

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания по делу № 06-85/17НК

об административном правонарушении

«26» октября 2017 г.

г. Новосибирск

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области Н.П. Камнева, рассмотрев протокол № 06-85/17НК от 03.05.2017г. об административном правонарушении и материалы административного дела, возбужденного в отношении Общества с ограниченной ответственностью «Арчи» (ОГРН 1115476007987; ИНН/КПП 5433183508/543301001; юридический адрес: улица МО Ярковский сельсовет, в районе с.Ярково (АЗС), Новосибирская обл., Новосибирский район, 630522; дата регистрации юридического лица: 31.01.2011г.), по части 2 статьи 14.33 Кодекса РФ об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ), руководствуясь пунктом 1 части 1 статьи 29.4 КоАП РФ,

в присутствии: представителя ООО «Арчи» <...>(доверенность от 20.04.2017г.),

УСТАНОВИЛ:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление ПАО «ГАЗПРОМ НЕФТЬ» (вх. № 12010 от 28.12.2015г.), ООО «Газпромнефть-Центр» и АО «Газпромнефть-Новосибирск» (вх. № 3270 от 14.04.2016г.) по факту недобросовестной конкуренции со стороны ООО «Арчи» и ООО «Успех».

01.07.2015 г. между ООО «Газпромнефть-Центр» (Принципал) и ООО «Газпромнефть-Новосибирск» (Агент) был заключен агентский договор № ГНС-15/19000/01089/Р (далее - Договор), согласно которому Принципал осуществляет передачу принадлежащих ему нефтепродуктов Агенту на реализацию, а Агент от своего имени, но за счет Принципала осуществляет реализацию/отпуск полученных нефтепродуктов через принадлежащие ему автозаправочные станции.

На территории Новосибирской области АО «Газпромнефть-Новосибирск» осуществляет реализацию нефтепродуктов, полученных по Договору от ООО «Газпромнефть-Центр», через сеть автозаправочных станций.

При этом, автозаправочные станции АО «Газпромнефть-Новосибирск» оформлены с использованием товарных знаков, принадлежащих ПАО «Газпром нефть», в том числе: № 395503 (дата приоритета 30.03.2009 г.), № 425116 (дата приоритета 24.12.2009 г.)

Как указывает заявитель, ПАО «Газпром нефть» является правообладателем следующих товарных знаков: № 395503 (дата приоритета 30.03.2009г.); № 506664 (дата приоритета 19.10.2012г.); № 486879 (дата приоритета 12.04.2012г.); № 418264 (дата приоритета 30.03.2009г.); № 408555 (дата приоритета 31.12.2008г.).

ПАО «Газпром нефть» обладает исключительным правом в России на использование изобразительных и объемных элементов указанных в свидетельствах, в том числе в отношении следующих товаров и услуг Международной классификации товаров и услуг:

04 - «топлива (в том числе моторные бензины); бензин; газ топливный; горючее; нефть, в том числе переработанная; топливо дизельное (данные термины содержатся в перечнях всех вышеуказанных знаков; топливо моторное (данный термин дополнительно содержится в перечнях товарных знаков 486879 и 506664»);

37 - «станции обслуживания транспортных средств» (данный термин содержится в перечнях товарных знаков № 395503; 408555; 418264; 422319; 421910); станции технического обслуживания транспортных средств (заправка топливом и обслуживание) (данный термин содержится в перечнях товарных знаков № 486879 и 506664).

Вместе с тем, по мнению заявителя, во внешнем оформлении автогазозаправочных станций «НОВОСИБИРСКНЕФТЕТРЕЙД», расположенных по адресам: г. Обь, пр. Мозжерина, 1 (ООО «Успех»); г. Новосибирск, ул. Тульская, 435/1 (ООО «Успех»); Новосибирская область, с. Ярково, ул. Советская, 2А, к.2 (ООО «Арчи»), используются изобразительные элементы, символы, буквы, обозначения, сходные до степени смешения с товарными знаками ПАО «Газпром нефть». Указанные обстоятельства подтверждаются фотоснимками АЗС, представленными в материалы дела. Таким образом, в настоящее время нарушаются исключительные права ПАО «Газпром нефть» на товарные знаки, что указывает на признаки недобросовестной конкуренции.

Эксплуатацию АЗС, расположенных по адресам: г. Обь, пр. Мозжерина, 1; г.Новосибирск, ул. Тульская, 435/1, осуществляет **Общество с ограниченной ответственностью «Успех»** (ИНН 5405272763, место нахождения: 630064, г. Новосибирск, ул. Блюхера, д. 28, оф. 33).

Эксплуатацию АЗС, расположенной по адресу: Новосибирская область, с. Ярково, ул. Советская, 2А, к.2 осуществляет **Общество с ограниченной ответственностью «Арчи»** (ИНН 5433183508, место нахождения: 630522, Новосибирская область, Новосибирский район, МО Ярковский сельсовет, в районе с. Ярково (АЗС).

Кроме того, в дополнениях от 25.08.2016г. (вх. № 7721), заявителями указано о еще одной АЗС ответчиков, в оформлении которой используются изобразительные элементы, символы, буквы, обозначения, сходные до степени смешения с товарными знаками ПАО «Газпром нефть». Данная АЗС располагается по адресу: Новосибирская область, Новосибирский район, Кудряшовский сельсовет, Колыванское шоссе, 6. Деятельность осуществляет ООО «Арчи».

ПАО «Газпром нефть» лицензионных соглашений с ООО «Успех» и/или с ООО «Арчи» о предоставлении прав на использование вышеуказанных товарных знаков не заключало, разрешений на их использование не предоставляло. В связи с чем, использование обозначений, сходных до степени смешений с товарными знаками ПАО «Газпром нефть», на вышеуказанных АЗС при реализации нефтепродуктов является незаконным, нарушающим исключительные права ПАО «Газпром нефть».

Согласно п. 2. ст. 1232 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), предоставление права использования товарного знака по договору подлежит государственной регистрации, порядок и условия которой устанавливаются Правительством Российской Федерации.

Сведения о предоставлении права использования товарных знаков, а также о соответствующих лицензионных договорах публикуются в Государственном реестре товарных знаков РФ. Свободный доступ к базе данных реестра открыт на сайте ФГБУ «Федеральный институт промышленной собственности» Роспатента www.fips.ru. Согласно информации из базы данных, в ней не содержится сведений о предоставлении права использования товарных знаков ПАО «Газпром нефть» по договорам с ООО «Успех» и/или ООО «Арчи», что подтверждает факт отсутствия таких договоров.

Таким образом, ООО «Успех» и ООО «Арчи» нарушает исключительные права ПАО «Газпром нефть» на товарные знаки, используя сходные до степени смешения обозначения в отношении однородных товаров и услуг без согласия правообладателя.

Обозначения, используемые ООО «Успех» и ООО «Арчи» на указанных АЗС, сходны до степени смешения с товарными знаками ПАО «Газпром нефть» в отношении однородных товаров, исходя из того, что приведенные ниже признаки определения сходства обозначений с другим обозначением или товарным знаком регламентированы пунктами 41-44 Правил составления, подачи и рассмотрения документов, являющихся основанием для совершения юридически значимых действий по государственной регистрации товарных знаков, знаков обслуживания, коллективных знаков, утвержденных приказом Минэкономразвития России от 20.07.2015г. № 482 (далее - Правила), Методическими рекомендациями по проверке заявленных обозначений на тождество и сходство, утв. Приказом Роспатента от 31.12.2009г. №197 (далее - Рекомендации), Методическими рекомендациями по определению однородности товаров и услуг при экспертизе заявок на государственную регистрацию товарных знаков и знаков обслуживания, утвержденных приказом Роспатента от 31.12.2009г. № 198.

Вывод о сходстве обозначений, используемых ООО «Успех» и ООО «Арчи» на указанных АЗС, до степени смешения с товарными знаками ПАО «Газпром нефть» в отношении однородных товаров, по мнению заявителя, следует из визуального восприятия сходных обозначений.

Сходство изобразительных обозначений, используемых при оформлении АЗС с изобразительным товарным знаком ПАО «Газпром нефть» № 408555.

Внешняя форма (контуры), смысловое значение, характер и цветовое оформление изображений являются сходными.

В соответствии с п. 5.2.2 Рекомендаций, поскольку зрительное восприятие отдельного зрительного объекта начинается с его внешнего контура, то именно он запоминается в первую очередь. Поэтому оценку сходства обозначений целесообразно основывать на сходстве их внешней формы, не принимая во внимание незначительное расхождение во внутренних деталях обозначений.

Сравниваемые обозначения представляют собой изображения, имеющие сходство по композиции. Каждое из них представляет фигурную композицию, состоящую из набора одинаковых по форме элементов разного размера, с большей плотностью в одной части изображения и уменьшением плотности по направлению к ее противоположной части.

Общими характеристиками обозначений также является их форма. В частности, как указывает заявитель, если провести линию по контуру изображений, используемых на АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД», то получится фигура, напоминающая контуры изображения ПАО «Газпром нефть», в которой две соприкасающиеся стороны будут выполнены при помощи ровных линий, а две другие стороны будут выполнены при помощи изогнутых в произвольном порядке линий, образуя «рваные» края. При этом, внутри сравниваемых фигур применяется одинаковое графическое решение в виде незаполненных цветом разрывов между составляющими их одинаковыми элементами.

Используемые на стеле, навесе, и магазине АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» изображения симметричны изображению ПАО «Газпром нефть», в частности, если зеркально отобразить сравниваемые изображения по вертикали, то получится фигура, контур которой сходен с контуром изображения ПАО «Газпром нефть», и наглядно демонстрирует использование сходного композиционно-графического решения. Согласно вышеуказанному п. 5.2. Рекомендаций наличие в сравниваемых изобразительных обозначениях может рассматриваться как один из признаков сходства.

Общей характеристикой композиций также является выполнение образующих их элементов в виде четырехугольников, а именно, параллелограммов, отличающихся только тем, что на АЗС ПАО «Газпром нефть» используются параллелограммы, в которых два угла сглажены.

В соответствии с п. 5.2.4 Рекомендаций, сходство сочетаний цветов и тонов изобразительных обозначений может рассматриваться в качестве признака сходства. В некоторых случаях этот признак может быть основным, например, когда цвет (сочетание цветов) является фоном, на котором расположены другие элементы обозначения, или когда совокупность цветов составляет основу его композиции.

Цвет является одним из основных признаков в товарных знаках ПАО «Газпром нефть».

В соответствии со свидетельством № 408555, изобразительный товарный знак ПАО «Газпром нефть» охраняется в сочетании цветов: синий, голубой. Изображения на АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» выполнены в такой же сине-голубой гамме на белом фоне. Таким образом, сочетание цветов полностью совпадает с охраняемым товарным знаком.

В изобразительных товарных знаках ПАО «Газпром нефть» идентифицирующую функцию выполняет цветовая гамма и графическое исполнение. Они составляют основу дизайна. В изображениях на АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» обыгрываются те же мотивы, которые были положены в основу товарных знаков ПАО «Газпром нефть», при этом несущественно изменяются элементы товарного знака внутри цветового пятна.

В целом, на основании вышеуказанных признаков, возникает большая вероятность зрительного восприятия изображений, используемых на АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД», как сходных с товарными знаками ПАО «Газпром нефть».

Помимо сходства до степени смешения изобразительных элементов, используемых на АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» и ПАО «Газпром нефть», при анализе также необходимо учитывать следующие признаки, которые определяют высокую степень вероятности смешения АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» с товарными знаками ПАО «Газпром нефть» и элементами оформления на АЗС ПАО «Газпром нефть»:

1. Сходные до степени смешения изобразительные элементы «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» визуально расположены на боковых сторонах навеса, стене, т.е. на тех же элементах конструкций АЗС и в тех же их частях, на которых используется товарный знак ПАО «Газпром нефть».

2. В оформлении навеса АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» используется воспроизведение ряда существенных элементов товарных знаков № 506664 (навес) и № 418264 (межколонный короб) ПАО «Газпром нефть», указывающее на ассоциативную связь с изображением вышеуказанных товарных знаков, используемых в отношении однородных товаров и услуг, а именно: сходная форма и цветовое оформление навеса и межколонного короба, рассмотренные выше сходные сине-голубые изображения на белом фоне, выполнение основных элементов конструкций с использованием одинаковой цветовой гаммы - оттенками синего и голубого цветов, белым цветом, при этом, повторяется не только цветовая гамма, но и пропорции в использовании цветов и геометрия (фигуры) цветовых пятен.

3. Боковые стороны навеса выполнены в виде горизонтальной широкой полосы, одна часть которой выполнена белым цветом (сплошная заливка), другая - синим цветом (сплошная заливка). Видимые на фотографии боковые стороны выполнены с использованием симметрии, стыкуясь друг с другом белой частью в одном углу навеса, синей частью - в другом углу навеса. На переходе между белой и синей частями расположен сходный изобразительный элемент, описанный выше. Потолок навеса выполнен белым цветом. Навес опирается на вертикальные конструкции топливо-разливочного комплекса, выполненные белым цветом и имеющие межколонные короба, выполненные с использованием белого и синего цветов.

Вышеперечисленные элементы охраняются в соответствии со свидетельствами на объемные товарные знаки №№ 506664 (навес) и 418264 (межколонный короб), а также входят в состав зарегистрированных объемных товарных знаков №№ 395503 (общий вид АЗС) и 486879 (общий вид АЗС).

В вышеуказанных объемных товарных знаках ПАО «Газпром нефть», как и в изобразительном товарном знаке № 408555, цвет является одним из основных отличительных признаков.

В соответствии со свидетельством № 506664 (навес), объемный товарный знак ПАО «Газпром нефть» охраняется в сочетании цветов: синий, белый, голубой, серый, при этом на изображении товарного знака доминирующими цветами являются синий и белый цвета. Навес на АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» выполнен в такой же сине-белой гамме, при этом места расположения цветов на товарном знаке и на АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» совпадают.

В соответствии со свидетельством № 418264 (межколонный короб), объемный товарный знак ПАО «Газпром нефть» охраняется в сочетании цветов: синий, белый,

черный, голубой, оранжевый, (1 красный, зеленый, серый, при этом на изображении товарного знака доминирующими цветами являются синий, белый, серый цвета. Межколонный короб на АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» выполнен в сине-белой гамме, при этом места расположения синего и белого цветов на товарном знаке и на АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» совпадают (за исключением оформления внешней стороны опоры).

Таким образом, как указывает заявитель, сочетание и расположение цветов практически совпадает с охраняемыми товарными знаками.

В целом, элементы конструкций АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» (навес, топливоразливочный комплекс, межколонный короб, магазин) выполнены с использованием сходного фоновое оформления при помощи цветов, которые использует ПАО «Газпром нефть» для оформления своих АЗС (синий, белый, голубой цвета).

Согласно Рекомендациям, первое впечатление, получаемое при сравнении обозначений, является наиболее важным.

За счет использования сходной внешней формы, одинаковой цветовой гаммы, сходной пропорции и геометрии цветовых пятен, сходного расположения композиционных элементов, сравниваемые объемные конструкции производят при визуальном восприятии впечатление сходных.

Товары и услуги, предоставляемые «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» на АЗС, однородны с товарами и услугами, в отношении которых зарегистрированы и используются товарные знаки ПАО «Газпром нефть».

При проверке на сходство, помимо определения степени сходства сравниваемых обозначений необходимо определить однородность товаров (услуг) выявленного обозначения товарам (услугам), в отношении которых охраняется и используется зарегистрированный товарный знак.

В соответствии с п. 45 Правил, установлении однородности товаров определяется принципиальная возможность возникновения у потребителя представления о принадлежности этих товаров одному изготовителю.

При этом принимаются во внимание род, вид товаров, их потребительские свойства, функциональное назначение, вид материала, из которого они изготовлены, взаимодополняемость либо взаимозаменяемость товаров, условия и каналы их реализации (общее место продажи, продажа через розничную либо оптовую сеть), круг потребителей и другие признаки.

Вывод об однородности товаров делается по результатам анализа перечисленных признаков в их совокупности в том случае, если товары или услуги по причине их природы или назначения могут быть отнесены потребителями к одному и тому же источнику происхождения (изготовителю).

Товары (топливо, бензин) и услуги (автозаправочная станция), в отношении которых используются выявленные изобразительные обозначения и объемные конструкции, однородны товарам и услугам, указанным в регистрациях товарных знаков ПАО «Газпром нефть». Данные товары и услуги имеют один и тот же род (вид), назначение, условия сбыта и круг потребителей.

При анализе сходства сравниваемых обозначений важно учитывать, в частности, условия реализации товаров и услуг, маркированных обозначениями, а также круг их потребителей (условия использования обозначений). Оценка степени сходства должна производиться с позиции потребителей тех товаров и услуг, которые маркируются рассматриваемыми обозначениями.

Основные потребители продукции и услуг АЗС - водители транспортных средств, которые не имеют возможности и времени детально рассматривать оформление АЗС и запоминают только общий образ.

Обозначение откладывается в памяти среднестатистического потребителя не с фотографической точностью, а в образе, создаваемом совокупностью существенных элементов знака.

Данное утверждение тем более применимо в рассматриваемом случае, поскольку основным потребителем товаров и услуг на АЗС являются водители, управляющие транспортными средствами. Специфика данного потребителя в том, что водитель видит изображения, идентифицирующие АЗС, с большого расстояния: от нескольких и более сотен метров, двигаясь по трассе, до 5-10 метров, подъезжая на площадку АЗС.

Решение о заправке транспортного средства топливом (о покупке топлива) водитель принимает в движении, с дальнего расстояния, периферийным зрением, за короткое время, увидев знакомые цвета, очертания. Это может быть расстояние в среднем около 300-500 м. На этом расстоянии на АЗС можно распознать только цветовые пятна, их расположение, очертания конструкций, без деталей. По этим признакам АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТЕТРЕЙД» легко перепутать с АЗС ПАО «Газпром нефть».

Высокая вероятность смешения также тесно связана с условиями покупки топлива на АЗС. Приехав на заправку, водитель должен либо сам произвести ряд действий по заправке и оплате топлива, передвигаясь от топливораздаточных колонок до кассы и обратно в динамичном режиме, чтобы не задерживать других водителей, либо остаться в машине, поручив это сотруднику АЗС. И в том, и в другом случае не происходит внимательного, детального ознакомления с оформлением АЗС. Таким образом, у водителя нет возможности рассмотреть и запомнить во всех подробностях изображения, используемые в оформлении АЗС. Вследствие этого, он запоминает только образ: цветовые пятна, контуры, приблизительное расположение элементов, по которым и происходит идентификация товара и услуг (идентификация заправки).

Образ, производимый сравниваемыми обозначениями, одинаков, что, несомненно, может спровоцировать покупку топлива не на той заправке.

ПАО «Газпром нефть» уведомило ООО «Успех» и ООО «Арчи» о том, что на указанных АЗС незаконно используются изображения, сходные до степени смешения с товарными знаками ПАО «Газпром нефть» (претензии от 15.04.2015г.). Претензии остались без ответа. В настоящее время предметы (средств индивидуализации), содержащие незаконное воспроизведение обозначений, сходных до степени смешения с товарными знаками ПАО «Газпром нефть» и вводящие потребителей в заблуждение на АЗС не удалены.

Подобные незаконные действия ООО «Успех» и ООО «Арчи» расцениваются ПАО «Газпром нефть», как направленные на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности, противоречащие законодательству РФ, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, а также могут нанести вред деловой репутации ПАО «Газпром нефть», и в полной мере соответствуют признакам недобросовестной конкуренции, которая прямо запрещена антимонопольным законодательством и международным договором.

На основании вышеизложенного заявитель просит рассмотреть данное заявление и прилагаемые к нему материалы на предмет наличия признаков нарушения антимонопольного законодательства со стороны ООО «Успех» и ООО «Арчи», а также в установленном порядке возбудить дело о нарушении антимонопольного законодательства.

Также заявителем приложено экспертное заключение Патентного поверенного Буровой Р.В. (Свидетельство от 28.11.2007г. № 1198), согласно которому несмотря на отдельные отличия, оформление АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» вызывают ассоциации с оформлением АЗС ПАО «ГАЗПРОМ НЕФТЬ», охраняемым регистрациями товарных знаков, и, следовательно, являются сходными с ними до степени смешения.

Новосибирским УФАС России по данным фактам были возбуждены дела **№ 06-01-07-14-16** и **№ 06-01-11-14-16** по признакам нарушения ООО «Арчи» и ООО «Успех» п. 1 ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции». В результате рассмотрения данных дел, принимая во внимание однородный характер признаков нарушения антимонопольного законодательства указанных дел, а также с целью полного, всестороннего и объективного рассмотрения фактов, послуживших основаниями для возбуждения дел, в соответствии с частью 1 и 2 статьи 47.1 ФЗ «О защите конкуренции», на основании Приказа № 62 от 18.04.2016г., Определением от 31.08.2016г., Комиссия Новосибирского УФАС России объединила указанные дела в одно производство. Объединяемому делу присвоен номер **06-01-12-14-16**.

В ходе рассмотрения обстоятельств данных дел установлено следующее.

Заявитель - АО «Газпромнефть-Новосибирск» зарегистрировано 25.09.2002 г. Межрайонной ИФНС РФ № 16 по Новосибирской области (ОГРН 1025402461072).

Основным видом экономической деятельности АО «Газпромнефть-Новосибирск» согласно ОКВЭД является розничная торговля моторным топливом (код по ОКВЭД 50.50).

ООО «Арчи» зарегистрировано 31.01.2011 г. Межрайонной ИФНС РФ № 16 по Новосибирской области (ОГРН 1115476007987).

Основным видом экономической деятельности ООО «Арчи» согласно ОКВЭД является розничная торговля моторным топливом (код по ОКВЭД 50.50).

ООО «Успех» зарегистрировано 22.04.2004 г. Межрайонной ИФНС РФ № 16 по Новосибирской области (ОГРН 1045401919750).

Основным видом экономической деятельности ООО «Успех» согласно ОКВЭД

является розничная торговля моторным топливом (код по ОКВЭД 50.50).

Деятельность по розничной торговле моторным топливом в период с апреля 2015 г. по март 2016г. на территории Новосибирской области осуществлялась ООО «Газпромнефть-Центр» и АО «Газпромнефть-Новосибирск» на основании заключенного между ними агентского договора № ГНС-15/19000/01089/Р от 01.07.2015 г., согласно условиям которого АО «Газпромнефть-Новосибирск» осуществляет через собственную сеть АЗС реализацию топлива, принадлежащего на праве собственности ООО «Газпромнефть-Центр» (вх. № 3269 от 14.04.2016 г.).

Согласно информации, представленной АО «Газпромнефть-Новосибирск» (вх. № 3599 от 22.04.2016 г.), ООО «Газпромнефть-Центр» и АО «Газпромнефть-Новосибирск» в период с апреля 2015 г. по март 2016 г. входили в одну группу лиц.

Поскольку указанные юридические лица на законных основаниях используют в хозяйственной деятельности товарные знаки, принадлежащие ПАО «Газпром нефть», АО «Газпромнефть-Новосибирск», ООО «Газпромнефть-Центр» и ПАО «Газпром нефть» входят в одну группу лиц.

Из представленной выше информации следует, что розничная торговля моторным топливом (код по ОКВЭД 50.50) является основным видом экономической деятельности для ООО «Газпромнефть-Центр», АО «Газпромнефть-Новосибирск», ООО «Успех» и ООО «Арчи».

Таким образом, продуктовые границы исследуемого рынка определены как «розничная торговля моторным топливом».

ООО «Газпромнефть-Центр», АО «Газпромнефть-Новосибирск», ООО «Успех» и ООО «Арчи» осуществляют деятельность по розничной торговле моторным топливом в период с апреля 2015 г. по март 2016 г. на территории Новосибирской области.

На основании вышеизложенной информации и представленных в деле документов можно сделать вывод о наличии конкурентных отношений на рынке розничной торговли моторным топливом на территории Новосибирской области в период с апреля 2015 г. по март 2016 г. между: АО «Газпромнефть-Новосибирск» и ООО «Успех»; АО «Газпромнефть-Новосибирск» и ООО «Арчи»; ООО «Газпромнефть-Центр» и ООО «Успех»; ООО «Газпромнефть-Центр» и ООО «Арчи».

В ответ на запрос Новосибирского УФАС России, Обществом с ограниченной ответственностью «Арчи» представлены пояснения (вх. № 1113 от 10.02.2016г.), согласно которым ООО «Арчи» не согласна с претензией АО «Газпромнефть-Новосибирск», ООО «Газпромнефть-Центр» и ПАО «Газпром нефть» в связи со следующим.

Согласно п.3 ст.1484 ГК РФ, 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.

По мнению ООО «Арчи», сравнительный анализ товарных знаков, указанных в

заявление, с внешним оформлением АЗС, расположенных по адресам: Новосибирская область, Новосибирский район, с. Ярково, ул. Советская, 2а, к.2 (далее - спорные АЗС), показывает отсутствие тождественности между ними.

Внешний вид спорной АЗС в целом, а также их каждого конструктивного элемента, представляет собой комбинированное обозначение, содержащее в том числе, изобразительный и словесный элементы (последний представлен коммерческим обозначением «Новосибирскнефтетрейд»).

Как следует из п.6.3.2 Рекомендации, при восприятии потребителем комбинированного обозначения, состоящего из изобразительного и словесного элементов, его внимание, как правило, акцентируется на словесном элементе. Словесный элемент к тому же легче запоминается, чем изобразительный.

Таким образом, исключается «вероятность смешения» потребителем спорных АЗС, с АЗС, принадлежащих ПАО «Газпром нефть», т.к. соответствующее словесное обозначение, изначально указывает потребителю на принадлежность АЗС иному оператору.

Спорные АЗС, равно как и АЗС ПАО «Газпром нефть» - это составные устройства (конструкции), состоящие из ряда элементов (навес, опоры, стелы и пр.), которые, в свою очередь, также являются отдельными конструкциями.

Следовательно, внешний вид товарных знаков ПАО «Газпром нефть» за № 382925, 395503, 405065, 418264, 486879, 506664, содержит в себе не только оригинальные признаки, но и признаки, обусловленные его конструкцией. В свою очередь, признаки внешнего вида изделия, обусловленные его конструкцией, оригинальными не являются, и относятся к его неохранным элементам в силу п.1 ст. 1483 ГК РФ, согласно которому: не допускается государственная регистрация в качестве товарных знаков обозначений, не обладающих различительной способностью...указанные элементы могут быть включены в товарный знак как неохранные элементы, если они не занимают в нем доминирующего положения.

Ранее, в июне 2015г. ОАО «Газпром нефть» обращалось с аналогичным заявлением о том, что АЗС ООО «Арчи» использует товарные знаки и интеллектуальную деятельность ОАО «Газпром нефть» в УБЭП ГУВД по НСО, где майор полиции Филиппов вынес постановление об отказе в возбуждении дела.

Данное обстоятельство Комиссией Новосибирского УФАС России не принимается во внимание, поскольку незаконное использование товарных знаков и результатов интеллектуальной деятельности является предметом гражданско-правового спора и решается в судебном порядке. Рассмотрение вопроса о недобросовестной конкуренции находится в компетенции антимонопольного органа.

ООО «Арчи» с 2010 года имеет данное комплексное оформление АЗС, расположенных по адресам: Новосибирская область, Новосибирский район, с. Ярково, ул. Советская, 2а, к.2, выполненное подрядной организацией ООО «Рекламно Производственной Компанией».

Также ООО «Арчи» представило Заключение комиссии специалистов №3/15 от 04.08.2015г., согласно которому в составе АЗС ООО «Арчи» не используются элементы, схожие до степени смешения с товарными знаками,

зарегистрированными за ПАО «Газпром нефть».

Согласно заключению, представленному ООО «Арчи», исследование на сходство до степени смешения элементов в составе АЗС ООО «Арчи» с товарными знаками, принадлежащими ПАО «Газпром нефть» проводили специалисты, имеющие высшее юридическое и высшее филологическое образование и опыт работы в проведении экспертиз по делам о защите прав интеллектуальной собственности.

Таким образом, экспертное заключение патентного поверенного Буровой Р.В., представленное заявителем, по своим выводам противоречит заключению специалистов, представленным ООО «Арчи».

Экспертное Заключение, представленное заявителем, проводилось патентным поверенным.

Согласно ч. 2 ст. 1 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 316-ФЗ "О патентных поверенных", патентный поверенный осуществляет ведение дел с федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности по поручению заявителей, правообладателей и иных заинтересованных граждан и юридических лиц, постоянно проживающих (для граждан) или имеющих место нахождения (для юридических лиц) в Российской Федерации и за ее пределами, если международным договором Российской Федерации или законодательством Российской Федерации не предусмотрено иное.

В соответствии с п.1 ст. 2 Федерального закона "О патентных поверенных", патентными поверенными признаются граждане, получившие в установленном настоящим Федеральным законом порядке статус патентного поверенного и осуществляющие деятельность, связанную с правовой охраной результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, защитой интеллектуальных прав, приобретением исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, распоряжением такими правами.

Исходя из изложенного, патентный поверенный – это лицо, уполномоченное Роспатентом на проведение экспертизы и выдачу экспертного заключения по вопросам правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, защиты интеллектуальных прав, приобретения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, в соответствии с Федеральным законодательством.

Основной функцией товарного знака является отличительная функция, которая позволяет покупателю отождествлять маркированный товар или вывеску с конкретным производителем, вызывает определенное представление о качестве продукции.

Преимущества ООО «Успех» и ООО «Арчи» на розничном рынке реализации ГСМ, при использовании в оформлении своих АЗС элементов, сходных до степени смешения с товарными знаками, принадлежащими заявителю, усматривается в получении необоснованной прибыли за счет привлечения потребителей, которые полагают, что приобретают топливо известного крупного производителя и продавца. Вместе с тем, ООО «Успех» и ООО «Арчи», схожестью внешнего облика своих АЗС с общим видом, схожим с АЗС «ГАЗПРОМ НЕФТЬ», пользуются его

репутацией и получают возможность снизить свои издержки при продвижении реализуемого продукта.

26.05.2016г. на рассмотрении дела Комиссией Новосибирского УФАС России, представителем Заявителя представлено исследование ОАО «ВЦИОМ»: «Определение различительной способности обозначений среди респондентов», основными выводами которого установлено следующее.

При демонстрации участникам опроса сочетаний цветов, которые используются для обозначения реализации топлива и бензинов на автозаправочных станциях различными нефтяными компаниями, цвета компании «Газпром нефть» стали наиболее узнаваемыми, верно определили компанию больше половины респондентов - 59,2% (задавался открытый вопрос - без предварительных вариантов ответа). При этом, отвечая на вопрос с предложенными вариантами ответа, компанию «Газпром нефть» идентифицировали три четверти опрошенных (72,3%)

У большинства опрошенных (73,2%) тестируемое обозначение стелы АЗС вызывает ассоциации с конкретной нефтяной компанией, из них 9 человек из 10 (89,4% - что соответствует 65,5% от всех респондентов) ассоциируют стелу с компанией «Газпром нефть» (задавался открытый вопрос - без предварительных вариантов ответа). При ответе на вопрос с предложенными вариантами ответа, верно определили компанию, использующую обозначение для индивидуализации своих услуг, - 74,3% от всех участников опроса.

Тестируемое оформление автозаправочной станции соотнесли с АЗС «Газпром нефть» 72,6% респондентов - при ответе на открытый вопрос (без предварительных вариантов ответа) и 78,7% - при ответе на закрытый вопрос (с предложенными вариантами ответа). При этом, подавляющее большинство респондентов (84,2%) верно определили АЗС «Газпром нефть» среди различных изображений автозаправочных станций.

В ситуации, когда участники опроса едут по незнакомой дороге (при условии, что в автомобиле еще осталось четверть бака бензина), четыре человека из десяти (41,4%) примут решение заправить или не заправить автомобиль издали, когда только угадывается силуэт заправки. Еще четверть респондентов (25,3%) сориентируются когда видны цвета и отличительные элементы, АЗС, но не видно ее названия. Каждый четвертый опрошенный (25,3%) примет решение только когда увидит название АЗС. Таким образом, можно сделать вывод, что большая часть автомобилистов идентифицируют АЗС, когда еще не видят названия заправочной станции, т.е. по ее отличительным элементам, цветовому сочетанию.

Также представителем заявителей уточнены требования, указанные в заявлении. Так, Заявитель отмечает, что подавая заявление в Новосибирское УФАС России, он истребовал защиты своих прав от нарушения п.1 ст. 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции».

Комиссия Новосибирского УФАС России удовлетворяет данные требования заявителя, поскольку предметом настоящего дела является использование во внешнем оформлении автогазозаправочных станций «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД», изобразительных элементов, символов, букв, обозначений, сходных до степени смешения с товарными знаками, принадлежащими ПАО «Газпром нефть». Данные

действия нарушают именно п.1 ст. 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции».

Представителями ООО «Арчи» и ООО «Успех» на рассмотрении дела Комиссией Новосибирского УФАС России 26.05.2016г. были представлены следующие документы: Фототаблица расположения на навесе АЗС фронтальной надписи «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» относительно въезда на АЗС; фототаблица розничных цен на топливо; фотографии АЗС «Газпром нефть» и «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД»; фото бонусной карты сети АЗС «Газпром нефть»; статья с сайта «НГС-новости» за 24.11.2009г.; распечатка с сайта www.ag-pro.ru о компании «Рекламная группа «Продвижение»; Смета от 13.11.2009г.; Разрешение Мэрии города Новосибирска на ввод объекта в эксплуатацию; Акт государственной приемочной комиссии о приемке законченного строительством объекта в эксплуатацию; Схема организации движения и установки дорожных знаков; Ответ Некоммерческого партнерства «Институт массовых коммуникаций» о понятии *фирменный стиль организации*.

В устных пояснениях представители ООО «Арчи» и ООО «Успех» пояснили, что, по мнению Ответчиков, очевиден факт различия между АЗС ООО «Арчи», ООО «Успех» и АЗС Заявителей, выраженные в следующем: ценовая политика (цены на АЗС ООО «Арчи» и ООО «Успех» ниже, чем цены на АЗС «Газпром нефть»), сервисное обслуживание (у сети АЗС компаний «Газпром нефть» имеются следующие сервисные детали: бонусная карта, услуги заправщиков, в том числе услуга по протирке/мойке стекол, магазин на территории АЗС - данные сервисные услуги отсутствуют у сети АЗС, принадлежащих ООО «Арчи» и ООО «Успех»).

Также представителями ООО «Арчи» и ООО «Успех» отмечено, что наименование «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» расположено на верхней части комплекса АЗС, что позволяет автовладельцам сразу определить, что данные АЗС не относятся к сети АЗС «Газпром нефть». По мнению ответчиков именно наименование АЗС играет решающую роль при выборе потребителями АЗС.

Кроме того, по мнению Ответчиков, представленная в материалы дела распечатка с сайта «НГС-новости» - статья об открытии в 2009г. первой на территории Новосибирска АЗС под брендом «Газпром нефть», подтверждает факт добросовестности со стороны ООО «Арчи» и ООО «Успех», поскольку дизайн АЗС Ответчиков был разработан и установлен в это же время.

Данные доводы ответчиков Комиссия Новосибирского УФАС России не принимает по следующим основаниям.

Представленные ООО «Арчи» и ООО «Успех» документы не подтверждают наличие у ответчиков правовых оснований на использование обозначений, сходных до степени смешения с товарными знаками ПАО «Газпром нефть».

Письмо в адрес ООО «Успех» с расчетом предлагаемых услуг по изготовлению и установке конструкций от 13.11.2009г. не подтверждает право Ответчиков на использование спорных обозначений, а лишь позволяет сделать вывод о проведении ООО «РПК» расчетов стоимости по комплексному оформлению АЗС.

Заявителем представлена статья «Новое решение» журнала «Сибирская нефть» (выпуск №63 август - сентябрь 2009г.), подтверждающая факт использования на

АЗС сети «Газпромнефть» спорных товарных знаков ещё в августе-сентябре 2009 года.

Учитывая изложенное, Ответчиками не представлены надлежащие доказательства, подтверждающие, что АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» были оформлены на основании дизайн-проекта, разработанного независимо от внешнего оформления АЗС сети «Газпром нефть».

05.07.2016г. в адрес Новосибирского УФАС России поступила справка «Федерального института промышленной собственности» (далее – ФИПС) (вх. № 6092), согласно которой в результате исследования, проведенного в отношении товарного знака по свидетельству № 421910, установлено, что обозначения, представленные на фотоизображениях АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД», являются не сходными до степени смешения с указанным товарным знаком, поскольку не ассоциируются с ним в целом в силу несходства цветового сочетания изобразительных элементов - фигур с прямолинейными (полоски, ромбообразные) и криволинейными (каплеобразные) сторонами.

В результате исследования, проведенного в отношении товарных знаков по свидетельствам №№ 395503, 408555, 418264, 422319, 425116, 486879, 506664, установлено, что обозначения, представленные на фотоизображениях АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» являются сходными до степени смешения с указанными товарными знаками, поскольку ассоциируются с ними в целом в силу композиционного сходства расположения изобразительных элементов (широких горизонтальных полос и/или расположенных под углом к горизонту фигур) и сходства их цветового сочетания.

Таким образом, автозаправочные станции АО «Газпромнефть-Новосибирск» оформлены с использованием товарных знаков, принадлежащих ПАО «Газпром нефть», в том числе:

- 1) № 395503 (дата приоритета 30.03.2009) (общий вид АЗС);
- 2) № 425116 (дата приоритета 24.12.2009) (суперграфика АЗС);
- 3) № 506664 (дата приоритета 19.10.2012) (навес АЗС);
- 4) № 486879 (дата приоритета 12.04.2012) (общий вид АЗС);
- 5) № 418264 (дата приоритета 30.03.2009) (межколонный короб АЗС);
- 6) № 408555 (дата приоритета 31.12.2008) (суперграфика АЗС);
- 7) № 422319 (дата приоритета 24.12.2009) (суперграфика АЗС).

Согласно имеющейся в материалах дела справки Роспатента (вх. №6092 от 05.07.2016) обозначения, используемые Ответчиками при оформлении своих АЗС, являются сходными до степени смешения с вышеуказанными товарными знаками, правообладателем которых является ПАО «Газпром нефть».

В соответствии со ст. 1225 ГК РФ, 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.

В силу статьи 1226 ГК РФ, на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации признаются интеллектуальные права, которые включают исключительное право, являющееся имущественным правом.

Согласно пункту 1 статьи 1229 ГК РФ, 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, если ГК РФ не предусмотрено иное.

Правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением).

Другие лица не могут использовать соответствующие результаты интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ. Использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (в том числе их использование способами, предусмотренными ГК РФ), если такое использование осуществляется без согласия правообладателя, является незаконным и влечет ответственность, установленную ГК РФ и другими законами.

Статьей 1250 ГК РФ предусмотрены нормы, регламентирующие защиту интеллектуальных прав. Интеллектуальные права защищаются способами, предусмотренными ГК РФ, с учетом существа нарушенного права и последствий нарушения этого права и могут применяться по требованию правообладателей.

Пунктом 3 указанной статьи предусмотрено, что меры ответственности за нарушение интеллектуальных прав подлежат применению при наличии вины нарушителя, если иное не установлено настоящим Кодексом. Отсутствие вины доказывается лицом, нарушившим интеллектуальные права.

В соответствии с положениями статьи 1484 ГК РФ, лицу, на имя которого зарегистрирован товарный знак (правообладателю), принадлежит исключительное право использования товарного знака в соответствии со статьей 1229 ГК РФ любым не противоречащим закону способом (исключительное право на товарный знак), в том числе способами, указанными в пункте 2 статьи 1484 ГК РФ. 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.

В соответствии со статьей 1480 ГК РФ, государственная регистрация товарного

знака осуществляется федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности (далее - Роспатент) в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации (Государственный реестр товарных знаков) в порядке, установленном статьями 1503 и 1505 настоящего Кодекса.

Частью 1 статьи 1493 ГК РФ предусмотрено, что после подачи заявки на товарный знак в Роспатент любое лицо вправе ознакомиться с документами заявки.

Порядок ознакомления с документами заявки и выдачи копий таких документов, действовавший на момент регистрации вышеуказанных товарных знаков ПАО «Газпромнефть», утвержден Приказом Роспатента от 05.03.2003 N 32 "О Правилах составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака».

Учитывая изложенное, у Ответчиков имелась возможность ознакомиться с поданными заявками на товарные знаки ПАО «Газпром нефть» еще до даты их государственной регистрации.

Согласно статье 1506 ГК РФ, сведения, относящиеся к государственной регистрации товарного знака и внесенные в Государственный реестр товарных знаков, публикуются федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности в официальном бюллетене незамедлительно после регистрации товарного знака в Государственном реестре товарных знаков или после внесения в Государственный реестр товарных знаков соответствующих изменений. Поскольку указанные сведения являются общедоступными, Ответчики имели возможность ознакомиться с их содержанием.

Комиссия Новосибирского УФАС России не согласна с утверждением Ответчиков о том, что на момент начала использования ими спорных обозначений в оформлении своих АЗС, ПАО «Газпром нефть» не являлся правообладателем спорных товарных знаков, а Ответчики могли узнать о регистрации ПАО «Газпром нефть» прав на спорные товарные знаки лишь после публикации соответствующих сведений, на основании следующего. Ответчики как добросовестные участники гражданского оборота, реализуя свою деятельность, должны были проявить должную степень осмотрительности. Указанная позиция нашла свое подтверждение в Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 25.02.2013 по делу N А56-32142/2012 и Определении ВАС РФ от 18.11.2011г. N ВАС-14487/11 по делу N А40-114173/10.

Кроме того, даже при условии использования Ответчиками спорных обозначений до получения ПАО «Газпром нефть» приоритета на товарные знаки, у Ответчиков отсутствуют законные основания для использования обозначений, т.к. право преждепользования, установленное статьей 1361 ГК РФ, действует только в отношении изобретений, полезных моделей и промышленных образцов.

Законодательство о товарных знаках не устанавливает защиты для преждепользователя, функциональное назначение права преждепользования, известного патентному праву, исключает применение данного института при столкновении интересов лица, использующего обозначение товара, схожего до степени смешения с чужим товарным знаком, и интересов правообладателя товарного знака.

Указанная позиция нашла свое подтверждение в Постановлении Суда по интеллектуальным правам от 13.07.2016г. по делу №А41-25474/2015.

Представленными в материалы дела распечатками сведений о товарных знаках, принадлежащих ПАО «Газпром нефть», новостных страниц с различных сайтов информационной сети Интернет Ответчики подтверждают свою осведомленность о регистрации товарных знаков ПАО «Газпром нефть», с которыми выявлено сходство используемых Ответчиками обозначений на АЗС, что в свою очередь позволяет сделать вывод о том, что у Ответчиков имелась возможность устранить нарушения антимонопольного законодательства в форме недобросовестной конкуренции, выразившейся в использовании обозначений, сходных до степени смешения с деятельностью Заявителей, еще до подачи Заявителями в УФАС Новосибирской области заявлений об устранении нарушений антимонопольного законодательства.

Согласно п.9 ст.4 Закона «О защите конкуренции», 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, признаются недобросовестной конкуренцией.

В соответствии с п.1 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:

- 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;

Таким образом, учитывая обстоятельства данного дела, Комиссия Новосибирского УФАС России усматривает в действиях ООО «Арчи» (ИНН 5433183508; юридический адрес: улица МО Ярковский сельсовет, в районе с.Ярково (АЗС), Новосибирская обл., Новосибирский район, 630522) и ООО «Успех» (ИНН 5405272763; юридический адрес: ул. Блюхера, д. 28, оф. 33, г. Новосибирск, 630064) нарушение антимонопольного законодательства, а именно п.1 ст. 14.6 Закона «О защите конкуренции», выразившееся в использовании во внешнем оформлении автогазозаправочных станций «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД», расположенных по адресам: г. Обь, пр. Мозжерина, 1 (ООО «Успех»); г. Новосибирск, ул. Тульская, 435/1 (ООО «Успех»); Новосибирская область, с. Ярково, ул. Советская, 2А, к.2 (ООО «Арчи»); Новосибирская область,

Новосибирский район, Кудряшовский сельсовет, Колыванское шоссе, 6 (ООО «Арчи»), изобразительных элементов, символов, букв, обозначений, сходных до степени смешения с товарными знаками: № 395503 (дата приоритета 30.03.2009г.) (общий вид АЗС); № 425116 (дата приоритета 24.12.2009г.) (суперграфика АЗС); № 506664 (дата приоритета 19.10.2012г.) (навес АЗС); № 486879 (дата приоритета 12.04.2012г.) (общий вид АЗС); № 418264 (дата приоритета 30.03.2009г.) (межколонный короб АЗС); № 408555 (дата приоритета 31.12.2008г.) (суперграфика АЗС); № 422319 (дата приоритета 24.12.2009г.) (суперграфика АЗС), используемыми Заявителями на основании Лицензионного договора № ГПН-12/24000/01893/Д от 01.08.2016г.

27.09.2016г. Новосибирским УФАС России, по результатам рассмотрения дела № 06-01-12-14-16 было вынесено Заключение об обстоятельствах дела. Данное Заключение, в соответствии с ч.4 ст. 48.1 Закона «О защите конкуренции», было направлено сторонам по делу.

19.10.2016г., на рассмотрении дела Комиссией Новосибирского УФАС России представителями ООО «Арчи» и ООО «Успех» представлены возражения на Заключение. В данном возражении ответчиками, в том числе, отражены обстоятельства, изложенные выше. Так, ООО «Арчи» и ООО «Успех» указывают, что поскольку создание дизайна спорных АЗС происходило независимо и параллельно с открытием первой АЗС под брендом «Газпромнефть» на территории Новосибирской области, в действиях Ответчиков отсутствует умысел/неосторожность.

Кроме того, Ответчиками отмечается, что ООО «Арчи» не может являться нарушителем по делу, поскольку ООО «Арчи», в качестве юридического лица было создано в 2011 году. В тоже время, спорный дизайн АЗС был разработан и внедрён на АЗС по заказу ООО «Успех» в сентябре 2009 года.

При таких обстоятельствах, по мнению Ответчиков, ООО «Арчи» не имеет какого-либо отношения к разработке и внедрению спорного дизайна АЗС в 2009 году.

Также в возражениях указано, что отсутствует вероятность смешения деятельности Ответчиков и Заявителей, поскольку в материалах дела нет сведений о восприятии внешнего оформления спорных АЗС потребителями.

Данные доводы были исследованы в ходе рассмотрения дела и Комиссией Новосибирского УФАС России им была дана оценка.

В соответствии со справкой Роспатента (вх. №6092 от 05.07.2016) обозначения, используемые Ответчиками при оформлении своих АЗС, являются сходными до степени смешения с товарными знаками, № 395503 (дата приоритета 30.03.2009г.) (общий вид АЗС); № 425116 (дата приоритета 24.12.2009г.) (суперграфика АЗС); № 506664 (дата приоритета 19.10.2012г.) (навес АЗС); № 486879 (дата приоритета 12.04.2012г.) (общий вид АЗС); № 418264 (дата приоритета 30.03.2009г.) (межколонный короб АЗС); № 408555 (дата приоритета 31.12.2008г.) (суперграфика АЗС); № 422319 (дата приоритета 24.12.2009г.) (суперграфика АЗС), используемыми ООО «Газпромнефть-Центр», АО «Газпромнефть-Новосибирск» на основании Лицензионного договора, заключенного с ПАО «Газпромнефть».

Вопрос оригинальности дизайна спорных АЗС, связанный с датой создания,

является вопросом приоритета, и относится к области авторского права.

Заявитель обратился в Новосибирское УФАС России не за защитой авторских прав на какое-либо изображение в числе товарных знаков, а по факту недобросовестной конкуренции со стороны ООО «Арчи» и ООО «Успех».

Комиссией Новосибирского УФАС России не рассматривается вопрос о нарушении ответчиками авторских прав. Вопросы авторского права (нарушений, охраны, защиты, и т.д.) не относятся к компетенции антимонопольного органа и рассматриваются в судебном порядке.

Факт недобросовестной конкуренции ООО «Арчи» и ООО «Успех» выражен в использовании во внешнем оформлении ряда автогазозаправочных станций «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» изобразительных элементов, символов, букв, обозначений, сходных до степени смешения с указанными выше товарными знаками.

Использование Ответчиками изобразительных элементов, символов, букв, обозначений, сходных до степени смешения с указанными выше товарными знаками является длящимся действием, и нарушает права Заявителей не только в момент создания дизайна спорных АЗС, но и на момент фактического размещения такого дизайна. Таким образом, поскольку в настоящий момент владельцами рассматриваемых АЗС являются ООО «Успех» и ООО «Арчи», именно действия данных лиц несут в себе состав нарушения п.1 ст. 14.6. Закона «О защите конкуренции».

Также в возражениях на Заключение от 27.09.2016г. ООО «Арчи» и ООО «Успех» отмечают, что в настоящем деле отсутствует надлежащий потерпевший.

Как следует из нормы п.1 ст.14.6 ФЗ РФ «О защите конкуренции» от 26.07.2006 года №135-ФЗ: «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».

Следовательно, как отмечают Ответчики, потерпевшим от акта недобросовестной конкуренции по вменяемой статье является - хозяйствующий субъект-конкурент, реально осуществляющий деятельность на товарном рынке, которому принадлежит товарный знак (т.е. являющийся его правообладателем).

Однако, по мнению Ответчиков, не один из трех заявителей по настоящему делу о нарушении антимонопольного законодательства не отвечает вышеуказанным

признакам:

а) ПАО «Газпром нефть» - не является конкурентом Ответчикам по делу, что усматривается из Докладной записки от 27.04.2016 г..

б) ООО «Газпромнефть-Центр», АО «Газпромнефть-Новосибирск» - не являются правообладателями товарных знаков, которые якобы были незаконно использованы Ответчиками по делу; оба данных лица - всего лишь пользователи (лицензиаты) по соответствующему договору. В свою очередь, Гражданский кодекс РФ и п.1 ст. 14.6 ФЗ РФ «О защите конкуренции» от 26.07.2006 года №135-ФЗ не определяет лицензиата, как субъекта, обладающего правом на защиту своих прав и законных интересов в абсолютном правоотношении, в том числе средствами публично-правовой защиты. Лицензиат имеет право на защиту лишь в относительном правоотношении (в рамках заключенной лицензии, по отношению к лицензиару (правообладателю)).

Данный довод Комиссия Новосибирского УФАС России не принимает по следующим основаниям.

ПАО «Газпромнефть» не является конкурентом ООО «Успех» и ООО «Арчи» на территории Новосибирской области. При этом ПАО «Газпромнефть» является правообладателем рассматриваемых товарных знаков.

ООО «Газпромнефть-Центр», АО «Газпромнефть-Новосибирск» используют в своей предпринимательской деятельности данные товарные знаки на законных основаниях, в соответствии с договорами, заключенными с ПАО «Газпромнефть» и получают прибыль при использовании данных товарных знаков.

Использование Ответчиками, при оформлении своих АЗС, обозначений, сходных до степени смешения с товарными знаками, № 395503, № 425116, № 506664, № 486879, № 418264, № 408555, № 422319 способно причинить вред деловой репутации ООО «Газпромнефть-Центр», АО «Газпромнефть-Новосибирск», а также нанести убытки в форме упущенной выгоды.

Таким образом, учитывая обстоятельства данного дела, Решением Комиссии от 28.10.2016г. Новосибирского УФАС России в действиях **ООО «Арчи»** (ИНН 5433183508; юридический адрес: улица МО Ярковский сельсовет, в районе с.Ярково (АЗС), Новосибирская обл., Новосибирский район, 630522) и ООО «Успех» (ИНН 5405272763; юридический адрес: ул. Блюхера, д. 28, оф. 33, г. Новосибирск, 630064) установлено нарушение антимонопольного законодательства, а именно п.1 ст. 14.6 Закона «О защите конкуренции».

Время обнаружения административного правонарушения – 28.10.2016г.

Место совершения административного правонарушения – г. Новосибирск.

Приглашение на составление протокола об административном правонарушении неоднократно направлялось по юридическому адресу ООО «Арчи», указанному в ЕГРЮЛ - улица МО Ярковский сельсовет, в районе с.Ярково (АЗС), Новосибирская обл., Новосибирский район, 630522 (исх. № 06-11761 от 24.11.2016г., № 06-387 от 18.01.2017г., № 06-2076 от 09.03.2017г.).

29.03.2017г. от ООО «Арчи» в адрес Новосибирского УФАС России поступило

ходатайство об отложении рассмотрения административного дела в связи с необходимостью воспользоваться квалифицированной помощью защитника (вх. № 1387э).

В связи с данным ходатайством ООО «Арчи» повторно было приглашено на составление протокола об административной ответственности на 03.05.2017г. (исх. № 06-3090 от 31.03.2017г.). Данное приглашение также было продублировано на адрес электронной почты представителя ООО «Арчи» (7831714@mail.ru), имеющейся в материалах дела.

Таким образом, учитывая ходатайство ООО «Арчи», Общество было уведомлено о том, что в отношении Общества ведется производство по делу об административном правонарушении.

Определение об отложении рассмотрения дела от 17.05.2017г. также было направлено по юридическому адресу ООО «Арчи», и продублировано по адресу электронной почты представителя ООО «Арчи» (7831714@mail.ru), имеющейся в материалах дела.

В соответствии с пп. 2, 3 ст. 54 Гражданского кодекса Российской Федерации, место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации на территории Российской Федерации путем указания наименования населенного пункта (муниципального образования). Государственная регистрация юридического лица осуществляется по месту нахождения его постоянно действующего исполнительного органа, а в случае отсутствия постоянно действующего исполнительного органа - иного органа или лица, уполномоченных выступать от имени юридического лица в силу закона, иного правового акта или учредительного документа, если иное не установлено законом о государственной регистрации юридических лиц.

В едином государственном реестре юридических лиц должен быть указан адрес юридического лица в пределах места нахождения юридического лица.

Юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений (статья 165.1 ГК РФ), доставленных по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, а также риск отсутствия по указанному адресу своего органа или представителя.

На основании изложенного, Новосибирским УФАС России были приняты все необходимые меры для надлежащего уведомления лица о месте и времени рассмотрения дела об административном правонарушении.

На рассмотрение дела о назначении административного наказания представителем ООО «Арчи» представлен письменные пояснения, в которых указано следующее.

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление ПАО «ГАЗПРОМ НЕФТЬ» (вх. № 12010 от 28.12.2015г.), ООО «Газпромнефть-Центр» и АО «Газпромнефть-Новосибирск» (вх. № 3270 от 14.04.2016г.) по факту недобросовестной конкуренции со стороны ООО «Арчи» и ООО «Успех».

Новосибирским УФАС России по данным фактам были возбуждены дела № 06-01-07-14-16 и № 06-01-11-14-16 по признакам нарушения ООО «Арчи» и ООО «Успех» п. 1 ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции».

Определением от 31.08.2016г., Комиссия Новосибирского УФАС России объединила указанные дела в одно производство. Объединяемому делу присвоен номер <...> -01-12-14-16.

По результатам рассмотрения данного дела Новосибирским УФАС вынесено решение, которым комиссия УФАС признала ООО «Арчи» и ООО «Успех» нарушившими п.1 ст. 14.6. Закона «О защите конкуренции».

Нарушение выразилось в использовании во внешнем оформлении автогазозаправочных станций «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД», изобразительных элементов, символов, букв, обозначений, сходных до степени смешения с товарными знаками (далее - Серия товарных знаков):

- № 395503 (дата приоритета 30.03.2009г.) (общий вид АЗС);
- № 425116 (дата приоритета 24.12.2009г.) (суперграфика АЗС);
- № 506664 (дата приоритета 19.10.2012г.) (навес АЗС);
- № 486879 (дата приоритета 12.04.2012г.) (общий вид АЗС); № 418264 (дата приоритета 30.03.2009г.) (межколонный короб АЗС);
- № 408555 (дата приоритета 31.12.2008г.) (суперграфика АЗС);
- № 422319 (дата приоритета 24.12.2009г.) (суперграфика АЗС),

используемыми ООО «Газпромнефть-Центр», АО «Газпромнефть-Новосибирск» на основании Лицензионного договора № ГПН-12/24000/01893/Д от 01.08.2016г.

ООО «Арчи» и ООО «Успех», не согласившись с выводами, изложенными в Решении Новосибирского УФАС России от 28.10.2016, обратились с жалобой на указанное решение в Федеральную антимонопольную службу Российской Федерации.

По результатам рассмотрения жалобы, Федеральная антимонопольная служба Российской Федерации вынесла решение от «09» февраля 2017, которым жалоба ООО «Успех» на решение и предписание № 2 Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области от 28.10.2016г. по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 06-01-12-14-16 была оставлена без удовлетворения.

Заявитель считает вынесенное решение не соответствующим нормам действующего законодательства по следующим основаниям.

1. У заявителей отсутствовало право на обращение в антимонопольный орган.
 1. По смыслу из п. 7 ст. 1252, 1254 ГК РФ использовать антимонопольные опции для защиты исключительного права может только исключительный лицензиат и/или правообладатель, вводящий товар в гражданский оборот.

ООО «Газпромнефть-Центр», АО «Газпромнефть-Новосибирск» согласно информации из реестра товарных знаков, являются неисключительными лицензиатами в отношении товарных знаков № 395503, 425116. В отношении остальных товарных знаков информация о правах данных Заявителей на их использование отсутствует, а значит у них не было права на обращение в

антимонопольный орган.

Поскольку ООО «Газпромнефть-Центр», АО «Газпромнефть-Новосибирск» не являются исключительными лицензиатами, то у них отсутствует право на обращение в антимонопольный орган.

Таким образом вывод ФАС РФ о том, что право на обращение с жалобой в ФАС ООО «Газпромнефть-Центр» обусловлена тем фактом, что учредителем (участником) ООО «Газпромнефть-Центр» с 99,94% долей является ПАО «Газпромнефть» не основан на нормах гражданского и антимонопольного законодательства.

Вывод ФАС РФ о том, что право на обращение с жалобой в ФАС АО «Газпромнефть-Новосибирск» обусловлено тем фактом, что АО «Газпромнефть-Новосибирск» осуществляет реализацию нефтепродуктов на территории Новосибирской области и является неисключительным лицензиатом ПАО «Газпромнефть» также не основан на нормах гражданского и антимонопольного законодательства.

2. Согласно диспозиции, 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.

Таким образом, обращаясь в антимонопольный орган с соответствующим заявлением в рамках ст. 14.6. Закона о защите конкуренции, субъект-конкурент должен доказать, что он вводит в гражданский оборот товар, маркированный товарным знаком, поскольку в отсутствие введённого в оборот товара смешение невозможно.

При этом АЗС, маркированные соответствующими товарными знаками, принадлежат ООО «Газпромнефть-Новосибирск».

Соответственно, поскольку ПАО «Газпромнефть» не вводило в оборот АЗС, маркированные соответствующими товарными знаками, то у него отсутствует право на обращение в антимонопольный орган, а также по данным основаниям действия Ответчиков не могут привести к смешению, поскольку отсутствует товар ПАО «Газпромнефть», с которым может возникнуть смешение.

Таким образом, вывод ФАС РФ о том, что право на обращение с жалобой в ФАС ПАО «Газпромнефть» обусловлена тем фактом, что ПАО «Газпромнефть» является правообладателем Серии товарных знаков не основан на нормах гражданского и антимонопольного законодательства.

Данный довод был ранее исследован и отклонен Комиссией Новосибирского УФАС России, в связи с тем, что ПАО «Газпромнефть», ООО «Газпромнефть-Центр», АО «Газпромнефть-Новосибирск», как установлено материалами дела, входят в одну группу лиц.

2. ФАС РФ неправильно определил порядок исчисления сроков, предусмотренных ст. для возбуждения дела по ст. 41.1 ФЗ РФ «О защите конкуренции».

В соответствии со ст. 41.1 Закона о защите конкуренции дело о нарушении антимонопольного законодательства не может быть возбуждено и возбужденное дело подлежит прекращению по истечении трех лет со дня совершения нарушения антимонопольного законодательства, а при длящемся нарушении антимонопольного законодательства - со дня окончания нарушения или его обнаружения.

В ходе рассмотрения дела ФАС РФ установлено, что Заявитель использовал обозначение, сходное до степени смешения с Серией товарных знаков, для маркировки автозаправочной станции, связанной с введением товаров в гражданский оборот.

Ввод в оборот товара является самостоятельным оконченным нарушением исключительных прав и исчисляется с непосредственной даты введения в оборот, соответственно не может быть для щимся.

Соответственно, довод ФАС РФ о том, что поскольку правонарушение не было окончено, то для исчисления срока давности рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства имеет значение день его обнаружения, является несостоятельным и не основан на законе.

Таким образом, третьими лицами был допущен пропуск срока исковой давности, установленного статьей 48 Закона о защите конкуренции, в связи с чем антимонопольный орган был обязан в порядке статьи 41.1 Закона о конкуренции прекратить производство по делу.

При этом ссылка ФАС РФ на правовую позицию, сформированную ВАС РФ в постановлении от 13.12.2011 № 11132/1 по делу № А26-9462/2010, согласно которой датой обнаружения правонарушения является дата издания приказа антимонопольным органом о возбуждении дела по признакам нарушения антимонопольного законодательства, является несостоятельной, так как относится к другой категории дел.

3. ФАС РФ не была выяснена дата установки Заявителем автозаправочной станции со спорным дизайном.

Автозаправочные станции Заявителя были введены в работу в 2009 году после разработки дизайна для указанных автозаправочных станций, что подтверждается письмом ООО «АлтайКапиталСтрой» от 05.09.2016 года № 05.

Таким образом, на дату размещения спорного дизайна на автозаправочных станциях Заявителя, нарушения исключительных прав на товарные знаки ПАО «Газпром-нефть» не могло быть, так как по состоянию на сентябрь 2009 года решений о регистрации товарных знаков из Серии товарных знаков вынесено не было.

При этом, ФАС РФ не дал правовой оценки указанному письму. Вопрос о дате начала работы автозаправочных станций со спорным дизайном Заявителя исследован не был.

4. При вынесении решения об использовании в оформлении автозаправочной станции Заявителем Серия товарных знаков, ФАС РФ не разъяснил, в чем именно выразилось сходство до степени смешения.

В Решении Новосибирского УФАС России указано, а ФАС РФ поддержан довод о том, что Заявитель осуществлял использование изобразительных элементов, символов, букв, обозначений, сходных до степени смешения с Серией товарных знаков.

При этом необходимо отметить, что при идентификации автозаправочных станций Заявителя используется словесное обозначение «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД», иных словесных элементов и/или букв в дизайне автозаправочных станций Заявителя не использовалось. Неясным остался и вопрос о сходных символах и изобразительных элементах.

Таким образом, из вынесенного ФАС РФ решения не ясно, какие именно элементы в оформлении автозаправочных станций Заявителя были признаны сходными до степени смешения с Серией товарных знаков, а также какие действия Заявителя могут привести к прекращению такого решения.

В соответствии с п.3.1.5, 3.1.6 Методических рекомендаций по определению однородности товаров и услуг при экспертизе заявок на государственную регистрацию товарных знаков и знаков обслуживания (утв. приказом Роспатента от 31.12.2009 года № 198) в зависимости от круга потребителей товары могут быть разделены на две группы: товары широкого потребления и товары производственно-технического назначения. В отношении товаров производственно-технического назначения вероятность смешения может быть меньшей, так как эти товары предназначены для ограниченного круга потребителей, включающего специалистов, которым обычно известны изготовители продукции в соответствующей отрасли. К товарам производственно-технического назначения относятся промышленное оборудование, приборы, сырьевые материалы и т.п.; При определении однородности товаров целесообразно учитывать также какой стоимостью они обладают (например, дорогостоящие или дешевые). При покупке изделий длительного пользования или дорогостоящих (например, автомобилей, холодильников, компьютеров, мебели, ювелирных изделий и т.д.) покупатели бывают особенно внимательны, и вероятность смешения в данном случае невелика.

Данный довод должностным лицом Новосибирского УФАС России рассмотрен и отклонен по следующим основаниям. Очевидно, что топливо, заправляемое в автомобиль, является исчерпаемым ресурсом, и требует периодического пополнения. Водители автомобилей и иной техники является обширной категорией потребителей, каждый из которых обладает индивидуальными признаками (особенностями), в том числе эмоциональной направленности. Таким образом, при выборе АЗС потребители будут руководствоваться как рациональным рассуждением, так и эмоциями (привычками, приобретенным доверием к поставщику услуги и т.д.).

Все АЗС ООО «Успех» находятся в черте населённых пунктов. Следовательно, их потребители - это жители данных населённых пунктов, т.е. постоянные потребители. В свою очередь, это свидетельствует о том, что выбор АЗС осуществляется потребителем при движении по знакомой дороге. Условия, когда потребитель

движется по НЕЗНАКОМОЙ дороге в данном случае отсутствуют.

При этом, въезжая на каждую АЗС ООО «Успех», потребители видят надпись «Новосибирскнефтетрейд», как на фронтоне АЗС, так и на каждом её конструктивном элементе (см. фототаблицу по АЗС ООО «Успех», распечатка прилагается).

Далее, даже если предположить, что потребитель не читает надписи, а воспринимает надписи «Новосибирск- нефтетрейд» и «Газпромнефть» как картинку, по внешнему контуру, то и здесь восприятие разное:

- «Новосибирскнефтетрейд» воспринимается как прямоугольник;
- «Газпромнефть» воспринимается как буква «Г».

Данный довод должностным лицом Новосибирского УФАС России рассмотрен и отклонен по следующим основаниям. Ответчиком не представлено доказательств пользования услугами АЗС ООО «Успех» исключительно жителями населённых пунктов, в которых эти АЗС находятся, а также их восприятия надписей «Новосибирскнефтетрейд» и «Газпромнефть».

При этом такое восприятие нельзя считать объективным, т.к., как отмечает сам ответчик, данная группа потребителей относится к жителям населенных пунктов. Следовательно, имеющим возможность с достаточно частой периодичностью видеть обозначения данных АЗС.

3. На АЗС ООО «Успех» отсутствует сервис, аналогичный АЗС потерпевших.

Сервис АЗС ООО «Газпромнефть-Центр», АО «Газпромнефть-Новосибирск» предполагает наличие бонусной карты (распечатка прилагается) и наличие заправщика, в силу чего сам водитель не заправляет свой автомобиль. В свою очередь, на АЗС ООО «Успех» нет бонусных карт Газпромнефть, равно как и заправщиков (т.е. автомобиль заправляет сам водитель). Таким образом, модель поведения потребителя на АЗС ООО «Успех» отлична от модели поведения на АЗС ООО «Газпромнефть-Центр», АО «Газпромнефть-Новосибирск».

Имеющееся социологическое исследование ВЦИОМ не даёт оценку данному обстоятельству. Оно лишь рассматривает вопросы узнаваемости потребителем дизайна АЗС ООО «Газпром нефть-Центр», АО «Газпромнефть- Новосибирск». Заключение Федеральной службы по интел лектуальной собственности также даёт оценку сходству лишь по формальным критериям, установленным законом, оно не основано на мнении потребителя. Согласно Социологическому исследованию ВЦИОМ, уровень сервиса является одной из узнаваемых черт АЗС заявителей, они воспринимают данный сервис как отличительную черту данных АЗС

Заключения судебной экспертизы, подготовленной в рамках дела, рассматриваемого Арбитражным судом Новосибирской области №А45- 4247/2017 по иску ООО «УСПЕХ», ООО «АРЧИ» о признании недействительным и отмене решения и предписания Управления Федераль ной антимонопольной Службы Новосибирской области от 28.10.2016г. и об отмене решения ФАС РФ №06-01-12-14-16 от 09.02.2017г., вынесенное в отношении заявителей.

Как усматривается из заключения судебной экспертизы, подготовленной в рамках

дела, рассматриваемого Арбитражным судом Новосибирской области №А45-4247/2017:

- не смотря на имеющееся определенное сходство в части цветовой гаммы и композиционного построения, ни общий вид, ни отдельные элементы АЗС «Новосибирскнефтетрейд» (г. Обь, пр. Мозжерина, д. 1, г. Новосибирск, ул. Тульская, д. 435/1, с. Ярково, ул. Советская, д. 2а к2, Кудряшовский с/с, Колыванское шоссе, б) не являются сходными до степени смешения с товарными знаками №395503, 408555, 418264, 422319, 425116, 486879, 506664; не искажается цветовая гамма на расстоянии 50, 100, 150 м, изображения на расстоянии 100 и 150 м. едва различимы.

Антимонопольный орган считает, что при оценке экспертного заключения необходимо обратить внимание на следующее.

Решением Новосибирского УФАС России в действиях ООО «Успех» и ООО «Арчи» установлены нарушения:

п.1 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:

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.

В п.13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.12.2007 №122 суд признал, что вопрос о сходстве до степени смешения обозначений является вопросом факта и по общему правилу может быть разрешен судом без назначения экспертизы. Экспертиза в силу части 1 статьи 82 АПК РФ назначается лишь в случае, когда для сравнения обозначений требуются специальные знания. Вопрос о сходстве до степени смешения обозначений, применяемых на товарах истца и ответчика, может быть разрешен судом с позиции рядового потребителя и специальных знаний не требует. Также суд указал, что обозначение считается сходным до степени смешения с другим обозначением, если оно ассоциируется с ним в целом, несмотря на их отдельные отличия. Учитывая изложенное мнение Президиума ВАС РФ для установления смешения обозначений не обязательно, вопреки доводам заявителей, исследовать мнение потребителей.

Таким образом, учитывая полномочия, предоставленные Положением о Федеральной антимонопольной службе (утверждено Постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 №331), Положением о территориальном органе Федеральной антимонопольной службы (утверждено Приказом ФАС России от

23.07.2015 N 649/15), антимонопольный орган вправе самостоятельно без применения специальных познаний с точки зрения обычного потребителя оценить спорные обозначения на предмет сходства до степени смешения. То есть, в настоящем деле выводы Новосибирского УФАС России о нарушении ООО «Успех» и ООО «Арчи» п.1 ст. 14.6 Закона о защите конкуренции являются законными, основанными на имеющихся в материалах дела допустимых, достоверных и относимых доказательствах.

Так, материалами дела подтверждается, что действия, признанные актом недобросовестной конкуренции, совершены хозяйствующими субъектами – конкурентами.

Автозаправочные станции АО «Газпромнефть-Новосибирск» оформлены с использованием товарных знаков, принадлежащих ПАО «Газпром-нефть» (фото том 1 л.д.45-40), используемых на законных основаниях с согласия правообладателя (лицензионный договор от 01.08.2012г. №ГПН-12/24000/02733/Д), в том числе товарных знаков:

1. № 395503 (дата приоритета 30.03.2009) (общий вид АЗС) (том 1 л.д.103);
2. № 425116 (дата приоритета 24.12.2009) (суперграфика АЗС) (том 1 л.д.84);
3. № 506664 (дата приоритета 19.10.2012) (навес АЗС) (том 1 л.д.97);
4. № 486879 (дата приоритета 12.04.2012) (общий вид АЗС) (том 1 л.д.98);
5. № 418264 (дата приоритета 30.03.2009) (межколонный короб АЗС) (том 1 л.д.101);
6. № 408555 (дата приоритета 31.12.2008) (суперграфика АЗС) (том 1 л.д.102);
7. № 422319 (дата приоритета 24.12.2009) (суперграфика АЗС) (том 1 л.д.100).

Исследованием ОАО «ВЦИОМ» «Определение различительной способности обозначений среди респондентов» установлено следующее.

При демонстрации участникам опроса сочетаний цветов, которые используются для обозначения реализации топлива и бензинов на автозаправочных станциях различными нефтяными компаниями, цвета компании «Газпром нефть» стали наиболее узнаваемыми, верно определили компанию больше половины респондентов - 59,2% (задавался открытый вопрос без предварительных вариантов ответа). При этом, отвечая на вопрос с предложенными вариантами ответа, компанию «Газпром нефть» идентифицировали три четверти опрошенных (72,3%).

У большинства опрошенных (73,2%) тестируемое обозначение стелы АЗС вызывает ассоциации с конкретной нефтяной компанией, из них 9 человек из 10 (89,4% - что соответствует 65,5% от всех респондентов) ассоциируют стелу с компанией «Газпром нефть» (задавался открытый вопрос - без предварительных вариантов ответа). При ответе на вопрос с предложенными вариантами ответа, верно определили компанию, использующую обозначение для индивидуализации своих услуг, - 74,3% от всех участников опроса.

Тестируемое оформление автозаправочной станции соотнесли с АЗС «Газпром нефть» 72,6% респондентов - при ответе на открытый вопрос (без предварительных вариантов ответа) и 78,7% - при ответе на закрытый вопрос (с предложенными вариантами ответа). При этом, подавляющее большинство респондентов (84,2%) верно определили АЗС «Газпром нефть» среди различных изображений автозаправочных станций.

Указанное исследование ОАО «ВЦИОМ» подтверждает, что товарные знаки №

395503, № 425116, № 506664, № 422319, № 418264, № 408555, № 486879 в сознании потребителей прочно ассоциируются с АЗС «Газпром нефть».

В материалах дела имеются относимые и допустимые доказательства, подтверждающие факт сходства до степени смешения рассматриваемых спорных обозначений – товарных знаков ПАО «Газпром-нефть» и обозначений, используемых в оформлении АЗС «Новосибирскнефтетрейд».

Так, в справке «Федерального института промышленной собственности» (далее — ФИПС) указано, что в результате исследования, проведенного в отношении товарного знака по свидетельству № 421910, установлено, что обозначения, представленные на фотоизображениях АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД», являются не сходными до степени смешения с указанным товарным знаком, поскольку не ассоциируются с ним в целом в силу несходства цветового сочетания изобразительных элементов - фигур с прямолинейными (полоски, ромбообразные) и криволинейными (каплеобразные) сторонами.

В результате исследования, проведенного в отношении товарных знаков по свидетельствам № 395503, 408555, 418264, 422319, 425116, 486879, 506664, установлено, что обозначения, представленные на фотоизображениях АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» являются сходными до степени смешения с указанными товарными знаками, поскольку ассоциируются с ними в целом в силу композиционного сходства расположения изобразительных элементов (широких горизонтальных полос и/или расположенных под углом к горизонту фигур) и сходства их цветового сочетания.

Согласно Уставу Федерального государственного бюджетного учреждения "Федеральный институт промышленной собственности" (утвержден Приказом Роспатента от 24.05.2011 N 63) ФИПС является учреждением, уполномоченным, в том числе на подготовку заключений по запросам федеральных органов исполнительной власти, других органов власти в сфере правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. ФИПС в соответствии с Уставом является специализированным учреждением, осуществляющим проведение работ, связанных с правовой охраной и защитой результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, проведение научных исследований, аналитических работ в данной сфере, и т.д.

В экспертном заключении патентного поверенного Буровой Р.В. установлено, что, несмотря на отдельные отличия, оформление АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» вызывает ассоциации с оформлением АЗС «Газпром нефть», охраняемым регистрациями товарных знаков на имя ПАО «Газпром-нефть», и, следовательно, является сходным с ними до степени смешения.

При этом Бурова Р.В. как и эксперт Шехтман Е.А. являются патентными поверенными, зарегистрированными в Реестре патентных поверенных РФ (Бурова Р.В. №1198 от 28.11.2007), специализирующимися на товарных знаках и знаках обслуживания, то есть являются лицами, обладающими специальными познаниями в области товарных знаков.

Согласно ч. 2 ст. 10 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 316-ФЗ "О патентных поверенных", патентный поверенный несет ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации в случае причинения вреда лицам, права и законные интересы которых он представляет. Таким образом, уголовная ответственность в соответствии со ст.307УК РФ может наступить для патентного поверенного независимо от того, предупрежден ли он об

уголовной ответственности или нет.

Кроме того, ПАО «Газпром-нефть», АО «Газпромнефть-Новосибирск», ООО «Газпромнефть-Новосибирск» в судебное заседание представлены маркетинговые исследования в котором на основании исследования мнения потребителей по вопросу наличия сходства в оформлении АЗС «Новосибирскнефтетрейд» с АЗС «Газпромнефть» сделаны следующие выводы:

- при демонстрации респондентам фотографий АЗС «Новосибирскнефтетрейд» со скрытым логотипом, большинство (70,7%) посчитали, что на фотографиях изображена АЗС «Газпромнефть»;
- при демонстрации респондентам фотографий АЗС «Газпромнефть» со скрытым логотипом, большинство респондентов (87,3%) узнали АЗС «Газпромнефть»;
- подавляющее большинство (92,7%) отметили сходство дизайна (внешнего оформления) АЗС «Новосибирскнефтетрейд» и АЗС «Газпромнефть»;
- из элементов дизайна (внешнего оформления) АЗС чаще отмечалось сходство в цветовой гамме (73,3%) и общий внешний вид (41,0% ответов);
- 80,3% респондентов допустили возможность перепутать АЗС «Газпромнефть» и «Новосибирскнефтетрейд» при заправке.

Учитывая изложенное, экспертное заключение не может быть единственным доказательством, на основании которого возможно сделать выводы о наличии/отсутствии нарушения п.1 ст. 14.6 ФЗ «О защите технологии» в действиях ООО «Успех», ООО «Арчи».

Кроме того, в экспертном заключении эксперт не отрицает наличие сходства между АЗС «Новосибирскнефтетрейд» и товарными знаками № 395503 (дата приоритета 30.03.2009 г.); № 506664 (дата приоритета 19.10.2012 г.); № 486879 (дата приоритета 12.04.2012 г.); № 418264 (дата приоритета 30.03.2009 г.); № 408555 (дата приоритета 31.12.2008 г.). Однако делает вывод об отсутствии сходства до степени смешения рассматриваемых обозначений как эксперт – специалист, обладающий специальными познаниями, что подтверждается представленными в материалы дела документами.

Тогда как потребители не обладают специальными познаниями в области патентного права, интеллектуальной собственности, методов и нормативно-правовых актов для сравнения обозначений. При этом в п.13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.12.2007 N 122 суд пришел к выводу о необходимости оценивать спорные обозначения на предмет сходства до степени смешения с точки зрения обычного потребителя, а не с точки зрения экспертов - патентных поверенных.

Кроме того, необходимо учесть следующее. Потребители при выборе АЗС для приобретения топлива не имеют возможности сравнить внешний вид АЗС «Новосибирскнефтетрейд» и АЗС «Газпромнефть», как это было сделано экспертом. Так, потребитель, принимая решение о выборе АЗС видит только одну АЗС, причем, согласно исследованию ВЦИОМ, в ситуации, когда участники опроса едут по незнакомой дороге (при условии, что в автомобиле еще осталось четверть бака бензина), четыре человека из десяти (41,4%) примут решение

заправить или не заправить автомобиль издали, когда только угадывается силуэт заправки. Еще четверть респондентов (25,3%) сориентируются когда видны цвета и отличительные элементы, АЗС, но не видно ее названия. Таким образом, можно сделать вывод, что большая часть автомобилистов идентифицируют АЗС, когда еще не видят названия заправочной станции, то есть по ее отличительным элементам, цветовому сочетанию. В заключении эксперта Шехтман Е.Л. сходство в общем не отрицается, эксперт констатирует, что с расстояния отличительные элементы в оформлении спорных АЗС плохо различимы, что подтверждает выводы Новосибирского УФАС России о возможности спутать потребителями АЗС «Новосибирскнефтьтрейд» и АЗС «Газпромнефть».

Также, следует принять во внимание, что рассматриваемые потребители – водители, которые принимают решение в движении транспортного средства, то есть у них меньше времени и возможностей (так как необходимо следить ещё и за дорогой, другими участниками движения), чем у пешеходов или стоящих людей, чтобы оценить все элементы оформления АЗС и сделать вывод, та ли это АЗС, которую они хотят выбрать, или просто похожая.

При этом экспертом Шехтман Е.Л. исследование восприятия потребителями оформления спорных АЗС **в движении** с различного расстояния не производилась, выводы об искажении цветовой гаммы и изображений, обозначений (их отдельных элементов), используемых на АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» и АЗС «Газпромнефть», в движении по автомобильным дорогам на автомобилях с разного расстояния (при приближении к заправочным станциям с расстояния 150 метров, 100 метров и 50 метров) и с учетом допустимого на данных участках дорог скоростного режима, а также выводы о возможности влияния такого искажения на впечатления потенциальных потребителей топлива и возможность смешения товаров АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТТРЕЙД» и АЗС «Газпромнефть» в экспертном заключении отсутствуют.

Таким образом, экспертным заключением патентного поверенного Шехтман Е.Л., основанные на имеющихся в материалах дела доказательствах выводы Новосибирского УФАС России, изложенные в решении 28.10.2016 № 06-01-12-14-16, не опровергаются.

Также следует принять во внимание, что по смыслу п.11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 12.05.2016 N 18 рассматривая споры о правомерности решений уполномоченных на осуществление контроля органов, судам следует учитывать, что решение принимается органом в соответствии с тем объемом документов и сведений, которые были им собраны и раскрыты сторонами при рассмотрении дела в соответствии с предоставленными органу полномочиями. Ввиду того, что судебное разбирательство не должно подменять осуществление контроля в соответствующей административной процедуре, новые доказательства признаются относимыми к делу и могут быть приняты (истребованы) судом, если ходатайствующее об этом лицо обосновало наличие объективных препятствий для получения и представления этих доказательств до вынесения оспариваемого решения уполномоченного органа.

Учитывая, что заявителями по настоящему делу в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства могли представляться (и представлялись) доказательства своей правовой позиции, в том числе экспертные заключения с учетом мнения ВАС РФ, изложенного в п.13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.12.2007 N 122, считаем ООО «Успех» и ООО «Арчи» не

доказано наличие объективных препятствий для получения и представления каких-либо экспертных заключений в материалы дела.

На основании изложенного Новосибирское УФАС России считает, что принятие судом результатов экспертного заключения Шехтман Е.Л. без совокупной оценки имеющихся в деле доказательств, может свидетельствовать о подмене судебным разбирательством осуществления контроля в соответствующей административной процедуре, что противоречит мнению ВС РФ, изложенному в п.11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 12.05.2016 N 18.

Кроме того, Новосибирское УФАС России обращает внимание, что в реальных условиях при движении и не только, некоторые элементы, в том числе название АЗС «Новосибирскнефтетрейд», которые, как полагает заявитель, способны привести к не смешению у потребителей оформления спорных АЗС, не доступны для восприятия потребителями, поскольку загорожены деревьями, как, например, АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТЕТРЕЙД» по адресу: Новосибирская область, с. Ярково, ул. Советская 2а, к.2 (с расстояния 150м по встречному движению, Фото Р8090544), АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТЕТРЕЙД» по адресу: Новосибирская область, г. Обь, пр. Мозжерина 1 (с расстояния 100 и 150м, Фото Р8090552, Фото Р8090554) или рекламным щитом, как АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТЕТРЕЙД» по адресу: г. Новосибирск, ул. Тульская 435/1 (с расстояния более 50м, но менее 100м по ходу движения, Фото Р8090524). АЗС «НОВОСИБИРСКНЕФТЕТРЕЙД» по адресу: Новосибирская область, Кудряшовский сельсовет, Колыванское шоссе, 6 с расстояния 150м по ходу движения (Фото Р8090564) закрыта деревьями полностью, видно только часть крыши (без названия) и магазина (соответствующие фото прилагаются).

Такие обстоятельства свидетельствуют, что для водителей, принимающих решение заправиться на АЗС с расстояния 100 и 150 м (наличие таковых подтверждено имеющимся в материалах дела исследованием ВЦИОМ) исключена возможность отличить АЗС исходя из их названия, поскольку такое название не видно, кроме того, экспертным заключением Шехтман Е.Л. подтверждено, что с удаленного расстояния отдельные элементы АЗС, в том числе и название, плохо различимы.

Изложенное опровергает довод ООО «Арчи», ООО «Успех», что водители не могут перепутать спорные АЗС, поскольку те различаются названиями.

Также ООО «Арчи» просит прекратить производство по делу №06-85/17НК.

Должностное лицо Новосибирского УФАС России считает вину ООО «Арчи» доказанной. Материалами дела установлено, что у ООО «Арчи» имелась возможность соблюдения правил и норм, за нарушение которых настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

На момент рассмотрения настоящего дела, срок давности привлечения к административной ответственности, согласно ст.4.5 КоАП РФ, не истек.

Нарушение п.1 ст. 14.6 Закона «О защите конкуренции», а, следовательно, и действия ООО «Арчи» образуют состав административного правонарушения, предусмотренного ч. 2 ст. 14.33 Кодекса РФ об административных

правонарушениях, согласно которой, недобросовестная конкуренция, выразившаяся во введении в оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг,

-влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере двадцати тысяч рублей либо дисквалификацию на срок до трех лет; на юридических лиц - от одной сотой до пятнадцати сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение, но не менее ста тысяч рублей.

Согласно расчету штрафа, осуществленного с применением «Методических рекомендаций по расчету величины административного штрафа, рассчитываемого исходя из суммы выручки правонарушителя и налагаемого на юридических лиц, за совершение административных правонарушений, предусмотренных ст.ст. 14.31, 14.31.1, 14.31.2, 14.32 и 14.33 КоАП РФ» (Письмо ФАС от 19 января 2012 г. №ИА/1099), величина подлежащего применению штрафа составила менее ста тысяч рублей (минимально возможной сумме штрафа, установленной ч. 2 ст. 14.33 КоАП РФ). Таким образом, применению подлежит минимально допустимая сумма штрафа, установленная ч. 2 ст. 14.33 КоАП РФ, в размере **100 000 (ста тысяч) рублей.**

Учитывая характер правонарушения, финансовое положение, наличие смягчающих обстоятельств (оказание содействие антимонопольному органу в установлении обстоятельств, подлежащих установлению по делу об административном правонарушении), а также наличии отягчающих обстоятельств (продолжение противоправного поведения, несмотря на требование уполномоченных на то лиц прекратить его (пункт 1 части 1 статьи 4.3 КоАП)), руководствуясь статьями 14.33, 23.48 Кодекса РФ об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать ООО «Арчи» (ОГРН 1115476007987; ИНН/КПП 5433183508/543301001; юридический адрес: улица МО Ярковский сельсовет, в районе с.Ярково (АЗС), Новосибирская обл., Новосибирский район, 630522; дата регистрации юридического лица: 31.01.2011г.), виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 2 статьи 14.33 Кодекса РФ об административных правонарушениях.

2. Применить к ООО «Арчи» меру ответственности в виде административного штрафа в размере 100 000 (сто тысяч) рублей.