



**НЕДОБРОСОВЕСТНАЯ КОНКУРЕНЦИЯ В ПРАКТИКЕ ФАС РОССИИ И СУДОВ:  
9,5 МИЛЛИОНОВ РУБЛЕЙ ЗА НАРУШЕНИЕ В БЮДЖЕТ**



1 марта 2018 г. Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы (УФАС) по Санкт-Петербургу вынесла в отношении ООО «Частная пивоварня «Афанасий» предписание прекратить нарушение пункта 1 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции», которое выразилось в незаконном использовании для индивидуализации продукции обозначения «ОХОТА НАШЕГО», сходного до степени смешения с товарным знаком «ОХОТА», зарегистрированным дочерним предприятием Heineken.

Данное решение примечательно тем, что ООО «Частная пивоварня «Афанасий» также предписано перечислить в течение трех месяцев с даты вынесения решения в федеральный бюджет весь доход, полученный от введения в оборот продукции под соответствующим обозначением, в размере 9 437 988 рублей.

Дело было возбуждено на основании заявления ООО «Объединенные Пивоварни Хейнекен» (ООО «ОПХ») от 17.02.2016 г. в связи с нарушением ООО «Частная пивоварня «Афанасий» ст. 14.2 и п. 1 ст. 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции». Данными статьями установлен запрет на недобросовестную конкуренцию путем, соответственно, введения в заблуждение в том числе качества и потребительских свойств товара и совершения хозяйствующим субъектом действий (бездействия), способных вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами или услугами, которые такой хозяйствующий субъект вводит в гражданский оборот на территории России, в том числе:

- незаконное использование обозначения, тождественного товарному знаку 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 России, и его использования в сети «Интернет»;
- копирование или имитация внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом-конкурентом, упаковки такого товара, его этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом (в совокупности фирменной одежды, оформления торгового зала, витрины) или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товар.

По мнению заявителя, ответчики - ООО «Частная пивоварня «Афанасий» и ООО «НикитиН» - вводят в оборот контрафактную продукцию - медовуху «ОХОТА НАШЕГО! Крепкое», поскольку используют данное обозначение для индивидуализации соответствующей продукции, сходное до степени смешения с товарным знаком «ОХОТА», зарегистрированным для товаров 32 и 33 классов Международной классификации товаров и услуг (МКТУ), включающих пиво, алкогольные и медовые напитки, а также для реализации данных товаров (42 класс МКТУ), правообладателем которого является ООО «ОПХ».

В то же время, согласно п. 3 ст. 1484 Гражданского кодекса Российской Федерации (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. Согласно п. 4 ст. 1252 ГК РФ в случае, когда изготовление, распространение или иное использование, а также импорт, перевозка или хранение материальных носителей, в которых выражены результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, приводят к нарушению исключительного права на такой

результат или на такое средство, такие материальные носители считаются контрафактными и по решению суда подлежат изъятию из оборота и уничтожению без какой бы то ни было компенсации, если иные последствия не предусмотрены ГК РФ. В силу п. 1 ст. 1515 ГК РФ товары, этикетки, упаковки товаров, на которых незаконно размещены товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение, являются контрафактными.

В ходе рассмотрения дела Комиссией УФАС был проведен анализ состояния конкуренции на товарном рынке, по результатам которого установлено, что ООО «Частная пивоварня «Афанасий» и ООО «ОПХ» являются конкурентами на общероссийском рынке по продаже (производству) пива и напитков брожения.

Решением от 30 ноября 2016 г. Комиссия УФАС признала в действиях ООО «Частная пивоварня «Афанасий» нарушение статьи 14.2 Федерального закона «О защите конкуренции», выразившиеся в распространении обществом в сети Интернет недостоверной по сути информации о том, что медовуха «ОХОТА НАШЕГО! Крепкое» является пивом, и выдала предписание об устранении этих нарушений.

Арбитражный суд Санкт-Петербурга и Ленинградской области решением от 06.11.2016 г. по делу № А56-16284/2016 по иску ООО «ОПХ» установил сходство до степени смешения между товарным знаком «ОХОТА» и обозначением «ОХОТА НАШЕГО», которое ответчики использовали в отношении однородных товаров. Суд при этом исходил из того, что товары, охраняемые зарегистрированным товарным знаком истца, и товары, в отношении которых ответчики используют спорное обозначение, однородны, а обозначение считается сходным до степени смешения с другим обозначением (товарным знаком), если оно ассоциируется с ним в целом, несмотря на их отдельные отличия (п. 41 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 20.07.2015 № 482). Суд также руководствовался разъяснением Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, содержащимся в п. 13 Информационного письма от 13.12.2007 г. № 122, согласно которому вопрос о сходстве до степени смешения двух словесных обозначений, применяемых на товарах истца и ответчика, может быть разрешен судом с позиции рядового потребителя и специальных знаний не требует. За незаконное использование обозначения, сходного до степени смешения с товарным знаком истца, с ООО «Частная пивоварня «Афанасий» и ООО «Никитин» в пользу ООО «ОПХ» было взыскано по 100 000 рублей компенсации. Ответчикам также было запрещено совершать действия по производству товаров с использованием обозначения «ОХОТА НАШЕГО», в отношении алкогольных напитков, относящихся к 32 и 33 классам МКТУ, и однородных им товаров.

Тринадцатый арбитражный апелляционный суд постановлением от 13.03.2017 г. № А56-16284/2016 оставил без изменения решение суда первой инстанции, указав, что в данном случае элемент «Охота», включенный ответчиками в название товара, является доминирующим при зрительном восприятии и приводит к сходству обозначений сторон до степени смешения.

При этом рядовой потребитель в данном сегменте рынка товаров, по мнению суда, как правило, не проводит детальный анализ обозначений, на котором настаивали ответчики. Из представленных истцом доказательств следовало, что товарный знак «Охота нашего!» не зарегистрирован, Роспатент установил сходство до степени смешения спорных обозначений. Согласно данным опроса ВЦИОМ, 71% участников опроса полагают, что обозначения «Охота»

и «Охота нашего» являются в той или иной мере схожими. 60% участников опроса допускают, что могли бы воспринять товары, маркированные тестируемыми обозначениями, в качестве продукции одного производителя.

Суд по интеллектуальным правам (СИП) постановлением от 04.07.2017 г. изменил данные судебные акты арбитражных судов и отказал заявителю в удовлетворении требования к ответчикам о запрете действий по производству товаров, маркированных обозначением «ОХОТА НАШЕГО», поскольку требование правообладателя о пресечении действий, нарушающих право, в силу закона (пункт 1 статьи 1252 ГК РФ) может быть предъявлено только к лицу, совершающему такие действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним. То есть данный способ защиты права предусмотрен для длящегося или незавершенного правонарушения, характеризуемого непрерывным осуществлением противоправного деяния, которое начинается с момента совершения правонарушения, и кончается вследствие действия самого нарушителя, направленного к прекращению правонарушения, или наступления событий, препятствующих совершению правонарушения.

В остальной части суд кассационной инстанции оставил без изменения судебные акты арбитражных судов первой и апелляционной инстанции. СИП указал на правильность вывода о том, что нарушением исключительного права на товарный знак «ОХОТА» является маркировка продукции обозначением «ОХОТА НАШЕГО» вне зависимости от наличия знака препинания"! ", используемого ответчиками, либо отсутствия какого-либо знака препинания, поскольку его наличие или отсутствие не влечет принципиального иного восприятия сравниваемого обозначения для потребителей.

Хотя на заседании Комиссии УФАС 22.01.2018 г. ООО «Частная пивоварня «Афанасий» представило копии ряда заключений по вопросу сходства обозначения «ОХОТА НАШЕГО» с товарным знаком «ОХОТА», по его мнению, свидетельствующих об отсутствии сходства до степени смешения между этими обозначениями, Комиссия не сочла возможным давать представленным доказательствам оценку, которая бы отличалась от их оценки арбитражными судами по делу № А56-16284/2016.

ООО «Частная пивоварня «Афанасий» маркировало свою продукцию (медовуху) обозначением «ОХОТА НАШЕГО! Крепкое», несмотря на то, «медовуха» является существительным женского рода, с которым соотносится прилагательное «крепкая», и неоднократно размещало в сети «Интернет» информацию о том, что медовуха «ОХОТА НАШЕГО! Крепкое» является пивом. Как отметила Комиссия УФАС, такие действия только усиливают риск смешения этой продукции с продукцией (пивом) заявителя, маркируемой обозначением «ОХОТА Крепкое», поскольку потребитель при первом впечатлении воспринимает медовуху «ОХОТА НАШЕГО! Крепкое» как пиво, которым эта продукция не является.

При этом согласно исследованиям компании Синовеит-Комкон, пиво «ОХОТА Крепкое» является брендом №1 в России по объёму прибыли<sup>1</sup>. Данный факт был подтвержден самим ответчиком.

---

<sup>1</sup> [http://www.heinekenrussia.ru/brands/national\\_brands/okhota/](http://www.heinekenrussia.ru/brands/national_brands/okhota/)

Как сообщило ООО «Частная пивоварня «Афанасий» на заседаниях Комиссии УФАС, в 2015-2016 годах оно реализовало около 650 тысяч литров медовухи «ОХОТА НАШЕГО! Крепкое», в 2017 году уже не вводило в оборот эту продукцию.

Комиссия ФАС в связи с этим пришла к выводу, что деятельность ООО «Частная пивоварня «Афанасий» была направлена не на разовое производство медовухи «ОХОТА НАШЕГО! Крепкое», а на систематическое и постоянное введение в оборот данной медовухи и такие действия влияли на состояние конкуренции на общероссийском рынке по продаже (производству) пива и напитков брожения.

Как указано в решении Комиссии, ООО «Частная пивоварня «Афанасий» в результате такого поведения на рынке получило преимущества, состоящие в том, что ему не требовалось вкладывать значительные средства для продвижения на рынке своей продукции. Вместо развития собственного бренда ООО «Частная пивоварня «Афанасий» воспользовалось положительной репутацией пива «ОХОТА Крепкое» и стало «паразитировать» на более успешном бренде конкурента.

Такие действия ответчика могли быть причиной ошибочного выбора потребителей, когда они воспринимали продукцию ответчика как новую линейку давно известной продукции ООО «ОПХ» и, таким образом, нанесли ущерб, который возможно отнести к упущенной выгоде.

Кроме того, данные действия ООО «Частная пивоварня «Афанасий» по мнению Комиссии УФАС могут умалять деловую репутацию ООО «ОПХ»: если ответчик продаёт продукцию ненадлежащего качества, это ведет к снижению доверия прежде всего к производителю пива «ОХОТА Крепкое» как более узнаваемого бренда.

При выдаче ООО «Частная пивоварня «Афанасий» предписания о перечислении в федеральный бюджет всего дохода, который оно получило от введения в оборот медовухи «ОХОТА НАШЕГО! Крепкое» за весь период нахождения данной продукции в обороте, Комиссия УФАС руководствовалась следующим.

Обозначение «ОХОТА НАШЕГО! Крепкое» сходное до степени смешения с товарным знаком ООО «ОПХ» по свидетельству №183777/1 было воспроизведено незаконно на каждой этикетке медовухи, вводимой в оборот ответчиком.

В связи с этим Комиссия УФАС сделала вывод, что, поскольку неправомерным действием является каждый факт введения в оборот медовухи «ОХОТА НАШЕГО! Крепкое», весь доход, который ООО «Частная пивоварня «Афанасий» получило от введения в оборот данной продукции, является доходом, полученным от неправомерных действий и должен быть перечислен в федеральный бюджет. При этом размер дохода был определен комиссией с учётом положений статей 248 и 249 Налогового кодекса Российской Федерации. Эта мера, как отметила Комиссия, соответствует влиянию действий ООО «Частная пивоварня «Афанасий» на состояние конкуренции на товарном рынке, является справедливой и направлена на то, чтобы лишить его тех преимуществ, извлеченных от недобросовестной конкуренции.

Комиссия УФАС отклонила, вместе с тем, доводы заявителя о том, что нарушение антимонопольного законодательства в данном случае возможно признать в действиях как ООО «Частная пивоварня «Афанасий», так и ООО «НикитиН». Оба юридических лица входят в одну группу лиц, которую следует рассматривать как единый хозяйствующий субъект. При этом медовуху «ОХОТА НАШЕГО! Крепкое» производило и продавало другим хозяйствующим субъектам, то есть вводило в оборот, ООО «Частная пивоварня «Афанасий». Комиссия в

связи с этим пришла к выводу, что ООО «НикитиН» действовало в совместном едином интересе с последним и выполняло лишь формальную функцию продавца медовухи.

Как разъяснил Высший Арбитражный Суд РФ в п. 17 постановления Пленума ВАС РФ от 17.02.2011 № 11, субъектом административной ответственности за административные правонарушения, предусмотренные ч. 2 ст. 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, по смыслу указанной части может быть лишь лицо, которое первым ввело в оборот товар с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг.

Какие выводы возможно сделать из решения Комиссии УФАС и постановлений судов по данному делу?

Во-первых, при рассмотрении дела в первой инстанции суд не назначал экспертизу и вопрос о сходстве до степени смешения словесных обозначений истца и ответчика был разрешен им с позиции рядового потребителя - постольку поскольку эти словесные обозначения используются для индивидуализации товаров, относящихся к одному классу МКТУ, при этом первое обозначение ассоциируется со вторым в целом, несмотря на их отдельные отличия, как фонетически, так и визуально (при оформлении этикеток медовухи «ОХОТА НАШЕГО! Крепкое» использовались, в частности, цвета, напоминающие использованные на этикетках пива «ОХОТА. Крепкое»; самое слово «охота» было также заглавными буквами):





Правильность выводов суда первой инстанции была подтверждена в апелляции и кассации в том числе на основании результатов социологических опросов.

Во-вторых, если правообладатель в своем исковом заявлении к нарушителю указывает требование о взыскании вместо убытков компенсации за незаконное использование товарного знака на основании п. 4 ст. 1515 ГК РФ в размере от 10 тысяч до 5 миллионов рублей, необходимо учитывать, что суд может по своему усмотрению снизить компенсацию до размера, близкого к минимального<sup>2</sup>.

В-третьих, в случае, если на дату рассмотрения дела по иску правообладателя, содержащего требование запретить нарушителю осуществлять действия по производству и введению в оборот товаров, маркированных обозначением сходным до степени смешения с товарным знаком, принадлежащим правообладателю, ответчик прекратил такие действия и не осуществляет приготовления к ним, в соответствующей части иска может быть отказано. Что

<sup>2</sup> Согласно п. 43.3. Постановления Пленума Верховного Суда РФ N 5, Пленума ВАС РФ N 29 от 26.03.2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» при определении размера компенсации суд, учитывая, в частности, характер допущенного нарушения, срок незаконного использования результата интеллектуальной деятельности, степень вины нарушителя, наличие ранее совершенных лицом нарушений исключительного права данного правообладателя, вероятные убытки правообладателя, принимает решение, исходя из принципов разумности и справедливости, а также соразмерности компенсации последствиям нарушения.

не препятствует обращению правообладателя в ФАС России с заявлением о нарушении п. 1 ст. 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции» и вынесению комиссией УФАС, рассматривающей соответствующее дело, предписания о прекращении нарушения.

\*\*\*\*

*Информация выше имеет обзорный характер и не является юридической консультацией. Данная информация подготовлена с целью уведомления наших клиентов и других заинтересованных лиц о нововведениях и может содержать ссылки на Интернет сайты помимо сайта GRATA International. На основании данной информации не следует осуществлять какие-либо действия в конкретной ситуации без надлежащей юридической консультации.*

Московский офис GRATA International предоставляет широкий спектр услуг в сфере антимонопольного права, включая:

- консультирование по вопросам антимонопольного регулирования торговой деятельности, рекламы, государственных закупок, слияний и поглощений;
- подготовку/анализ и получения предварительного одобрения ФАС России условий договоров и соглашений, коммерческих политик (положений об отборе контрагентов) и прочих документов, которые могут ограничивать конкуренцию;
- получение предварительного одобрения ФАС России сделок и иных действий, направленных на экономическую концентрацию.

**Контакты для дополнительной информации:**

**Яна Дианова**

**Директор Департамента Корпоративного и коммерческого права**

**GRATA International (Москва)**

**Т.: +7 (495) 660 11 84**

**Е.: Ydianova@gratanet.com**