&Темное холодное разливное свежее живое лимонад квас» (информация выполнена в двух прямоугольниках соединенных элементом «&» белым текстом на черном фоне и черным на белом;

2) На фасаде здания по адресу: г. Тюмень, ул. Салтыкова-Щедрина размещена информация следующего содержания: «Светлое&Темное» (информация выполнена в двух прямоугольниках соединенных элементом «&» белым текстом на черном фоне и черным на белом);

3) На фасаде здания по адресу: г. Тюмень, ул. Садовая, 113а размещена информация следующего содержания: «Магазин разливных напитков Светлое&Темное холодное разливное свежее живое лимонад квас» (информация выполнена в двух прямоугольниках соединенных элементом «&» белым текстом на черном фоне и черным на белом).

Как следует из свидетельства на товарный знак (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.

В Федеральную службу по интеллектуальной собственности (РОСПАТЕНТ), осуществляющую функции по контролю и надзору в сфере правовой охраны и использования объектов интеллектуальной собственности, был направлен запрос информация о степени сходства обозначений, используемых ИП <…> (оформление фасада магазина «Светлое &Темное» и вывески данного магазина), с товарным знаком по свидетельству №560042. На исследование были представлены фотоизображения фасада магазина и вывески, на которой идентифицируется комбинированное обозначение в виде словесного элемента «Светлое &Темное», а также изобразительного элемента в виде двух соединенных фигур.

Согласно справке, представленной Федеральной службой по интеллектуальной собственности, относительно степени сходства используемых ИП <…>. обозначений с товарным знаком по свидетельству № 560042, установлено следующее: Обозначение «Светлое&Темное» является сходным до степени смешения с товарным знаком по свидетельству № 560042, поскольку ассоциируется с ним в целом в силу сходного композиционного расположения элементов, сходства изобразительных элементов в виде двух соединенных фигур и элементов «&».

О том, что потребители также видят сходство изображений, свидетельствуют высказывания обычных граждан в комментариях к статье: «Вывески одинаковые: в тюменском суде поспорили «Крепкое&Слабое» и «Красное&Белое», размещенной на сайте 72.ru. (акт осмотра от 08.02.2019г.).

В комментариях к данной новости содержатся такие фразы: «А есть еще светлое&темное, на них почему КБ не наезжает?», «Темное и светлое такая же вывеска только черное и белое. Дело в цвете?», «На сколько я помню, светлое/темное – это тоже относится к фирме красного/белого».

На основании заявления ООО «Альфа Тюмень» приказом Тюменского УФАС России от 29.10.2018 № 88 возбуждено дело № К18/18-14.6 по признакам нарушения ИП <…> статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «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 представил.

Согласно письменным пояснениям ИП <…>, он ведет деятельность по оказанию услуг общественного питания через сеть объектов общественного питания под единым коммерческим обозначением. Все помещения 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, маффины, 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 и Темное», следует, что основную массу позиций в ассортиментном перечне составляют разливное пиво и продукция собственного производства. По мнению представителя ИП <…>, ассортиментный перечень товаров, реализуемых в сети объектов общественного питания ИП <…>, не схож с ассортиментным перечнем торговой сети магазинов «Красное и Белое», 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 осуществление торговли алкогольной продукцией, подлежащей лицензированию, что также, по мнению ответчика, подтверждает тот факт, что ИП <…> и ООО «Альфа Тюмень» не являются конкурентами.

По мнению ИП <…>, в его 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, и используется ИП <…> с июля 2016г. ООО «Альфа Тюмень» приобрело право использования товарного знака №560042 только 16.12.2016г. Таким образом, по мнению ответчика, он начал использование коммерческого обозначения раньше.

Согласно пояснениям ИП <…>., при продаже разливного и бутылочного пива потребителю выдается кассовый чек, в котором указано: «Алкогольная продукция приобретена для употребления в месте продажи». По мнению ИП <…>, данный факт также подтверждает, что им оказываются услуги общественного питания, отнесенные к 43 классу Международной классификации товаров и услуг.

Сторонами представлены сведения о процентном соотношении реализуемого разливного пива к остальной алкогольной продукции. Поскольку ИП <…> из алкогольной продукции реализует только пиво, то соотношение разливного пива к бутылочному пиву составляет 99,7%.

Процентное соотношение реализуемого ООО «Альфа-Тюмень» разливного пива к остальной алкогольной продукции составляет в среднем 10%.

Таким образом, ООО «Альфа Тюмень» и ИП <…>осуществляют деятельность по реализации пива как бутылочного, так и разливного.

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; неправомочное 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.

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 продукции, проведенному в рамках рассмотрения дела № К18/18-4.6, 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, 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, Комиссия считает необходимым указать следующее. Довод заявителя о том, что он 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 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 ответчиком, а именно: разлив в тару различной емкости (пластиковые бутылки) указывает на розничную торговлю пивом. При этом, довод о том, что в чеке имеется надпись «Алкогольная продукция приобретена для употребления в месте продажи» не указывает на запрет выноса данного товара из торговой точки, а имеется только формальное указание некой рекомендации.

Согласно ст. 9 Закона РФ от 07.02.1992 N 2300-1 «О защите прав потребителей»,

изготовитель (исполнитель, продавец) обязан довести до сведения потребителя фирменное наименование (наименование) своей организации, место ее нахождения (адрес) и режим ее работы. Продавец (исполнитель) размещает указанную информацию на вывеске.

Согласно представленным ИП <…> фотографиям фасадов магазинов следует, что сам ответчик позиционирует себя для потребителей как магазин разливных напитков. Так, по адресам : ул.Садовая, 113, ул. Широтная 189, ул.Широтная, 100, ул.Гольцова, 8, ул.Широтная, 61 корп.А, ул.Широтная, 171, ул.Харьковская, 54, ул.Вересковая, 7, ул.Судостроителей, 38, ул.Минская, 59, ул.Республики, 212, ул. Тульская, 8 над входной группой или рядом с входом в магазин «Светлое и Темное» размещена вывеска с информацией следующего содержания: «Магазин разливных напитков».

В рекламе, размещенной на фасадах магазинов «Светлое и Темное», используются такие определения товара как «холодное, разливное, свежее, живое.., 60 сортов напитков…» данные прилагательные среднего рода могут быть отнесены только к такому товару как пиво, следовательно, объектом рекламирования выступает именно пиво, как основной товар, реализуемый в магазинах «Светлое и Темное».

Довод о том, что акт осмотра интернет сайта 72.ru не может являться допустимым доказательством, не принимается Комиссией во внимание, поскольку данный акт не используется в качестве доказательства сходства обозначений. Данным актом, зафиксированы фразы, приведенные на данном сайте, которые свидетельствуют о том, что обычные граждане считают магазины «Красное и Белое» и «Светлое и Темное» одной сетью, именно из-за их схожего оформления.

Довод Ответчика о времени начала использования им обозначения «Светлое и Темное» раньше регистрации ООО «Альфа Тюмень» лицензионного договора на использование товарного знака №560042, опровергается тем, что оформление магазинов «Красное и Белое» было использовано ООО «Альфа Тюмень» в качестве коммерческого обозначения с 2010 года. Данный факт подтверждается материалами дела, а именно: договором 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». Таким образом, данное оформление магазинов использовалось в качестве коммерческого обозначения ООО «Альфа Тюмень» с 2010 года, т.е. практически с момента регистрации ООО «Альфа Тюмень» (02.07.2010г.). Лицензия на осуществление розничной продажи алкогольной продукции также получена ООО «Альфа-Тюмень» 01.09.2010 года. Кроме того, приоритет товарного знака № 560042 установлен от 18.02.2013г., в связи с чем можно говорить о неизменности изображения товарного знака «Красное и Белое» в том виде, в каком он используется в настоящее время с 18.02.2013г.

Таким образом, обозначение «Красное и Белое» в виде двух прямоугольников соединенных элементом «&» красным текстом на белом фоне и белым на красном, использовалось ООО «Альфа Тюмень» намного раньше, чем был открыт первый магазин под обозначением «Светлое и Темное» (10.11.2015г.), с сентября 2010 года в качестве коммерческого обозначения, а с 16.12.2016 года в соответствии с лицензионным договором в качестве товарного знака.

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 добропорядочности 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.

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.

При этом, ИП <…> своими неправомерными действиями получает преимущество по отношению к конкурентам, так как использовал уже узнаваемое потребителями оформление, способное вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента, и тем самым наносил убытки ООО «Альфа Тюмень», которые выражались в недополучении прибыли, поскольку потребители могли посчитать магазины «Светлое и Темное», принадлежащими одной сети с магазинами «Красное и Белое», вследствие использования ИП <…> оформления фасадов магазинов, сходного до степени смешения в силу сходного общего зрительного восприятия, обусловленного сходством изобразительных элементов с товарным знаком № 560042.

Таким образом, вышеуказанные действия ИП <…>, выразившиеся в использовании в своей деятельности обозначения сходного до степени смешения с товарным знаком по свидетельству № 560042 (коммерческим обозначением до 16.12.2016г.), 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

Р Е Ш И Л А:

1. Признать в действиях индивидуального предпринимателя <…>. (место нахождения: 625051, г.Тюмень, ул. <…>, ИНН 7224044568, КПП 720301001, ОГРН 1117232004658, дата регистрации: 09.02.2011г.) 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 в 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: <…>

<…>