

# РЕШЕНИЕ

по делу № 1-14-84/00-08-15

о нарушении антимонопольного законодательства

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «23» ноября 2015 г.

В полном объеме решение изготовлено «17» декабря 2015 г.

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

председатель Комиссии:

<...>,

рассмотрев в присутствии представителя ООО «Кондитерская фабрика «Славянка» (доверенность от 12.01.2015 № 36/юр), ЗАО «Кондитерская фабрика «Славянка» (доверенность от 12.01.2015 № 27/юр) и АО «Славянка-люкс» (доверенность от 12.01.2015 № 11/юр) <...> и представителей ОАО «Би-энд-Би» <...> (доверенность от 17.07.2015) и <...> (доверенность от 01.09.2015 № 01-09/15), при участии <...> (ФГБУН Институт социологии Российской академии наук, доверенность от 01.06.2015 № 8-2015),

дело № 1-14-84/00-08-15 о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения ОАО «Би-энд-Би» (142111, Московская обл., г. Подольск, Рязановская ул., д. 1) пункта 2 части 1 статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее Закон «О защите конкуренции»),

УСТАНОВИЛА:

В Федеральную антимонопольную службу поступило заявление ООО «Кондитерская фабрика «Славянка», ЗАО «Кондитерская фабрика «Славянка» и АО «Славянка-люкс» (далее – Заявители) о нарушении антимонопольного законодательства со стороны ОАО «Би-энд-Би» (далее – Общество), выразившемся в недобросовестной конкуренции, связанной с введением в заблуждение в отношении производителя конфет «Африка».

Заявители осуществляют деятельность на товарном рынке кондитерских изделий Российской Федерации, в частности Заявители с 2007 года вводят в гражданский оборот на территории Российской Федерации железные глазированные конфеты «Левушка» нескольких видов, отличающихся вкусовыми свойствами и используемой начинкой. Конфеты «Левушка» имеют три варианта цветового оформления этикеток – оранжевый, зеленый и синий.

Вместе с тем, в 2012-2013 годах Заявителям стало известно о том, что на товарном рынке кондитерских изделий Российской Федерации появились конфеты «Африка» производства Общества, имитирующие серию конфет «Левушка».

В качестве подтверждения возможности введения в заблуждение в отношении производителя конфет «Африка» Заявителями представлено заключение от 06.11.2014 № 82-2014 по результатам социологического опроса потребителей кондитерских изделий, подготовленное лабораторией социологической экспертизы Института социологии РАН.

В связи с изложенным Заявитель считает, что в действиях Общества содержатся признаки недобросовестной конкуренции, а также что оно нарушает пункт 2 части 1 статьи 14 Закона «О защите конкуренции».

Общество, не согласившись с доводами Заявителей, представили письменные пояснения с обоснованием своей правовой позиции по делу № 1-14-84/00-08-15 о нарушении антимонопольного законодательства.

Общество полагает, что претензии Заявителей к использованию Обществом в оформлении этикеток сходных фоновых цветов: оранжевого, зеленого и синего, беспочвенны, поскольку на рынке присутствует весьма существенное количество различных видов конфет, выпускаемых различными производителями, основным цветом упаковок которых являются оранжевый, зеленый или синий. Это обстоятельство не является основанием для утверждения о наличии сходства упаковок в целом.

Выводы заключения лаборатории социологической экспертизы ИС РАН, по мнению Общества, не отвечают требованию достоверности.

Для сравнения потребителям были представлены карточки 1 и 2, на которых изображены не упаковки, соответственно, конфет «Левушка» и «Африка», а графическая композиция из трех конфет, расположенных в одном и в другом случае в одной и той же последовательности цветов: зеленый, синий, оранжевый (сверху вниз). Между тем, сочетание трех основных цветов в определенной последовательности само по себе является весьма значимым идентифицирующим признаком. При этом внешние контуры изображений завернутой конфеты также фактически совпадают, поскольку они образуют стандартную форму данного вида товара. Таким образом, суждения потребителей, сделанные по результатам сравнения указанных графических композиций, не могут быть положены в основу выводов, касающихся наличия или отсутствия сходства упаковок конфет «Левушка» и «Африка».

Кроме того, Обществу принадлежит промышленный образец «Этикетка для конфет

«Африка» по патенту № 87980. При регистрации данного патента ни один из товарных знаков по свидетельствам №№ 509587, 509586, 510953, 401904 не был противопоставлен экспертизой в качестве оснований для отказа в выдаче патента.

В связи с изложенным Общество полагает, что не совершали действий по введению в заблуждение потребителей относительно производителя товара и просили отказать в удовлетворении требований Заявителей о признании действий Общества недобросовестной конкуренцией.

Комиссия ФАС России по рассмотрению дела № 1-14-84/00-08-15 о нарушении антимонопольного законодательства, рассмотрев все приложенные к материалам дела доказательства, выслушав представителей сторон, опросив присутствовавшего в заседании эксперта, установила следующие обстоятельства.

Заявители осуществляют деятельность на товарном рынке кондитерских изделий Российской Федерации, в частности Заявители с 2007 года вводят в гражданский оборот на территории Российской Федерации железные глазированные конфеты «Левушка» нескольких видов, отличающихся вкусовыми свойствами и используемой начинкой. Конфеты «Левушка» имеют три варианта цветового оформления этикеток – оранжевый, зеленый и синий. Введение в гражданский оборот подтверждается образцами продукции с приложенными товарными и кассовыми чеками, сертификатами соответствия, договорами поставки и товарными накладными. В представленных сертификатах в качестве изготовителя указаны ЗАО «Кондитерская фабрика «Славянка» и ООО «Славянка-люкс», продавца ООО «Славянка-Торг».

Рецептура конфет «Левушка» является оригинальной и была разработана специалистами кондитерской фабрики «Славянка» и охраняется патентами на изобретение № 2490925 и № 2490924 с приоритетом от 25.05.2011, правообладателем является ООО «Славянка-люкс».

Кроме того, этикету конфет «Левушка» и «Левушка тропический» предоставлена правовая охрана в качестве товарных знаков по свидетельствам № 509587 (дата приоритета 05.10.2012, дата регистрации 27.03.2014), № 510953 (дата приоритета 26.10.2012, дата регистрации 14.04.2014), № 509586 (дата приоритета 05.10.2012, дата регистрации 27.03.2014), № 401904 (дата приоритета 12.12.2008, дата регистрации 24.02.2010).

Из документов, представленных Обществом, следует, что введение в гражданский оборот конфет «Африка», представляющих собой глазированные конфеты желе с карамельной начинкой, началось в конце 2012 – начале 2013 годов. Введение в гражданский оборот подтверждается образцами продукции с приложением накладной и кассового чека, а также каталогом продукции, выпускаемой Обществом.

Таким образом, Заявители и Общество являются хозяйствующими субъектами – конкурентами.

В качестве подтверждения возможности введения в заблуждение в отношении

производителя конфет «Африка», Заявителями представлено заключение от 06.11.2014 № 82-2014 по результатам социологического опроса потребителей кондитерских изделий, подготовленное лабораторией социологической экспертизы Института социологии РАН.

Из заключения по результатам социологического опроса представляется следующее:

- 44% потребителей полагают, что конфеты в упаковках «Африка» и конфеты в упаковках «Левушка» производятся одной компанией, 45% опрошенных считают, что разными;
- примерно треть опрошенных (36%) думают, что производителем конфет в упаковках «Африка» является компания «Славянка», 18% респондентов решили, что Общество;
- 61% опрошенных сказали, что производителем конфет в упаковках «Левушка» является компания «Славянка»;
- 43% потребителей допускают возможность ошибки, в результате которой они могли бы приобрести конфеты в упаковках «Африка», думая, что приобретают конфеты в упаковках «Левушка», 54% респондентов не допускают возможность подобной ошибки;
- 20% опрошенных убеждены в том, что в случае, если бы им не понравился товар в упаковках «Африка», то их отношение к товару в упаковках «Левушка» изменилось бы в худшую сторону, 6% респондентов считают, что их отношение изменилось бы в лучшую сторону, 69% потребителей полагают, что их отношение никак не изменилось бы.

Из вышеизложенного можно сделать заключение о том, что:

- конфеты «Левушка» обладают высокой различительной способностью и узнаваемостью (61% опрошенных указали производителем конфет кондитерскую фабрику «Славянка»);
- значительная часть потребителей (44%) полагают, что конфеты в упаковках «Африка» и конфеты в упаковках «Левушка» производятся одной компанией;
- 43% потребителей допускают возможность ошибки, в результате которой они могли бы приобрести конфеты в упаковках «Африка», думая, что приобретают конфеты в упаковках «Левушка».

Однако в ходе рассмотрения дела Ответчиком были высказаны сомнения в достоверности результатов представленного социологического опроса.

Ответчиком была представлена рецензия на заключение от 06.11.2014 № 82-2014 по результатам социологического опроса потребителей кондитерских изделий, проведенного лабораторией социологической экспертизы ФГБУН Институт социологии РАН, подготовленная <...>, доктором социологических наук, зав. Кафедрой методологии социологических исследований социологического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

Рецензент, так же как и ранее Ответчик, высказал суждение о том, что формулировка вопроса № 1 и использование в нем словосочетания «измененными вариантами этих упаковок» наряду с демонстрацией Карточки 1 и Карточки 2 формируют установку у потребителей на восприятие ими данных упаковок нужным образом и являются, по существу, подсказкой.

При этом изображения на карточках конфет «Левушка» и «Африка», по мнению рецензента, искусственно представлены в виде трех вариантов упаковок одновременно. Кроме того, изображение упаковок конфет «Африка» подобраны так, что цвета этих упаковок и их последовательность на Карточке 1 совпали с цветами на изображении упаковок конфет «Левушка» и их последовательностью на Карточке 2. В представленном на Карточках 1 и 2 виде сочетания упаковок конфет «Левушка» и «Африка» потребители не встречаются в действительности при покупке данных конфет.

Оценив результаты социологического опроса, рецензент пришел к следующим выводам: «Анализ социологического опроса потребителей кондитерских изделий, проведенного Лабораторией социологической экспертизы ФГБУН «Институт Социологии РАН» в 6 городах Российской Федерации с 16 октября по 31 октября 2014 года, показывает, что его результаты являются случайными и наведенными, и, следовательно, не достоверными, и не могут быть использованы для оценки наличия или отсутствия сходства до степени смешения между упаковками конфет «Левушка», с одной стороны, и упаковками конфет «Африка», с другой стороны, а также вероятности введения потребителей в заблуждение относительно производителя с февраля 2014 года, в случае одновременного присутствия на рынке продукции, выпускаемой в упаковках «Левушка», с одной стороны, а также в упаковках «Африка», с другой стороны».

По ходатайству Ответчика, Комиссия ФАС России определением от 02.09.2015 привлекла в качестве лица, располагающего сведениями о рассматриваемых Комиссией обстоятельствах, <...>, заведующего лабораторией социологической экспертизы Института социологии РАН, кандидата социологических наук.

На заседании Комиссии ФАС России по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства 23.11.2015 <...> дал пояснения по вопросам членов Комиссии ФАС России, а также лиц, участвующих в рассмотрении дела.

Из его пояснений на вопросы следует, что использованное в вопросе № 1 словосочетание «измененными вариантами этих упаковок» является аналогичным словосочетанию «сходно до степени смешения». При этом предъявление интервьюером карточек 1 и 2 являлось рандомным, то есть карточки предъявлялись в случайном порядке. Соответственно, ответ участника опроса не был дан под влиянием определенной установки, заданной интервьюером.

Одновременно <...> представлено дополнение к заключению от 06.11.2014 № 82-2014, являющееся отчетом о проведении методического эксперимента с целью уточнить, влияет ли порядок расположения изображений конфет в демонстрационных материалах на распределение ответов респондентов.

Проведенный методический эксперимент показал, что порядок следования конфет в демонстрационных материалах хотя и оказывает влияние на результаты опроса, но это влияние незначительно и ограничивается несколькими процентами, что по

существу не меняет результатов опроса. Следовательно, на выводы заключения № 82-2014 порядок изображений не мог повлиять.

Вместе с тем Заявителями были представлены Комиссии ФАС России отзыв Всероссийского центра изучения общественного мнения (Фонд «ВЦИОМ») и отзыв Аналитического центра Юрия Левады от 22.09.2015 № 159 на заключение, подготовленное лабораторией социологической экспертизы ФГБУН Институт социологии РАН.

Из обоих отзывов следует, что анализ представленного на отзыв заключения не выявил существенных нарушений научно-методических правил, принятых для проведения подобного рода исследований. Результаты исследования являются достаточно надежными, использованная методика исследования позволяет получить достаточно представительные результаты, которые могут быть использованы для принятия обоснованных решений.

Таким образом, Комиссия ФАС России, оценив имеющиеся в материалах дела доказательства, пояснения специалиста, приходит к выводу, что действия Ответчика по введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации глазированных конфет желе с карамельной начинкой «Африка» с использованием оформления, сходного до степени смешения с продукцией Заявителя, приводят к смешению продукции разных производителей, что вводит потребителей в заблуждение в отношении производителя конфет «Африка».

Комиссия ФАС России не может принять ссылку Ответчика на наличие у него промышленного образца «Этикетка для конфет «Африка» по патенту № 87980, поскольку наличие у Ответчика исключительных прав на данный промышленный образец не свидетельствует о законности его действий, так как этикет конфет «Африка» не соответствует зарегистрированному промышленному образцу. В то же время сходство продукции в фактически выпускаемой упаковке с продукцией Заявителей подтверждено имеющимися материалами.

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.

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.

Согласно пункту 2 части 1 статьи 14 Закона «О защите конкуренции» не допускается недобросовестная конкуренция, выраженная во введении в

заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей.

Таким образом, признаки недобросовестной конкуренции, указанные в пункте 9 статьи 4 Закона «О защите конкуренции», присутствуют в действиях Ответчиков:

1. Направленность на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности над конкурентом выразилась в использовании Ответчиком при оформлении конфет «Африка» упаковки, сходной с упаковкой конфет «Левушка» Заявителей, приобретших широкую различительную способность у потребителей задолго до введения в оборот аналогичной продукции Ответчиком, за счет чего Ответчики обеспечили стабильный спрос и снизили издержки на продвижение выпускаемой ими продукции;

2. Противоречие действующему законодательству, а именно статье 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883, запрещающему все действия, противоречащие честным обычаям в промышленных и торговых делах, в том числе действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента;

3. Способность причинения убытков конкуренту выразилась в том, что в результате введения в гражданский оборот на территории Российской Федерации Ответчиками конфет «Африка» в упаковках, сходных с упаковками конфет «Левушка», Заявители лишаются возможности эффективно реализовывать свой товар, что в свою очередь не может не сказаться на их прибыли, а также может повлечь перераспределение спроса на товарном рынке кондитерских изделий Российской Федерации.

При этом Комиссия ФАС России не принимает довод Ответчика о том, что им уже давно прекращено производство конфет «Африка», а в магазинах реализуются остатки произведенного ранее товара, поскольку каких-либо документальных свидетельств (приказ по производству и т.п.) в подтверждение данного довода Ответчиком не представлено.

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 48, частью 1 статьи 49 Закона «О защите конкуренции», Комиссия ФАС России

**Р Е Ш И Л А:**

1. Признать действия ОАО «Би-энд-Би» (142111, Московская обл., г. Подольск, Рязановская ул., д. 1), связанные с введением в гражданский оборот на территории Российской Федерации глазированных конфет желе с карамельной начинкой «Африка» с использованием оформления, сходного до степени смешения с оформлением упаковки жележных глазированных конфет «Левушка», вводимых в гражданский оборот на территории Российской Федерации ООО «Кондитерская

фабрика «Славянка», ЗАО «Кондитерская фабрика «Славянка» и АО «Славянка-люкс», актом недобросовестной конкуренции, вводящим в заблуждение в отношении производителя товара и противоречащим пункту 2 части 1 статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

2. Выдать ОАО «Би-энд-Би» (142111, Московская обл., г. Подольск, Рязановская ул., д. 1) предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.

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

# **П Р Е Д П И С А Н И Е**

## **по делу № 1-14-84/00-08-15**

о нарушении антимонопольного законодательства

«17» декабря 2015 г. г. Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

<...>,

руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частью 4 статьи 41, статьей 50 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», на основании своего решения от 11 ноября 2015 г. по делу № 1-14-84/00-08-15 о нарушении ОАО «Би-энд-Би» (142111, Московская обл., г. Подольск, Рязановская ул., д. 1) пункта 2 части 1 статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

## ПРЕДПИСЫВАЕТ:

ОАО «Би-энд-Би» (142111, Московская обл., г. Подольск, Рязановская ул., д. 1) в срок до 30 января 2016 года прекратить нарушение пункта 2 части 1 статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», а именно прекратить введение в гражданский оборот на территории Российской Федерации глазированных конфет желе с карамельной начинкой «Африка» с использованием оформления, сходного до степени смешения с оформлением упаковки железных глазированных конфет «Левушка», вводимых в гражданский оборот на территории Российской Федерации ООО «Кондитерская фабрика «Славянка», ЗАО «Кондитерская фабрика «Славянка» и АО «Славянка-люкс», и вводящего в заблуждение в отношении производителя товара.

О выполнении настоящего Предписания сообщить в антимонопольный орган не позднее пяти дней со дня его выполнения.

## Примечания:

- предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его вынесения;
- за уклонение от исполнения или несвоевременное исполнение предписания коммерческие организации и их руководители несут ответственность, предусмотренную, соответственно, пунктом 2 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.