Р Е Ш Е Н И Е

по делу № 08/01/14.6-92/2021

о нарушении антимонопольного законодательства

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «16» декабря 2021 г.

В полном объеме решение изготовлено «28» декабря 2021 г.

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела № 08/01/14.6-92/2021 о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

<...>,

рассмотрев в присутствие представителя Компании Кавендиш и Харви Конфекшинари ГмбХ: <...> и представителя ООО «ТД «ГАММА»: <...>, дело № 08/01/14.6-92/2021 о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения ООО «ТД ГАММА» (121471, г. Москва, ул. Рябиновая, д. 55, строение 2, офис 14-2, комната 9, ОГРН: 5177746286702 , ИНН: 9729174996) пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон «О защите конкуренции»),

У С Т А Н О В И Л А:

В ФАС России поступило заявление Компании Кавендиш и Харви Конфекшинари ГмбХ (далее – Заявитель) в отношении Компании Цебе Бонбон ГмбХ, ООО «ТД ГАММА» и ООО «Евро-Опт».

Акт недобросовестной конкуренции в действиях указанных организаций, по мнению Заявителя, выразился во введении в гражданский оборот на территории Российской Федерации леденцов J’Ardel, внешний вид которых сходен до степени смешения с дизайном леденцов Cavendish&Harvey производства Заявителя.

В соответствии с правоприменительной практикой за копирование или имитацию внешнего вида продукции отвечает производитель или

заказчик производства, как лицо, принимающее решение об оформлении вводимой в гражданский оборот продукции.

ФАС России было установлено, что ООО «ТД ГАММА» является импортером леденцов J'Ardel на территорию Российской Федерации и поставляет их, в том числе ООО «Евро-Опт», которое реализует их посредством сайта carabus-moscow.ru.

Компания Цебе Бонбон ГмбХ не является стороной по договору поставки, указанный договор заключен с Компанией Kalfany Suesse Werbung GmbH & Co.KG. Согласно представленной данной компанией информации производство жестяных банок осуществляется только после письменного подтверждения ООО «ТД «ГАММА» образца, отпечатанного на жестяной банке (копия контракта от 16.08.2018 между ней и ООО «ТД ГАММА» с дополнениями и спецификациями, электронная переписка между представителями данных организаций по поводу согласования образцов продукции (внешнего вида)).

Таким образом, ФАС России было установлено, что лицом, которое ответственно за внешний вид товара, является ООО «ТД «ГАММА» (далее также – Общество), Обществом данное обстоятельство не оспаривалось.

В связи с изложенным приказом ФАС России от 27.09.2021 № 1035 в отношении ООО «ТД «ГАММА» было возбуждено дело № 08/01/14.6-92/2021 по признакам нарушения пункта 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции» и создана Комиссия по его рассмотрению.

Комиссия ФАС России по рассмотрению дела № 08/01/14.6-92/2021 о нарушении антимонопольного законодательства, проанализировав материалы дела, заслушав представителей лиц, участвующих в рассмотрении дела, установила следующие обстоятельства.

Заявитель является производителем и реализует на территории Российской Федерации леденцы Cavendish&Harvey. Продукция представляет собой серию леденцов с различными вкусами, выпускаемых в цилиндрических жестяных банках золотого цвета, с размещенной на ее верхней поверхности этикеткой, выполненной с цветным фоном более светлого тона к центру. На этикетке расположены элементы: дугообразный элемент золотистого цвета у края поверхности, под ним надпись-название, информирующая потребителей о вкусе леденцов, и под названием изображение фруктов/ягод, соответствующих вкусу леденцов.

Леденцы Cavendish&Harvey поставляются Заявителем на территорию Российской Федерации с 2006 года. Указанное обстоятельство

подтверждается сводными таблицами по объему поставки леденцов с 2006 по 2021 год на территорию Российской Федерации с разбивкой по ароматам.

Кроме того, в материалах дела № 08/01/14.6-92/2021 имеется информация о проводимых мероприятиях по продвижению и увеличению узнаваемости упаковки леденцов Cavendish&Harvey.

Как следует из материалов дела, до июля 2018 года ООО «ТД ГАММА» было импортером леденцов Cavendish&Harvey производства Заявителя, в подтверждение чего в материалах дела имеется электронная переписка представителя Заявителя с генеральным директором ООО «ТД ГАММА» - <...> Кроме того, согласно сводным таблицам по объему поставки леденцов Cavendish&Harvey в период импорта Обществом указанных товаров (2006 — июль 2018) объем поставки увеличился с 66 500 шт. (в 2006) до 314 496 шт. (в 2017 году), то есть почти в 5 раз.

С конца 2018 года ООО «ТД «ГАММА» импортирует и вводит в гражданский оборот на территории Российской Федерации леденцы J'Ardel, произведенные по его заказу, в подтверждение чего в материалах имеется договор поставки с Компанией Kalfany Suesse Werbung GmbH & Co.KG и сводная информация ФТС России об импорте товара. Данные леденцы выпускаются в цилиндрических жестяных банках золотого цвета, с размещенной на ее верхней поверхности этикеткой, выполненной с цветным фоном более светлого тона к центру поверхности. На этикетке расположены элементы: дугообразный элемент золотистого цвета у края поверхности, под ним надпись-название, информирующая потребителей о вкусе леденцов, и под названием изображение фруктов/ягод, соответствующих вкусу леденцов.

В подтверждение сходства до степени смешения оформления упаковок леденцов Cavendish&Harvey производства Заявителя и леденцов J'Ardel, производимых по заказу Общества, Заявителем представлено заключение лаборатории социологической экспертизы РАН от 16.09.2019 № 251-2019.

Лабораторией социологической экспертизы РАН проанализированы результаты опроса потребителей относительно сходства/различия отдельных упаковок леденцов: Мультивитамин, Тропические фрукты, Лесные ягоды; а также линеек товаров в целом, включающих в себя ароматы Мультивитамин, Тропические фрукты, Лесные ягоды, Вишня, Фруктовый микс:

- 67% респондентов полагают, что упаковки леденцов J'Ardel и Cavendish&Harvey принадлежат одной линейке товаров одной компании-

производителя;

- 93% потребителей считают, что серии упаковок «леденцы J'Ardel» имитируют в целом серию упаковок «леденцы Cavendish&Harvey».

Относительно результатов опроса по отдельным ароматам леденцов результаты следующие:

- 64-65% респондентов считают, что демонстрируемые упаковки леденцов J'Ardel и Cavendish&Harvey принадлежат линейке одного производителя.

- 89-93% опрошенных потребителей считают, что демонстрируемые упаковки леденцов J'Ardel имитируют в целом демонстрируемые упаковки Cavendish&Harvey.

ООО «ТД «ГАММА» ссылается на утилитарный и традиционный характер оформления спорных упаковок Заявителя и Общества, в подтверждение чего им представлено маркетинговое исследование маркетингового агентства «Русопрос» (ООО «Ключевые Бизнес Решения») «Проведение социологической экспертизы: исследование утилитарности и традиционности конфет» (далее — Маркетинговое исследование), в соответствии с которым:

- 83% опрошенных считает, что круглую металлическую коробку используют в качестве упаковки многие производители леденцов, при этом 67% считают такую упаковку традиционной;

- 88 % респондентов считают, что у многих марок леденцов с фруктовыми вкусами используется при оформлении упаковки реалистичные изображения фруктов.

Далее респондентам демонстрируется фотография с 6 круглыми банками леденцов разных производителей:

- 66% опрошенных ответили, что такое оформление является общераспространенным, все упаковки выглядят скорее традиционно, а не оригинально именно из-за круглой металлической коробочки и реалистичных изображений фруктов;

- 81% респондентов считают, что упаковки скорее следуют устоявшейся традиции, подобный дизайн упаковок леденцов многократно использовался разными производителями на протяжении многих десятков лет, а не копируют одного производителя.

- 70% потребителей считает, что золотистый цвет боковин традиционен для таких упаковок.

Вместе с тем, Комиссия ФАС России критически относится к результатам Маркетингового исследования в связи со следующим.

Предметом рассмотрения Комиссии ФАС России является не само по себе использование круглой металлической банки, реалистичного изображения ягод/фруктов и словесного описания вкуса, а использование дизайна упаковки леденцов Cavendish&Harvey в целом, под которым понимается в совокупности:

- форма и цвет банки,

- формат лицевой этикетки (путем нанесения краски на банку),

- градиентное заполнение фона лицевой этикетки (от более светлого в центре к затемненному по краям),

- дугообразный элемент в цвет банки в верхней части лицевой этики,

- расположение изображения ягод/фруктов,

- наименование описания вкуса, и используемый для его нанесения шрифт.

Комиссия приходит к выводу, что использование и взаимное расположение вышеуказанных элементов в совокупности, приводит к сходству до степени смешения продукции Общества и Заявителя.

Сравнение же внешнего вида упаковок леденцов Заявителя с иными товарами иных производителей, фотографии которых демонстрировались при проведении Маркетингового исследования, с точки зрения потребителя, свидетельствует о ряде различий между ними:

- Только на товарах Общества и Заявителя имеется дугообразный элемент в верхней части лицевой этикетки с указанием на наименование бренда, несмотря на то, что согласно Маркетинговому исследованию 65% респондентов считают это традиционным. Доказательств обратного Обществом не представлено.

- Только этикетки товаров Заявителя и Общества выполнены с цветным фоном более светлого тона к центру (осветление тона происходит по кругу).

- Реалистичное изображение фруктов на лицевой этикетке, являющееся типичным для продукции данного вида, смещено вправо от центра на продукции Заявителя, Общества и леденцах Queen’s Delight. При этом оформление леденцов Queen’s Deligh радикально отличается от рассматриваемой продукции за счет доминирующего словесного

элемента, фона черного цвета , используемого шрифта и иных дизайнерских решений.

- На всех демонстрируемых банках леденцов используются разные шрифты, в том числе для обозначения аромата продукции. Шрифты, используемые Обществом и Заявителем абсолютно идентичны.

При этом Комиссия ФАС России, принимая во внимание все вышеуказанные обстоятельства, и то, что свобода дизайнера при разработке внешнего вида упаковки, в данном случае, ограничивается фактически только ее размерами, сходство сравниваемых образцов продукции Общества и Заявителя невозможно объяснить случайным совпадением.

Имитация и копирование внешнего вида представляют собой формы смешения, при которых покупатель, ориентируясь на внешний вид товара, приобретает его, принимая за товар другого хозяйствующего субъекта.

Практика рассмотрения антимонопольным органом дел о нарушении пункта 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции свидетельствует о том, что такое поведение потребителей характерно в рамках приобретения товаров низкой ценовой категории повседневного спроса. Поведение потребителей при покупке указанных товаров характеризуется тем, что при их приобретении потребитель не склонен проявлять повышенную степень внимательности и осмотрительности, затрачивая на их выбор минимальное время и приобретая их в основном по привычке, основываясь на предыдущем опыте покупки и руководствуясь уже имеющимся впечатлением от внешнего вида товара.

По мнению Комиссии ФАС России, леденцовая карамель относится к данной категории товаров, а значит, при приобретении потребитель не заостряет свое внимание на деталях оформления и информации, размещенной на контрэтикетке. Нанесенные на верхнюю часть лицевой этикетки продукции Заявителя обозначение Cavendish&Harvey и монограммы латинских букв C&H, ввиду их размера и расположения, также не оказывают решающее воздействие на впечатление потребителей.

Кроме того, материалами дела подтверждено, что упаковки леденцовой карамели Заявителя и Общества располагаются в магазинах рядом на одной полке и продаются по одной цене. Данные обстоятельства, по мнению Комиссии ФАС России, также способствуют смешению.

В соответствии со статьей 10.bis Парижской конвенции по охране

промышленной собственности от 20.03.1883 актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. В частности, подлежат запрету все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной, или торговой деятельности конкурента.

Согласно пункту 2 статьи 14.6 Закон 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 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.

При этом под недобросовестной конкуренцией понимаются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам-конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации (пункт 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции).

Таким образом, для выявления акта недобросовестной конкуренции необходимо наличие в действиях хозяйствующего субъекта всех признаков недобросовестной конкуренции, установленных в пункте 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции, а именно:

- осуществление действий хозяйствующим субъектом – конкурентом;

- направленность действий хозяйствующего субъекта на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности;

- противоречие указанных действий положениям действующего законодательства, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;

- причинение или способность причинения указанными действиями

убытков другому хозяйствующему субъекту-конкуренту, либо нанесения ущерба его деловой репутации.

Кроме того, подлежат доказыванию специальные признаки нарушения, установленные статьями 14.1-14.7 Закона о защите конкуренции.

Комиссией ФАС России установлено:

- Заявитель и Общество осуществляют ввод в гражданский оборот на территории Российской Федерации карамели леденцовой, то есть являются хозяйствующими субъектами – конкурентами, что подтверждается в том числе кратким обзором состояния конкуренции;

- ООО «ТД «ГАММА» достоверно знало о присутствии на рынке Российской Федерации леденцов Заявителя и степени узнаваемости бренда Cavendish&Harvey, так как несколько лет импортировало указанные товары, однако заказало производство леденцов в упаковке, сходной до степени смешения с указанным товаром. Указанное обстоятельство позволяет говорить о направленности действий ООО «ТД ГАММА» на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности;

- рассматриваемые действия Общества противоречат статье 10 bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883;

- возможность смешения подтверждается результатами Социологического опроса, представленного Заявителем;

- для квалификации действий в качестве акта недобросовестной конкуренции нет необходимости в установлении наличия реальных убытков у хозяйствующего субъекта – конкурента. Из определения недобросовестной конкуренции следует, что достаточно **возможности нанесения** действиями хозяйствующего субъекта убытков или вреда деловой репутации хозяйствующего субъекта – конкурента. По мнению ФАС России, в указанном случае существует объективная возможность нанесения убытков Заявителю в форме упущенной выгоды, ввиду реальной возможности перераспределения потребительского спроса.

Принимая во внимание упомянутые обстоятельства и руководствуясь статьей 10bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883, статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1 - 4 статьи 41, частью 1 статьи 49 Закона «О защите конкуренции», Комиссия ФАС России

Р Е Ш И Л А:

1. Основания для прекращения рассмотрения дела отсутствуют.

2. Признать действия ООО «ТД «ГАММА» (121471, г. Москва, ул. Рябиновая, д. 55, строение 2, офис 14-2, комната 9, ОГРН: 5177746286702, ИНН: 9729174996), выразившиеся во введении в гражданский оборот на территории Российской Федерации леденцов J'Ardel, внешний вид которых сходен до степени смешения с дизайном леденцов Cavendish&Harvey производства Компании Кавендиш и Харви Конфекшинари ГмбХ, противоречащими пункту 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

3. Выдать ООО «ТД «ГАММА» (121471, г. Москва, ул. Рябиновая, д. 55, строение 2, офис 14-2, комната 9, ОГРН: 5177746286702, ИНН: 9729174996) предписание о прекращении действий, нарушающих антимонопольное законодательство.

4. Основания для принятия других мер по пресечению и (или) устранению последствий нарушения антимонопольного законодательства отсутствуют.

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