

## РЕШЕНИЕ

делу № 08/01/14.8-24/2020

о нарушении антимонопольного законодательства

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «11» марта 2021 г.

В полном объеме решение изготовлено «23» апреля 2021 г.

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела № 08/01/14.8-24/2020 о нарушении антимонопольного законодательства в составе: <...> ,

рассмотрев дело № 08/01/14.8-24/2020 о нарушении ООО «Мирролла Лаб» (ОГРН 1047855172551, ИНН 7802312529, адрес: 188663, Ленинградская область, Всеволожский район, городской поселок Кузьмолровский, ул. Заводская, д. 3, корп. 361А, пом. 2-Н) статьи 14.8 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон «О защите конкуренции»), в присутствии на заседании представителя ООО «Мирролла Лаб» <...>, представителя ООО «Мирролла» <...>, представителя АО «Нижфарм» <...> ,

руководствуясь статьей 49 Закона «О защите конкуренции», Комиссия ФАС России

### **УСТАНОВИЛА:**

В Федеральную антимонопольную службу поступило заявление АО «Нижфарм» (далее – также Заявитель) о нарушении антимонопольного законодательства со стороны ООО «Мирролла Лаб» (далее – также Общество), выразившемся в недобросовестной конкуренции, связанной с производством гигиенического средства «Аквасол» в упаковке, сходной с упаковкой медицинского изделия «Аквалор».

Анализ представленных документов показал следующее.

АО «Нижфарм», зарегистрированное 16.05.1994, согласно выписке из

ЕГРЮЛ осуществляет деятельность, в том числе по производству лекарственных препаратов и материалов, применяемых в медицинских целях (ОКВЭД 21.20).

АО «Нижфарм» осуществляет на территории Российской Федерации маркетинг и дистрибуцию серии медицинских изделий под товарным знаком «Аквалор»®. Кроме того, АО «Нижфарм» является правообладателем зарегистрированных товарных знаков по свидетельствам №№ 681026, 657960, 687930, 672532, которые представляют собой изображения упаковок «Аквалор®норм», «Аквалор®софт», «Аквалор®форте» и «Аквалор®беби».

ООО «Мирролла Лаб», зарегистрированное 21.12.2004, согласно выписке из ЕГРЮЛ осуществляет деятельность по производству прочих пищевых продуктов, не включенных в другие группировки (ОКВЭД 10.89), производство лекарственных препаратов и материалов, применяемых в медицинских целях (ОКВЭД 21.20) и др. ООО «Мирролла Лаб» является производителем серии гигиенических средств под торговым наименованием «Аквасол».

Как следует из открытых источников, «Аквасол» является средством гигиеническим для очищения и увлажнения носоглотки.

Заявитель указывает, что упаковки указанных продуктов сходны, что обусловлено следующим:

- одинаковое сочетание цветов (схожая цветовая гамма фона упаковки с использованием изобразительных элементов розового, голубого, оранжевого и зеленого цветов);
- схожие шрифты, на обеих упаковках доминирующее место занимают схожие словесные элементы («Аквалор» и «Аквасол»), выполненные белым цветом и расположенные вертикально на левой части упаковок;
- сопроводительная информация расположена на правой части упаковок под словесным элементом;
- изобразительные элементы смещены к одной из сторон упаковки.

В подтверждение своих доводов Заявителем было представлено заключение АО «ВЦИОМ». Предметом социологического исследования стало мнение респондентов о сходстве/различии упаковок продуктов «Аквалор» и «Аквасол», а также возможности введения потребителей в заблуждение относительно их производителей.

Согласно заключению АО «ВЦИОМ» шесть из десяти респондентов (62%) считают названия «Аквалор» и «Аквасол» в той или иной мере схожими по

звучанию, пятая часть респондентов (23%) склоняются к мнению, что средства от насморка под тестируемыми названиями выпускаются одним производителем или группой компаний, четверо из десяти респондентов (39%) допускают, что могли бы перепутать при покупке продукты под названиями «Аквалор» и «Аквасол».

При одновременной демонстрации респондентам упаковок препаратов «Аквалор» и «Аквасол» более половины (56%) посчитали тестируемые упаковки препаратов в той или иной мере схожими. При этом подавляющее большинство респондентов, посчитавших упаковки схожими (85%), отвечая на открытый, отметили сходство цветовой гаммы, трое из десяти респондентов (29%) говорят о сходстве формы и размеров упаковок, 23% указывают на сходство использованных шрифтов.

При оценке отдельных элементов дизайна упаковок большинство респондентов отметили в той или иной мере сходство упаковок по форме (89%), названию (76%), цветовой гамме линеек (68%), расположению надписей (65%) и элементов (55%). 45% респондентов отметили также сходство графических элементов.

Две трети респондентов (64%) считают, что упаковки препаратов «Аквалор» и «Аквасол» в целом схожи, несмотря на отдельные отличия.

Треть опрошенных (34%) допускают, что могли бы перепутать при покупке препараты в тестируемых упаковках. Трое из десяти опрошенных (29%) склоняются к мнению, что препараты в данных упаковках выпускаются одним производителем или группой компаний. Каждый второй участник опроса (48%) допускает, что мог бы воспринять препараты в тестируемых упаковках в качестве линейки продукции одного производителя.

Если бы продавец в аптеке предложил респондентам препарат «Аквасол» вместо препаратов «Аквалор», то семь из десяти респондентов (71%) допускают, что могли бы приобрести предложенный продукт вместо «Аквалор», что свидетельствует о высокой степени взаимозаменяемости данной продукции.

Семь респондентов из десяти (71%) знают, что средство для промывания носа «Аквалор» появилось на ранке раньше, чем «Аквасол». При этом большинство из них (55%) считают, что при разработке дизайна упаковки «Аквасол» за основу брали дизайн упаковки «Аквалор», а почти каждый второй (47%) придерживается мнения, что название «Аквасол» было придумано на основе названия «Аквалор».

Также в качестве доказательства позиции о схожести упаковок

обозначенных продуктов «Аквалор» и «Аквасол», АО «Нижфарм» представило заключение ООО «Юридическая фирма «Союзпатент».

По итогам проведенного анализа ООО «Юридическая фирма «Союзпатент» пришло к выводу, что упаковки продуктов схожи до степени смешения, что может привести к смешению продуктов потребителями и возникновению у них мнения о принадлежности данных продуктов одному производителю.

Кроме того, вопрос об оценке допустимости действий по введению в оборот гигиенического средства «Аквасол» в упаковке, сходной с упаковкой медицинского изделия «Аквалор», также был вынесен на заседание Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе.

Согласно пункту V Протокола от 19.12.2020 № 5 заседания Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе в результате обсуждения Экспертный совет пришел к следующим выводам:

1. Принять к сведению различную природу товаров - гигиеническое средство и медицинское изделие, однако отметить их сходное назначение.
2. Отметить сходство упаковок косметического средства «Аквасол» и медицинского изделия «Аквалор», в том числе сходство цветовых решений, наименований товаров, расположения наименования товара, шрифта.
3. Указать, что производитель косметического средства не ограничен в выборе внешнего вида производимого товара и его упаковки, наличие сходства упаковок связано с намерением производителя косметического средства «Аквасол» создать впечатление у потребителей об отнесении данного товара к медицинскому изделию «Аквалор».
4. Признать недобросовестным поведение производителя косметического средства «Аквасол» по введению в оборот товара под наименованием и в упаковке, сходными с наименованием и упаковкой медицинского изделия «Аквалор».

В связи с изложенным и на основании статьи 39.1 Закона «О защите конкуренции» ФАС России было выдано ООО «Мирролла Лаб» предупреждение от 26.03.2020 № ИА/24790/20 о необходимости

прекращения вышеуказанных действий путем прекращения использования упаковки, сходной с упаковкой медицинского изделия «Аквалор» производства АО «Нижфарм».

Предупреждение подлежало исполнению в течение тридцати дней с момента его получения.

О выполнении предупреждения Обществу необходимо было сообщить в ФАС России в течение трех дней со дня окончания срока, установленного для его выполнения.

Общество сообщило в ФАС России, что не согласно с выводами, сделанными в предупреждении ФАС России. Также в ФАС России поступило заявление Общества о признании действий ФАС России по вынесению предупреждения от 26.03.2020 № ИА/24790/20 незаконными, а само предупреждение недействительным.

Согласно части 8 статьи 39.1 Закона «О защите конкуренции», в случае невыполнения предупреждения в установленный срок при наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства антимонопольный орган обязан принять решение о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства в срок, не превышающий десяти рабочих дней со дня истечения срока, установленного для выполнения предупреждения.

На основании изложенного был издан приказ ФАС России от 22.05.2020 № 482/20 о возбуждении дела и создании Комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения ООО «Мирролла Лаб» (ОГРН 1047855172551, ИНН 7802312529, адрес: 188663, Ленинградская область, Всеволожский район, городской поселок Кузьмолловский, ул. Заводская, д. 3, корп. 361А, пом. 2-Н) статьи 14.8 Закона «О защите конкуренции».

Определением от 06.10.2020 Комиссия ФАС привлекла для участия в рассмотрении настоящего дела в качестве заинтересованного лица ООО «Мирролла» (188663, Ленинградская обл., Всеволожский р-н, г.п. Кузьмолловский, ул. Заводская, д. 3, корп. 361А, помещ. 1Н, ОГРН 1097847308195, ИНН 7802484165) в связи с поступившим ходатайством Общества. ООО «Мирролла Лаб» мотивировало необходимость привлечения ООО «Мирролла» в качестве заинтересованного лица наличием у ООО «Мирролла» исключительного права на товарный знак «АКВАСОЛ» по свидетельству № 659449.

30.06.2020 Обществом было заявлено ходатайство об отложении рассмотрения дела, мотивированное поздним получением определения ФАС России о назначении настоящего дела к рассмотрению, что не

позволило Обществу обеспечить явку представителя на заседание Комиссии 30.06.2020. Также Общество мотивировало необходимость отложения рассмотрения дела принятием Арбитражным судом г. Москвы заявления о признании действий ФАС России по вынесению предупреждения от 26.03.2020 № ИА/24790/20 незаконными, а само предупреждение недействительным. В связи с изложенным Общество полагало необходимым отложить рассмотрение настоящего дела до вступления в законную силу решения суда по делу № А40-71661/20 о признании действий ФАС России по вынесению предупреждения от 26.03.2020 № ИА/24790/20 незаконными, а само предупреждение недействительным.

Комиссия ФАС России было отложено рассмотрение дела в связи с поздним получением Обществом определения ФАС России о назначении настоящего дела к рассмотрению. Вместе с тем Комиссией ФАС России не было установлено законных оснований для отложения рассмотрения дела до вступления в законную силу решения суда по делу № А40-71661/20.

21.07.2020 Обществом было заявлено ходатайство о приостановлении рассмотрения дела, мотивированное возбуждением Арбитражным судом г. Москвы дела № А40-71661/20 о признании действий ФАС России по вынесению предупреждения от 26.03.2020 № ИА/24790/20 незаконными, а само предупреждение недействительным.

Комиссией ФАС России было отказано в приостановлении рассмотрения дела в связи с отсутствием процессуальной необходимости.

ООО «Мирролла Лаб», не соглашаясь с выводами о наличии в его действиях признаков недобросовестной конкуренции, указало, что выводы ФАС России о сходстве до степени смешения выходит за рамки компетенции антимонопольного органа, является ошибочным, сделаны без учета отсутствия конкурентных отношений между Заявителем и Обществом, наличия у Общества исключительного права на промышленный образец по патенту № 119223 и регистрации Федеральной службой по интеллектуальной собственности товарного знака по свидетельству № 659449 и исключительно на основании экспертных оценок, что является подтверждением их порочности.

Проанализировав имеющиеся в материалах дела № 08/01/14.8-24/2020 о нарушении антимонопольного законодательства доказательства и установленные по делу обстоятельства, заслушав представителей лиц, участвующих в рассмотрении дела, Комиссия ФАС России установила следующее.

Как было отмечено ранее, АО «Нижфарм» и ООО «Мирролла Лаб» не являются хозяйствующими субъектами-конкурентами, поскольку Заявитель вводит в гражданский оборот на территории Российской Федерации медицинское изделие «Аквалор», в то время как Общество вводит в гражданский оборот на территории Российской Федерации косметическое средство «Аквасол».

Согласно части 1 статьи 38 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» медицинскими изделиями являются любые инструменты, аппараты, приборы, оборудование, материалы и прочие изделия, применяемые в медицинских целях отдельно или в сочетании между собой, а также вместе с другими принадлежностями, необходимыми для применения указанных изделий по назначению, включая специальное программное обеспечение, и предназначенные производителем для профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации заболеваний, мониторинга состояния организма человека, проведения медицинских исследований, восстановления, замещения, изменения анатомической структуры или физиологических функций организма, предотвращения или прерывания беременности, функциональное назначение которых не реализуется путем фармакологического, иммунологического, генетического или метаболитического воздействия на организм человека.

Согласно части 4 статьи 38 Федеральным законом от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» медицинские изделия вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, если они зарегистрированы соответствующим уполномоченным федеральным органом исполнительной власти.

«Аквасол» является гигиеническим средством для очищения и увлажнения носоглотки. Гигиенические средства - это предметы, предназначенные для поддержания в нормальном состоянии, в чистоте тела человека и его полостей. Медицинские изделия не могут быть взаимозаменяемыми с гигиеническими средствами, в том числе вследствие различий в составе действующих веществ, показаниях, требованиях к производству, качеству, эффективности и безопасности указанных товаров. Соответственно, рынок реализации медицинских изделий и рынок реализации гигиенических средств составляют различные товарные рынки, а хозяйствующие субъекты, реализующие медицинские изделия и гигиенические средства, не могут конкурировать между собой.

Предметом рассмотрения настоящего дела является недобросовестная конкуренция на товарном рынке гигиенических средств для очищения и увлажнения носоглотки.

В соответствии с Положением о Федеральной антимонопольной службе, утвержденным постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 № 331, ФАС России является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по принятию нормативных правовых актов и контролю за соблюдением антимонопольного законодательства, законодательства в сфере деятельности субъектов естественных монополий, в сфере государственного регулирования цен (тарифов) на товары (услуги), рекламы, контролю за осуществлением иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, контролю (надзору) в сфере государственного оборонного заказа, в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд и в сфере закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, а также по согласованию применения закрытых способов определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей).

В соответствии с пунктом 9 статьи 4 Закона «О защите конкуренции» недобросовестная конкуренция – любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам-конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

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.



Статьей 14.8 Закона «О защите конкуренции» установлен запрет на иные формы недобросовестной конкуренции наряду с предусмотренными статьями 14.1-14.7 Закона «О защите конкуренции».

Запрет ведения деятельности, направленной на недобросовестную конкуренцию, установлен в целях обеспечения хозяйствующим субъектам справедливых (равных) возможностей в осуществлении деятельности на соответствующих товарных рынках, а также в целях защиты потребителей от искажения их поведения в результате использования недобросовестных коммерческих практик со стороны хозяйствующих субъектов (Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 26.04.2019 N 303-КГ18-23327 по делу № А04-1665/2018).

Комиссия ФАС России отмечает, что Общество необоснованно смешивает антимонопольное регулирование и регулирование в сфере интеллектуальной собственности, в частности, в сфере предоставления правовой охраны объектам интеллектуальной собственности либо средствам индивидуализации, в результате чего приходит к выводу о том, что факт установления сходства упаковок не относится к компетенции ФАС России.

Из позиции Общества следует, что Федеральная служба по интеллектуальной собственности полностью опровергла выводы об использовании ООО «Мирролла Лаб» упаковки, сходной с упаковкой продукции АО «Нижфарм», зарегистрировав в качестве промышленного образца этикетку для упаковки по патенту № 119223 и зарегистрировав в качестве товарного знака обозначение «АКВАСОЛ» (свидетельство № 659449).

Общество утверждает, что в дизайне упаковки косметического гигиенического средства «Аквасол» используется на законных основаниях товарный знак по свидетельству № 659449 «АКВАСОЛ» и промышленный образец № 119223 (этикетка для упаковки). В качестве подтверждения использования вышеуказанных товарного знака и промышленного образца при разработке упаковки косметического гигиенического средства «Аквасол» представлено экспертное заключение патентного поверенного Андреевой М.Ю.

Комиссия ФАС России считает указанный довод несостоятельным в связи со следующим.

Пунктом 3 статьи 1354 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее также – ГК РФ) установлено, что охрана интеллектуальных прав на промышленный образец предоставляется на основании патента в объеме, определяемом совокупностью существенных признаков

промышленного образца, нашедших отражение на изображениях внешнего вида изделия, содержащихся в патенте на промышленный образец.

Промышленный образец № 119223 представляет собой прочий вид печатной продукции – этикетку для упаковки.

Этикетка представляет собой графический или текстовый знак, нанесённый в виде наклейки, бирки или талона на товар, с указанием торговой марки производителя, названия, даты производства, срока годности и так далее.

Согласно абзацу 4 пункт 3 статьи 1358 ГК РФ промышленный образец признается использованным в изделии, если это изделие содержит все существенные признаки промышленного образца или совокупность признаков, производящую на информированного потребителя такое же общее впечатление, какое производит запатентованный промышленный образец, при условии, что изделия имеют сходное назначение.

Вместе с тем на спорную упаковку продукции Общества не нанесены какие-либо этикетки. Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу об отсутствии использования промышленного образца по патенту № 119223 при оформлении спорных упаковок Общества.

Комиссия ФАС России критически относится к выводам, содержащимся в заключении патентного поверенного <...> от 15.07.2020, поскольку патентным поверенным не был учтен объем правовой охраны, предоставленный Обществу при регистрации промышленного образца по патенту № 119223, а анализ заключался в оценке только внешнего вида промышленного образца (этикетка для упаковки, МПКО 19-08) и спорной упаковки (МПКО 09-03), что, как следствие, привело к выводу об использовании при оформлении спорной упаковки промышленного образца по патенту № 119223, не соответствующему действительности.

Относительно использования товарного знака по свидетельству № 659449 «АКВАСОЛ» Комиссия ФАС России считает необходимым отметить следующее.

Общество и ООО «Мирролла» в своих письменных пояснениях указывали на наличие у ООО «Мирролла Лаб» исключительных прав на товарный знак «АКВАСОЛ» по свидетельству № 659449.

Товарный знак «АКВАСОЛ» по свидетельству № 659449 представляет собой словесный товарный знак, исключительное право на который принадлежит ООО «Мирролла». Вместе с тем в материалах настоящего дела не содержится каких-либо доказательств, подтверждающих

наличие у Общества права использовать товарный знак «АКВАСОЛ» по свидетельству № 659449.

Также Комиссия ФАС России отмечает, что 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.

Поскольку товарный знак «АКВАСОЛ» по свидетельству № 659449 является словесным, Комиссия ФАС России приходит к выводу о том, что объем правовой охраны указанного обозначения не включает в себя шрифт, а также способ размещения обозначения на упаковке.

Комиссия ФАС России критически относится к выводам, содержащимся в заключении патентного поверенного Андреевой М.Ю. от 15.07.2020 о законности оснований для использования словесного обозначения «АКВАСОЛ» на спорных упаковках Общества в связи со следующим.

Как следует из заключения, патентному поверенному были предоставлены распечатка из реестра товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации в отношении товарного знака по свидетельству № 659449, распечатка из реестра промышленных образцов Российской Федерации в отношении патента № 119223, приказ ФАС России от 22.05.2020 № 482/20 о возбуждении дела, предупреждение ФАС России от 26.03.2020 № ИА/24790/20, упаковка продукции Общества, иные варианты изображений упаковок продукции Общества из сети Интернет. На основании перечисленных сведений патентным поверенным был сделан вывод об использовании Обществом товарного знака «АКВАСОЛ» по свидетельству № 659449 под контролем ООО «Мирролла». Вместе с тем указанный вывод представляется избыточным и не основанным на сведениях, предоставленных патентному поверенному для дачи заключения.

На основании изложенного Комиссия ФАС России приходит к выводу об отсутствии в оформлении спорной упаковки Общества каких-либо результатов интеллектуальной деятельности либо средств индивидуализации, исключительные права на которые принадлежали бы ООО «Мирролла Лаб», либо предоставленные Обществу для использования.

Общество, обращая внимание на положения постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 23.04.2019 № 10 (далее также – Постановление Пленума № 10), указало, что вопрос

об оценке товарного знака, исключительное право на который принадлежит правообладателю, и обозначения, выраженного на материальном носителе, на предмет их сходства до степени смешения не может быть поставлен перед экспертом, так как такая оценка дается судом с точки зрения обычного потребителя соответствующего товара, не обладающего специальными знаниями адресата товаров, для индивидуализации которых зарегистрирован товарный знак (далее - обычный потребитель) с учетом пункта 162 Постановление Пленума № 10 (пункт 75). По мнению Общества ФАС России, вопреки позиции Верховного Суда Российской Федерации, были сделаны выводы о сходстве упаковок Заявителя и Общества исключительно на основании экспертных оценок.

Из содержания пункта 162 Постановление Пленума № 10 следует, что установление сходства осуществляется судом по результатам сравнения товарного знака и обозначения (в том числе по графическому, звуковому и смысловому критериям) с учетом представленных сторонами доказательств по своему внутреннему убеждению.

Вместе с тем позиция Общества содержит внутренние противоречия. Так, Общество одновременно указывает на несоответствие выводов ФАС России положениям Постановления Пленума № 10 и на невозможность применения положений Постановления Пленума № 10.

Комиссия ФАС России полагает возможным применение при рассмотрении дел о недобросовестной конкуренции, связанных с анализом внешнего вида товаров, подходов, используемых судами при установлении наличия либо отсутствия нарушения прав на зарегистрированные товарные знаки, отмечает, что установление сходства осуществляется с учетом представленных сторонами доказательств по своему внутреннему убеждению. Вместе с тем из позиции Общества не представляется возможным установить обстоятельства, которые могли бы свидетельствовать о противоречии представленных сторонами доказательств внутреннему убеждению членов Комиссии ФАС России.

Ссылка Общества на Определение Верховного Суда Российской Федерации от 05.09.2019 по делу № А56-47995/2018 является неотносимой, поскольку предметом рассмотрения указанного дела являлись иные обстоятельства, а именно вопрос о наличии признаков недобросовестной конкуренции в систематическом нарушении лицом норм законодательства об охране здоровья граждан от воздействия окружающего табачного дыма и последствий потребления табака.

Также Комиссия ФАС России отмечает, что предметом рассмотрения настоящего дела не является вопрос о наличии или отсутствии нарушения Обществом исключительных прав Заявителя.

Кроме того, Общество указывает, что ошибочным является вывод Комиссии ФАС России о том, что дизайн упаковки продукции ООО «Мирролла Лаб» является сходным по цветовому и композиционному решению, взаимному расположению элементов на упаковке товаров, что подтверждается выводами экспертного заключения Союза дизайнеров России от 03.06.2019, подготовленным Президентом Союза дизайнеров России, академиком Российской Академии дизайна - <...> и профессором кафедры графического дизайна Национального института дизайна при Союзе дизайнеров России - <...>

На основании проведенного исследования упаковок продукции Общества и Заявителя, эксперты пришли к выводу, что в сравниваемых изображениях отсутствует сходство до степени смешения. При этом характер дизайна упаковок продукции «Аквасол» не может рассматриваться как воспроизведение либо переработка дизайна продукции «Аквалор».

Комиссия ФАС России обращает внимание, что экспертное заключение Союза дизайнеров России содержит ссылку на возможность подтверждения выводов, отраженных в заключении, посредством проведения опроса общественного мнения. Вместе с тем материалы настоящего дела содержат социологическое исследование АО «ВЦИОМ» относительно мнения респондентов о сходстве/различии упаковок продуктов «Аквалор» и «Аквасол», а также введения потребителей в заблуждение относительно их производителей. Данные социологического опроса позволяют сделать вывод о создании у потребителей впечатления о принадлежности гигиенического средства «Аквасол» к медицинским изделиям.

Комиссия ФАС России отмечает, что выводы экспертов выходят за рамки поставленных вопросов и не основаны на материалах исследования.

В частности, представляется необоснованным вывод экспертов об «уверенной персонализации сравниваемых объектов в сознании потребителей». Также остается неопределенным термин «аптечный препарат»: из содержания заключения не представляется возможным установить его значение, учитывая то обстоятельство, что товар Заявителя представляет собой медицинское изделие, а товар Общество – косметическое средство. Указанное обстоятельство свидетельствует о том, что даже эксперты не смогли достоверно

определить природу исследуемых объектов, что также подтверждает вероятность создания впечатления у потребителей об отнесении товаров Общества к категории медицинских изделий.

В связи с изложенным Комиссия ФАС России критически относится к выводам экспертного заключения Союза дизайнеров России от 03.06.2019.

В рамках дополнительного соглашения от 26.02.2019 к Соглашению о взаимодействии между ФАС России и НП «Объединение Корпоративных Юристов России» от 17.05.2011 ФАС России были направлены изображения соответствующих упаковок для подготовки заключения о наличии или отсутствии копирования или имитации между указанными товарами.

НП «Объединение Корпоративных Юристов России» (далее также - ОКЮР) было представлено заключение о наличии имитации в оформлении упаковки косметического гигиенического средства «Аквасол».

Общество представило заявление о недостоверности и неотносимости заключения ОКЮР, поскольку оно является неполным, противоречивым, не основанном на общепринятых научных и практических подходах, содержит необоснованные выводы и ненадлежащие доказательства, что, по мнению ООО «Мирролла Лаб», дает основание утверждать о невозможности рассматривать представленные в нем результаты и выводы в качестве допустимых и относимых.

Общество указывает, что Методические рекомендации по определению сходства элементов, индивидуализирующих товары, согласно части 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции» (далее также — Методические рекомендации) не зарегистрированы и не опубликованы в установленном порядке, следовательно, не влекут правовых последствий, как не вступившие в силу, и не могут служить законным основанием для указания их в качестве доказательства в решении антимонопольного органа.

Также, по мнению ООО «Мирролла Лаб», заключение противоречит требованиям пункта 43 Правил составления, подачи, 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, который должен был быть применен согласно Методическим рекомендациям, позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, содержащейся в постановлении от 18.07.2006 № 3691/06, согласно

которой должен проводиться комплексный анализ сходства товарных знаков; при этом вывод о сходстве делается на основе восприятия не отдельных элементов, а товарных знаков в целом.

Сравнительный анализ, представленный в заключении, проведен, по мнению Общества, не в отношении спорной продукции или ее упаковки, а в отношении отдельных элементов упаковки, что негативно влияет на достоверность выводов специалистов и предопределяет вопрос об относимости заключения к настоящему делу.

ООО «Мирролла Лаб» указывает на фальсификацию заключения, поскольку в материалах дела отсутствуют цветные упаковки, которым была дана оценка.

Настоящее дело возбуждено по признакам нарушения Общества статьи 14.8 Закона «О защите конкуренции», в рамках рассмотрения которого необходимо установить наличие либо отсутствие имитации Обществом внешнего вида товара Заявителя, что способно создать впечатление о принадлежности гигиенического средства к медицинским изделиям.

В связи с этим обычной практикой является вынесение антимонопольным органом данных вопросов на рассмотрение экспертных советов, а также направление запроса в ОКЮР на основании дополнительного соглашения от 26.02.2019 к Соглашению о взаимодействии ФАС России с ОКЮР от 17.05.2011 для предоставления специалистов компаний, входящих в ОКЮР, о наличии копирования или имитации между товарами, являющимися предметом рассмотрения дела, по аналогии с рассмотрением дел по признакам нарушения пункта 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции».

Заключение ОКЮР подготавливается с учетом Методических рекомендаций по определению сходства элементов, индивидуализирующих товары, согласно части 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции», и не является экспертным заключением.

Вместе с тем исследование проводилось незаинтересованными лицами и может рассматриваться в качестве относимого доказательства по делу, поскольку имеет непосредственное отношение к предмету рассмотрения дела.

При этом в соответствии с пунктом 162 постановления Пленума № 10 специальных знаний для установления степени сходства обозначений и однородности товаров не требуется, в связи с чем ссылка на Федеральный закон от 31.05.2001 № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации», являются несостоятельными.

Факт отсутствия указания на вид исследуемого обозначения не свидетельствует о недостоверности сделанных выводов. Также является необоснованным довод Общества о фальсификации исследования вследствие отсутствия в материалах дела цветных упаковок, которым была дана оценка. Предоставление для подобных исследований изображений является обычной практикой, что подтверждается в том числе документами, представленными Обществом в подтверждение своих доводов (экспертного заключения Союза дизайнеров России от 03.06.2019).

Также Комиссия ФАС России полагает обоснованным подход ОКЮР, заключающийся в анализе передней части упаковки, поскольку именно она содержит элементы оформления, индивидуализирующие товары Общества и Заявителя.

Довод Общества о несоответствии заключения ОКЮР заявленной им же методологии является голословным и не подкреплён конкретными аргументами.

Доводы ООО «Мирролла» дублируют ранее заявленные доводы Общества.

Согласно статье 10bis 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.

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»).

В соответствии со статьей 14.8 Закона «О защите конкуренции» не допускаются иные формы недобросовестной конкуренции наряду с предусмотренными статьями 14.1-14.7 Закона «О защите конкуренции».

Оценив в совокупности все имеющиеся в деле доказательства и обстоятельства, установленные в ходе рассмотрения дела, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что является установленным сходство оформления упаковок косметического средства «Аквасол» и медицинского изделия «Аквалор».



Комиссия ФАС России обращает внимание, что общее впечатление, возникающее при сравнении упаковок косметического средства «Аквасол» и медицинского изделия «Аквалор», является сходным. Также Комиссия ФАС России обращает внимание на сходство отдельных элементов оформления (синий фон, вертикальное расположение словесного элемента, начинающегося на «аква», выполненного одинаковым крупным белым контрастирующим шрифтом, яркие зоны с сопроводительной информацией, выполненные в тождественных цветах).

Комиссия ФАС России пришла к выводу, что, используя сходное оформление упаковки, производитель гигиенического средства пытается создать впечатление о принадлежности гигиенического средства к медицинским изделиям. Соответственно, используя сходное с медицинским изделием оформление упаковки, Общество увеличивает спрос на гигиеническое средство, создавая впечатление о его принадлежности к медицинским изделиям, обладающим определенными свойствами и гарантирующим соответствующий лечебный эффект, в то время как гигиенические средства не имеют подтвержденных качественных характеристик и, как следствие, не могут гарантировать ожидаемый лечебный эффект.

Таким образом, Общество способно получать необоснованные конкурентные преимущества на товарном рынке косметических средств для очищения и увлажнения носоглотки в сравнении с иными участниками рынка, не прибегающим к использованию в оформлении своей продукции решений, создающих впечатление о принадлежности указанного товара к медицинским изделиям.

Комиссия ФАС России приходит к выводу, что все признаки недобросовестной конкуренции, содержащиеся в пункте 9 части 4 Закона о защите конкуренции, присутствуют в действиях Общества:

1. Направленность на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности выразилась во введении в гражданский оборот на территории Российской Федерации гигиенического средства «Аквасол» в упаковке, имитирующей оформление упаковок медицинского изделия «Аквалор», что способно привести к смешению с товаром Заявителя, результатом чего является ошибочный выбор потребителя при приобретении товара, когда он принимает товар Общества за медицинское изделие производства Заявителя, обладающее определенными свойствами и гарантирующим соответствующий лечебный эффект, и зарекомендовавшее себя на рынке.

2. Противоречие законодательству выражается в нарушении статьи

10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883, запрещающей всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах.

3. Указанные действия Общества способны причинить убытки участникам товарного рынка гигиенических средств для очищения и увлажнения носоглотки, поскольку потребитель способен сделать выбор в пользу товаров Общества на основании ложного впечатления о его принадлежности к медицинским изделиям «Аквалор», тем самым уменьшая прибыль других участников рынка, на которую они могли бы рассчитывать при обычных условиях гражданского оборота.

Также Комиссия ФАС России заключает, что Заявитель, несмотря на отсутствие конкурентных отношений с Обществом, также может нести убытки в результате действий ООО «Мирролла Лаб», вследствие необоснованного перераспределения потребительского спроса в пользу гигиенического средства «Аквасол», обусловленного формированием ложного впечатления о принадлежности товара Заявителю. Кроме того, Заявитель не получает ожидаемой отдачи от понесенных им затрат на развитие и продвижение своего бренда, поскольку за счет вложенных средств осуществляется также и продвижение товара Общества.

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, статьей 50 Закона «О защите конкуренции», Комиссия ФАС России

## **РЕШИЛА:**

1. Основания для прекращения рассмотрения дела отсутствуют.

2. Признать действия ООО «Мирролла Лаб» (ОГРН 1047855172551, ИНН 7802312529, адрес: 188663, Ленинградская область, Всеволожский район, городской поселок Кузьмолловский, ул. Заводская, д. 3, корп. 361А, пом. 2-Н), выразившиеся в производстве гигиенического средства «Аквасол» в упаковке, сходной с упаковкой медицинского изделия «Аквалор», нарушающими статью 14.8 Закона «О защите конкуренции».

3. Выдать ООО «Мирролла Лаб» (ОГРН 1047855172551, ИНН 7802312529,

адрес: 188663, Ленинградская область, Всеволожский район, городской поселок Кузьмоловский, ул. Заводская, д. 3, корп. 361А, пом. 2-Н)  
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 арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его вынесения.