

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

ОБ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ ДЕЛА № 06-01-64-14-15

«26» мая 2016 г.

г. Новосибирск

Комиссия Новосибирского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии: И.В. Волохина - заместитель руководителя управления – начальник отдела рекламы;

члены комиссии: Е.А. Скоп – главный специалист-эксперт отдела рекламы;

В.Ю. Строгин – ведущий специалист-эксперт отдела рекламы;

М.О. Хрипченко - специалист-эксперт отдела рекламы,

рассмотрев дело № 06-01-64-14-15, возбужденное по признакам нарушения Обществом с ограниченной ответственностью «Торговая площадь», (далее – ООО «Торговая площадь»; ИНН 5402131490; юридический адрес: г. Новосибирск, Красный проспект, д. 220) и Обществом с ограниченной ответственностью Торговый Дом «Торговая площадь» (далее – ООО ТД «Торговая площадь»; ИНН 5402499928; г. Новосибирск, Красный проспект, д. 220, к. 14) п.1, 2, 4 ч.1, ст. 14 Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – ФЗ «О защите конкуренции»), выразившегося в распространении изделий колбасных вареных «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА», на упаковке которых содержится изображение, сходное до степени смешения с товарным знаком «БОЛЬШАЯ СОСИСКА» (по свидетельству №502918), исключительное право, на использование которого принадлежит Обществу с ограниченной ответственностью «Сибирская продовольственная компания» (далее – ООО «Сибирская продовольственная компания»; ИНН: 5405200166), а также указании на упаковке продукции «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА» информации, в том числе следующего содержания: «100% настоящая», «без химозы и разбухателей»,

в присутствии:

- представителей заявителя – ООО «Сибирская продовольственная компания» - «...» (доверенность № 31/2016 от 25.01.2016г.);

- представителя ответчиков: ООО «Торговая площадь», ООО ТД «Торговая площадь» - «...» (доверенность № 01/01-02-15 от 24.02.2015г.);

Руководствуясь статьей 48.1 Закона «О защите конкуренции»,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление ООО «Сибирская продовольственная компания» о нарушении антимонопольного законодательства, связанного с незаконным использованием товарного знака заявителя, что может указывать на признаки нарушения п.2,4 ч.1 ст. 14 ФЗ «О защите конкуренции».

Согласно заявлению ООО «Сибирская продовольственная компания» предоставлено исключительное право на использование товарного знака

«БОЛЬШАЯ СОСИСКА», что подтверждается Свидетельством на товарный знак (знак обслуживания) №502918 от 24.12.2013 г.

Товарный знак «БОЛЬШАЯ СОСИСКА» № 502918 зарегистрирован в отношении товаров изделия колбасные; сосиски; сосиски в сухарях, относящихся к 29 классу Международного классификатора товаров и услуг.

Данный товарный знак зарегистрирован в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания 24.12.2013 г. за №502918, и представляет собой комбинированное изобразительное и словесное обозначение в цветовом сочетании: черный, белый, красный, зеленый, серый. На товарном знаке «БОЛЬШАЯ СОСИСКА» изображены четыре персонажа - сосиски, каждый со своим характером, выраженным через мимику и предметы одежды (кастрюля на голове у крайнего слева персонажа, поварской колпак на голове третьего слева персонажа и повязка на голове у крайнего справа персонажа), у каждого персонажа в руках различные предметы, отражающие способ приготовления или употребления продукта (вилка, нож-тесак, шампур). Наименование продукта «БОЛЬШАЯ СОСИСКА» выполнено крупным шрифтом в контрастном черно-белом исполнении, наименование продукта расположено в нижней части изображения под изображением персонажей.

Представителями ООО «Сибирская продовольственная компания» в ходе проведения проверки торговых точек с целью выявления наличия на рынке города Новосибирска и Новосибирской области продукции, нарушающей принадлежащие Обществу исключительные права на использование товарных знаков, было выявлено, что Общество с ограниченной ответственностью «Торговая Площадь» (г. Новосибирск, Красный проспект, д. 220) производит, а Общество с ограниченной ответственностью Торговый Дом «Торговая площадь» (г. Новосибирск, Красный проспект, д. 220, корпус 14) осуществляет продажу изделий колбасных вареных «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА», на упаковке которых содержится изображение, сходное до степени смешения с товарным знаком «БОЛЬШАЯ СОСИСКА» (№502918), исключительное право, на использование которого, принадлежит ООО «Сибирская продовольственная компания».

Как указывает заявитель, упаковка продукции «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА» имеет изображение персонажа - Сосиска с выраженной мимикой, на голове персонажа красная повязка со звездой, в правой руке - сковорода, в левой - нож-тесак, упаковка выполнена в черном, белом и зеленом цвете, надпись «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА» расположена в нижней части упаковки под изображением персонажа, выполнена большими белыми буквами на черном фоне. По мнению заявителя, слово «ЗДОРОВАЯ» в наименовании продукции обозначает слово «БОЛЬШАЯ», т.к. продукт по своей форме представляет сосиску большую, чем сосиска привычных для потребителя размеров. Указанные признаки упаковки продукции «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА» сходны до степени смешения с изображением Товарного знака «БОЛЬШАЯ СОСИСКА», зарегистрированного в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания 24.12.2013 г. за №502918.

Также заявитель указывает, что с «16» сентября 2015 года в эфире канала ТНТ запущена трансляция рекламного видеоролика «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА», в котором используется персонаж, изображенный на упаковке продукции «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА», а так же изображение упаковки продукции «БОЛЬШАЯ СОСИСКА», сходные до степени смешения с товарным знаком «БОЛЬШАЯ СОСИСКА»,

зарегистрированным в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания 24.12.2013 г. за №502918.

Указанный рекламный видеоролик выложен в сеть Интернет на портале <http://www.youtube.com> (http://www.youtube.com/watch?v=G9CBye_8ecE): видео под названием «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА!».

На основании изложенного заявитель просит признать действия Общества с ограниченной ответственностью «Торговая площадь» и Общества с ограниченной ответственностью Торговый Дом «Торговая площадь» выразившиеся во введении в оборот продукции «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА» с использованием товарного знака, сходного до степени смешения с товарным знаком «БОЛЬШАЯ СОСИСКА», зарегистрированным в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания 24.12.2013 г. за № 502918, недобросовестной конкуренцией, и привлечь указанные Общества к административной ответственности, предусмотренной ч. 2 ст. 14.33 КоАП РФ.

Также, 03.11.2015г. в адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление ООО «Сибирская продовольственная компания» (вх. № 10100) по факту распространения ООО «Торговая площадь» продукта «ЗДоровая сосиска», с содержанием на упаковке, в том числе следующей информации: «без химозы и разбухателей».

Как указывает заявитель, информация, содержащаяся на упаковке, дает потребителю понять, что данная продукция произведена полностью из натуральных ингредиентов, не содержит консервантов, стабилизаторов и прочих пищевых добавок, употребление продукции «ЗДоровая сосиска» приносит организму потребителя пользу, положительно влияет на состояние его здоровья. В тоже время, в составе продукта «ЗДоровая сосиска» содержатся такие ингредиенты, как фиксатор окраски нитрит-натрия, стабилизаторы (фосфаты пищевые), аскорбат натрия, ацетат натрия, производимые путем химического синтеза.

Из состава продукции «ЗДоровая сосиска», указанного на обратной стороне упаковки, так же следует, что при производстве указанного продукта, были использованы клетчатка и белок животный говяжий. Данные вещества, как указывает заявитель, хоть и являются веществами натурального происхождения, обладают большой гигроскопичностью (способностью впитывать влагу), при взаимодействии с влагой значительно увеличиваются в объемах (разбухают), при этом хорошо удерживают влагу. Животный белок так же является заменителем мясного сырья. И клетчатка, и животный белок используются в производстве колбасных изделий для увеличения объема готовой продукции. Для указанной цели при производстве продукции «ЗДоровая сосиска» так же использовались пищевые фосфаты.

На основании изложенного, заявитель полагает, что указание на упаковке продукции «ЗДоровая сосиска» фразы «без разбухателей» так же является введением потребителя в заблуждение в отношении потребительских свойств и качества товара.

По результатам рассмотрения заявлений Новосибирским УФАС России возбуждено дело № 06-01-64-14-15 в отношении ООО «Торговая площадь».

02.02.2016г. на рассмотрении дела Комиссией Новосибирского УФАС России представителем заявителя ООО «Сибирская продовольственная компания» заявлено ходатайство о привлечении в качестве второго ответчика - ООО ТД «Торговая площадь».

В ходатайстве общество указывает, что согласно Разделу VI Договора о создании простого товарищества (договор о совместной деятельности) №01-26-15 от 01.09.2015 г. целью совместной деятельности Товарищей является получение прибыли путем распределения прибыли между товарищами. Согласно Разделу X указанного Договора Товарищи отвечают солидарно по всем общим обязательствам, независимо от оснований их возникновения.

Разделом III указанного Договора предусмотрено, что ООО «Торговая площадь» отвечает за производство товаров (продукции), а ООО ТД «Торговая площадь» отвечает за реализацию товара, организацию закупок, маркетинг, логистику и т.д.

Таким образом, ООО «Сибирская продовольственная компания» полагает, что нарушение антимонопольного законодательства, послужившее основанием для подачи заявлений № 8841 от 23.09.2015 г. и № 10100 от 03.11.2015 г., допущено двумя лицами: ООО «Торговая площадь» и ООО ТД «Торговая площадь» в ходе их сотрудничества в рамках Договора о создании простого товарищества (договор о совместной деятельности) №01-26-15 от 01.09.2015 г.

Данное ходатайство было удовлетворено Комиссией Новосибирского УФАС России.

При рассмотрении данного дела установлено следующее.

В силу п. 7 ст. 4 ФЗ от 26.07.2006г. №135-ФЗ «О защите конкуренции», конкуренция - соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Согласно п. 5 ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции», хозяйствующий субъект - коммерческая организация, некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации.

В соответствии с п.9 ст.4 ФЗ «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 представленной информации (вх.1691 от 26.02.16г.) ООО «Сибирская продовольственная компания» в 2015 году осуществляло деятельность по производству мяса и мясопродуктов, которой соответствуют следующие коды по ОКВЭД: 15.1 — производство мяса и мясопродуктов, 15.13 - производство продуктов из мяса и мяса птицы, а также занималось оптовой и розничной торговлей продуктами из мяса и мяса птицы (ОКВЭД: 51.32.2 - оптовая торговля продуктами из мяса и мяса птицы; 52.22.2 - розничная торговля продуктами из мяса и мяса птицы).

ООО «Торговая площадь» (вх. № 1691 от 26.02.16г.) в 2015 году занималось переработкой и производством мясопродуктов (включая колбасные изделия) (ОКВЭД 15.1 - производство мяса и мясопродуктов, 15.13 - производство продуктов из мяса и мяса птицы).

ООО ТД «Торговая площадь» (вх. № 1691 от 26.02.16г.) осуществляло реализацию мясопродуктов в соответствии с кодом ОКВЭД 51.32.2 - оптовая торговля продуктами из мяса и мяса птицы.

Для осуществления деятельности на рынках по производству и реализации продуктов из мяса и мяса птицы между ООО «Торговая площадь» и ООО ТД «Торговая площадь» 01.09.2015г. заключен договор о совместной деятельности, в рамках которого ООО «Торговая площадь» занимается производством мяса и мясопродуктов, а ООО ТД «Торговая площадь» осуществляет реализацию вышеназванной продукции.

Согласно данному договору ООО ТД «Торговая площадь» получает полномочия на ведение дел в товариществе и, следовательно, вправе давать другому хозяйственному обществу обязательные для исполнения указания, что свидетельствует о том, что ООО «Торговая площадь» и ООО ТД «Торговая площадь» составляли между собой группу лиц по состоянию на 23.09.2015г. в соответствии с п.3 ст.9 ФЗ «О защите конкуренции».

Из информации, представленной участниками дела (вх. № 1784 от 01.03.2016г., вх. № 1691 от 26.02.16г.) следует, что в исследуемый период времени производство продуктов из мяса и мяса птицы осуществлялось в Новосибирской области (г.Новосибирск). Реализация продуктов из мяса и мяса птицы производилась как оптом, так и в розницу в различных субъектах РФ, в том числе в Новосибирской области, что говорит о межрегиональном характере исследуемого рынка. В связи с тем, что Новосибирское УФАС России осуществляет контроль соблюдения антимонопольного законодательства на территории Новосибирской области, границы вышеназванных рынков определены территорией Новосибирской области.

Исходя из вышеизложенного, следует, что ООО «Сибирская продовольственная компания» (ИНН 5405200166) и ООО «Торговая площадь» (ИНН 5402131490) в 2015 году являлись конкурентами на рынке по производству продуктов из мяса и мяса птицы в границах Новосибирской области (г.Новосибирск), а ООО «Сибирская продовольственная компания» (ИНН 5405200166) и ООО ТД «Торговая площадь» (ИНН 5402499928) в 2015 году являлись конкурентами на рынке реализации продуктов из мяса и мяса птицы в границах Новосибирской области.

ООО «Торговая площадь» и ООО ТД «Торговая площадь» составляли между собой

группу лиц по состоянию на 23.09.2015г. в соответствии с п.3 ст.9 ФЗ «О защите конкуренции».

Новосибирским УФАС России, в целях установления фактических обстоятельств дела, был направлен запрос об оказании содействия в Федеральную службу по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (исх. № 06-10763 от 27.10.2015г.).

Согласно информации, представленной Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (вх. № 11606 от 16.12.2015г.), товарный знак по свидетельству № 502918 (правообладатель - ЗАО «КВЭСТО», г. Новосибирск) представляет собой комбинированное обозначение с изобразительным элементом в виде стилизованных изображений четырех персонажей по форме напоминающих сосиски, выполненных в мультипликационной манере с глазами и ртом в головных уборах с кухонными принадлежностями в ручках, и словесным элементом «БОЛЬШАЯ SOSИСКА», выполненным оригинальным шрифтом белыми буквами цветом на фоне черного прямоугольника. Словесный элемент «SOS» выполнен белыми буквами на красном фоне.

Лицензионный договор о предоставлении ООО Торговый дом «Торговая площадь» права использования товарного знака по свидетельству № 502918 Роспатентом не регистрировался.

В результате проведенного исследования Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам установлено, что представленное обозначение является сходным с товарным знаком по свидетельству № 502918. В силу наличия сходных изобразительных элементов в виде персонажей, по форме напоминающих сосиски, сходного композиционного расположения изобразительных и словесных элементов «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА» и «БОЛЬШАЯ SOSИСКА» и сходного цветового сочетания существует вероятность смешения сравниваемых обозначений для части потребителей.

Также Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам сообщает, что ООО «Сибирская продовольственная компания» предоставлено право использования товарного знака по свидетельству № 502918 на основании лицензионного договора от 13.11.2014г. № РД0161491 (исключительная лицензия на срок действия исключительного права на товарный знак по свидетельству на территории Российской Федерации). На упаковке товара ООО «Сибирская продовольственная компания» использует товарный знак по свидетельству № 502918 с изменениями в цветовом сочетании, в расположении словесного элемента «БОЛЬШАЯ SOSИСКА», а также со словесным элементом «BIGSOS», выполненном на красном фоне в овале.

17.11.2015г. в адрес Новосибирского УФАС России ООО «Сибирская продовольственная компания» представлены маркетинговые исследования (вх. № 10575), проведенные компанией в ноябре 2015г., согласно которым путем личного интервью был проведен опрос жителей г. Новосибирска в количестве 1218 человек, которые покупали колбасные изделия в течение последнего месяца, отвечают за покупку продуктов питания в своей семье.

Проведенное исследование показало, что большая часть опрошенных (69,2%) считает, что упаковки сосисок «Большая SOSиска» и «ЗДоровая Сосиска» похожи между собой по внешнему виду.

Кроме того, не менее половины (58,3%) считают, что названия этих сосисок похожи между собой по звучанию. А также (56,3%) похожи между собой по смыслу.

45,8% (около половины) опрошенных потребителей колбасных изделий ответили, что могли бы по ошибке приобрести одну упаковку сосисок, спутав её с другой. При этом, в основном, причиной ошибки в равной степени может служить как случайность (для трети покупателей, 29,6%), так и схожесть упаковок (также для трети покупателей, 28,4%).

На прямой вопрос - смогут ли они отличить одну упаковку сосисок от другой - 71,8% опрошенных ответили утвердительно. То есть люди уверены в своей способности различить их.

Однако, при последовательном показе респондентам ряда изображений сосисок в упаковке, половина (53,5%) респондентов перепутали изображение упаковки сосисок «Большая SOSиска» с изображением упаковки сосисок «ЗДоровая Сосиска». Из тех, кто ответил, что может отличить эти сосиски при покупке, половина (54,7%) также перепутали изображения.

В соответствии с Методическими рекомендациями по проверке заявленных обозначений на тождество и сходство, утвержденных Приказом Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам от 31 декабря 2009 г. № 197, обозначение считается сходным до степени смешения с другим обозначением, если оно ассоциируется с ним в целом, несмотря на их отдельные отличия. Сходство изобразительных и объемных обозначений определяется на основании следующих признаков: внешняя форма, наличие или отсутствие симметрии, смысловое значение, вид и характер изображений, сочетание цветов и тонов.

При определении сходства изобразительных и объемных обозначений наиболее важным является первое впечатление, получаемое при их сравнении. Именно оно наиболее близко к восприятию товарных знаков потребителями, которые уже приобретали такой товар. Поэтому, если при первом впечатлении сравниваемые обозначения представляются сходными, а последующий анализ выявит отличие обозначений за счет расхождения отдельных элементов, то при оценке сходства обозначений целесообразно руководствоваться первым впечатлением. Поскольку зрительное восприятие отдельного зрительного объекта начинается с его внешнего контура, то именно он запоминается в первую очередь. Поэтому оценку сходства обозначений целесообразно основывать на сходстве их внешней формы, не принимая во внимание незначительное расхождение во внутренних деталях обозначений. На сходство изобразительных и объемных обозначений влияет их смысловое значение. Одинаковое смысловое значение обозначений усиливает их сходство.

Сходство сочетаний цветов и тонов изобразительных и объемных обозначений может рассматриваться в качестве признака сходства. В некоторых случаях этот признак может быть основным, например, когда совокупность цветов составляет основу его композиции.

Как указывает ООО «Сибирская продовольственная компания», персонаж, изображенный на упаковке продукции «ЗДоровая сосиска», имеет сходную мимику с персонажем «Камикадзе», изображенным на ТЗ №502918, сходный с этим же персонажем головной убор (повязка на голове), кроме того персонаж, изображенный на упаковке продукции «ЗДоровая Сосиска», в левой руке держит нож-тесак, сходный с тем, какой нож держит персонаж «Повар», изображенный на зарегистрированном ТЗ №502918. Таким образом, по мнению Заявителя, персонаж «ЗДоровая сосиска» является собирательным образом персонажей, изображения которых зарегистрированы в составе ТЗ №502918.

Сходными до степени смешения помимо персонажей, являются так же цветовая гамма упаковки, контрастное черно-белое написание наименования продукта, белая окантовка верхней части дизайна упаковки, расположение персонажей и надписей относительно друг друга.

Все цвета ТЗ №502918 совпадают с цветовой гаммой дизайна упаковки «ЗДоровая Сосиска», а именно черный, белый, красный, зеленый и серый. Относительно коричневого цвета, присутствующего на упаковке «ЗДоровая сосиска» в качестве цвета персонажа, Заявитель поясняет следующее. Поскольку часть упаковки продукции «БОЛЬШАЯ SOSИСКА» является прозрачной, потребитель, видя упаковку готовой продукции «БОЛЬШАЯ SOSИСКА», воспринимает коричневый цвет - цвет сосисок, помещенных в упаковку, как часть дизайна.

На рассмотрении дела Комиссией Новосибирского УФАС России 11.03.2016г., представителем Заявителя были представлены дополнения, в которых общество отмечает следующее.

Упаковки продукции «Большая SOSиска» и продукции «ЗДоровая сосиска» имеют идентичную внешнюю форму, сходны по размеру, упаковки содержат по четыре сосиски, по своей форме, представляющие сосиски большие, чем сосиски привычных для потребителя размеров. С точки зрения цветовой гаммы упаковки являются практически идентичными, поскольку обе упаковки выполнены с использованием черного, белого, красного, зеленого и серого цветов. Упаковки имеют идентичную композицию. Персонажи «Большая SOSиска» представляют собой карикатурные изображения четырех сосисок. Персонаж «ЗДоровая сосиска» также представляет собой карикатурное изображение сосиски. Высокая степень сходства словесных обозначений «Большая SOSиска» и «ЗДоровая сосиска» обусловлена семантическим и графическим сходством составляющих элементов, а также использованием в их оформлении практически идентичных шрифтов и одинаковой цветовой гаммы.

Таким образом, по мнению Заявителя, указанные обозначения являются сходными до степени смешения, поскольку характеризуются высокой степенью композиционного и цвето-графического сходства за счет одинакового расположения в композиции упаковок (в нижней части), одинакового расположения входящих в их состав словесных обозначений по отношению к друг другу (написание наименования продукции в две строки, прилагательные «Большая» и «ЗДоровая» выше существительных «SOSиска» и «Сосиска» соответственно), а также их оформления сходными шрифтами (все буквы заглавные) в одинаковой цветовой гамме (контрастные белые буквы на черном фоне), в написании словесных обозначений присутствуют как латиница, так и кириллица («SOS» в наименовании «Большая SOSиска», «D» в наименовании

«ЗДоровая сосиска»).

Кроме того, Заявитель отмечает, что словесные элементы являются сходными до семантического критерия в силу того, что согласно пояснениям Ответчиков слово «Здоровая» употреблено с целью показать размер продукции, т.е. в значении «Большая».

Незначительные расхождения (наличие контуров персонажей, отсутствие на упаковке «Большая SOSиска» коричневого цвета) являются несущественными и не могут исключить риск смешения товаров в рассматриваемых упаковках потребителями, также способны создать у потребителей ощущение, что продукт изготовлен одним и тем же производителем, что потребитель имеет дело с «линейкой» продукции «BIGSOS» производства ООО «Сибирская продовольственная компания».

Заявитель начал реализовывать продукцию «Большая SOSиска», с дизайном упаковки, соответствующим Товарному знаку по свидетельству № 502918 раньше, чем Ответчики ввели в оборот упаковку продукции «ЗДоровая сосиска».

Заявителем были затрачены значительные средства на продвижение продукции «Большая SOSиска» и повышение её узнаваемости. На протяжении четырех лет продукт «Большая SOSиска» с дизайном упаковки, соответствующим товарному знаку по свидетельству № 502918, широко рекламировался в торговых сетях, средствах массовой информации и т.д. Для привлечения внимания потребителей к продукту «Большая SOSиска» с дизайном упаковки, соответствующим товарному знаку по свидетельству № 502918, заявителем проводились различные промо-акции. Ответчики же, по мнению Заявителя, вводя в оборот продукцию «ЗДоровая сосиска» с дизайном упаковки, сходной до степени смешения с дизайном упаковки «Большая SOSиска», на продвижение и повышение узнаваемости у потребителей которой в течение четырех лет Заявителем вкладывались значительные денежные средства, получил незаслуженное конкурентное преимущество на рынке, воспользовавшись узнаваемостью упаковки продукции Заявителя.

13.05.2016г. ООО «Сибирская продовольственная компания» дополнительно представлено заключение патентного поверенного Беловой В.И. от 12.05.2016г.

Согласно данному заключению, при сравнении зарегистрированного товарного знака по свидетельству № 502918 и упаковки продукта «ЗДоровая сосиска», отмечены следующие сходства и различия.

Признаки звукового сходства выражены слабо. Выявлены признаки графического (визуального) сходства. Присутствует смысловое (семантическое) сходство.

Согласно данному заключению, в сравниваемых обозначениях: используется одинаковая прямоугольная форма обозначений с вертикальным расположением изображений; сходные композиции упаковок: в верхней части упаковок расположены персонажи с кухонной утварью, в нижней части расположены черные плашки, содержащие основные словесные элементы, еще ниже находятся неосновные изобразительные элементы зеленого цвета; отсутствует симметрия;

сходное смысловое значение изображений: персонажи связаны с кухней, указывают на одинаковые товары, а именно сосиски; сходный вид и характер изобразительных элементов, представляющих собой стилизованное изображение сосисок в виде персонажей с кухонной утварью; цветовое сочетание одинаковое: черный, белый, зеленый цвета и одинаковый прозрачный фон упаковки.

При этом эксперт обращает внимание на различное количество персонажей в изобразительных элементах сравниваемых обозначений: четыре в товарном знаке по свидетельству № 502918 и один в обозначении, находящемся на упаковке продукта ООО «Торговая площадь». А также на то, что в товарном знаке по свидетельству № 502918 использован оригинальный прием: отрисованы отдельные элементы персонажей, целостный сюжет изображения появляется при заполненной сосисками упаковке. В обозначении, находящемся на упаковке продукта ООО «Торговая площадь», отрисовано изображение сосиски.

В качестве выводов, патентный поверенный Белова В.И. отмечает следующее. В силу высокой степени сходства смыслового значения изобразительных элементов, а также их вида и характера, сходство изобразительных элементов присутствует в сравниваемых обозначениях. Возникновение смешения для потребителей при первом общем впечатлении, получаемом от обозначения, находящегося на упаковке продукта ООО «Торговая площадь», и товарного знака «Большая SOSиска» по свидетельству №502918 возможно.

19.11.2015г. Новосибирским УФАС России был сделан запрос в ООО «Торговая площадь» (исх. № 06-11644) по заявлению № 10100, касательно содержащейся на упаковке товара «ЗДоровая сосиска» информации о том, что продукция «100% настоящая», «без химозы и разбухателей». В ответ на данный запрос (вх. № 11513 от 15.12.2015г.) ООО «Торговая площадь» поясняет, что упаковка указанного товара имеет надпись «100% настоящая» при этом стилистика оформления указанного элемента указывает на следующее: доминирующим элементом оформления упаковки является изображение анимированного (одушевленного) натуралистического и стилизованного продукта - сосиски («ЗДоровая сосиска»). Персонаж имеет узнаваемые черты, выражает эмоции через вербальные элементы оформления упаковки и при помощи выразительной и специфической конфигурации мышечных движений лица (мимики).

Надпись «100% настоящая» оформлена (содержится) в рамках так называемой диалоговой пиктограммы - графического приема, используемого в технике рисования мини-сцен для анимированных персонажей (комиксов, лозунгов) и выражает принадлежность части диалога (монолога) тому или иному персонажу.

«Настоящий» - образцовый, наиболее полно показывающий, каким должен быть объект данного класса.

Производитель поместил надпись «100% настоящая» на упаковку, как заявление («монолог») анимированного персонажа об изготовлении продукта по форме, соответствующего Национальному стандарту РФ «Промышленность мясная. Продукты пищевые. Термины и определения» ГОСТ Р 52427-2005, который в п.117 указывает: «117. СОСИСКИ: вареное колбасное изделие, имеющее цилиндрическую или удлиненно-овальную форму, диаметром или поперечным размером не более 30 мм, длиной не более 300 мм, предназначенное для употребления в пищу преимущественно в горячем виде; отклонение размеров от

типовых значений +/- 4 мм».

Производителем при формировании рецептуры и технологии изготовления учтено, что сосиска подлежит термической обработке - варке, в связи с чем не должна утрачивать заявленные свойства по форме, либо изменять форму в результате термического воздействия, либо увеличиваться сверх обозначенных размеров.

Продукт «ЗДоровая сосиска» не увеличивается в размерах после варки, сохраняет цилиндрическую (прямую) форму, не имеет термических разрывов оболочки, в связи с чем смысловое содержание термина «100% настоящая» - это близость к эталону, требованиям законодательства относительно формы и изменения размеров данного продукта.

ООО «Торговая площадь» полагало необходимым ввести новый маркетинговый термин, который помог бы потребителю ориентироваться в следующем:

- в признаках замены мяса альтернативными сырьевыми компонентами, придающими объем при варке продукта, либо поддерживающим пористую структуру продукта;
- в признаках, по которым потребитель может самостоятельно без наличия специальных знаний или производства пищевой экспертизы оценить случаи такой замены альтернативными сырьевыми компонентами.

Такой маркетинговый термин, согласно пояснениям ООО «Торговая площадь», должен был отвечать по смыслу вышеуказанным признакам, как возможность оценить действия производителя по созданию мясосодержащего продукта, дифференцировать такой продукт от конкурентов, которые допускают замену мяса альтернативными сырьевыми компонентами.

Согласно определений толковых словарей Ожегова, Кузнецова таким действиям, как «прохиндействовать, мошенничать, хитрить, мухлевать, пройдошничать, обманывать, ловчить, жульничать» соответствует глагол «химичить».

Как указывается в пояснении, в маркетинге заявление производителя о качестве отражается без использования глагольных форм путем использования существительных.

Отделом маркетинга ООО «Торговая площадь» принято решение о размещении элемента на упаковке товара - неологизма, отражающего добросовестное поведение производителя, не допускающего «мошенничества, жульничества, хитрости» и т.п. в части замены мяса альтернативными сырьевыми компонентами. В результате этого путем семантической деривации, окказионализма было сгенерировано словосочетание «Без химозы и разбухателей», как отражающего посыл производителя «без мошенничества, без замены мясных компонентов», о чем потребитель может убедиться после приобретения и приготовления продукта: сосиски «ЗДоровая сосиска».

Слова «Химоза», «Разбухатели» являются неологизмами, либо словами с неустоявшимся значением. В частности, интернет запросы выдают различные ответы: 1) «дешевый слабоалкогольный коктейль», «учитель химии». Значение слова является разнонаправленным, может обозначать (1) низкое качество, (2) профессию, однако в настоящее время не является устойчивой речевой единицей

(не входят в основной словарный запас русского языка), а также не могут быть определены с помощью законодательства, либо при помощи толкового словаря.

По мнению ООО «Торговая площадь», только после перехода использованных неологизмов в устойчивую область русского языка, позволит применять соответствующие меры правового регулирования со стороны Новосибирского УФАС России.

Относительно довода заявителя «дает потребителю понять, что данная продукция произведена полностью из натуральных ингредиентов» ООО «Торговая площадь» указывает на следующее:

- в правовом регулировании, в Интернет-пространстве отсутствует однозначное смысловое содержание неологизмов «без химозы и разбухателей», соответствующее смыслу, придаваемому заявителем. Напротив, ООО «Торговая площадь» в настоящих пояснениях разъясняет порядок и причины (источники) образования данного неологизма от слова «химичить», предлагает потребителя оценить честный продукт «без жульничества».

- на упаковке товара отсутствует заявление производителя «100% натуральный»;

- маркировка продукта на упаковке соответствует требованиям Технического регламента ТС «О безопасности мяса и мясной продукции» (утв. Решением СЕЭК от 9 октября 2013 г. N 68 (раздел XI. Требования к маркировке продуктов убоя и мясной продукции);

- маркировка продукта на упаковке соответствует Требованиям Технического регламента ТС «Пищевая продукция в части ее маркировки» (утв. Решение СЕЭК от 9 декабря 2011 г. N 881), в частности в соответствии со ст.4 указано наименование пищевой продукции; состав пищевой продукции; количество пищевой продукции и т.д.

Таким образом, по мнению ООО «Торговая площадь», сам по себе неологизм в силу новизны (как словарной единицы) включает поисковую активность потребителя и заставляет обратить внимание на состав, который полностью воспроизведен на упаковке товара и доступен для прочтения покупателями.

ООО «Сибирская продовольственная компания» представлен ряд возражений на позицию ООО «Торговая площадь». Заявитель не согласен с доводами Ответчика о том, что слова «настоящий» и «натуральный» имеют разное лексическое значение. Слова «настоящий» и «натуральный» в сознании рядового потребителя могут являться синонимами.

В своих пояснениях относительно элемента упаковки «БЕЗ ХИМОЗЫ И РАЗБУХАТЕЛЕЙ» Ответчик ссылается на высказывания экспертов, выступавших в популярных телевизионных программах в области потребительской экспертизы. Согласно приведенным Ответчиком высказываниям, результатом «Замены мяса альтернативными сырьевыми продуктами» в сосисках, является непропорциональное изменение формы продукта, значительное увеличение его в размерах. В качестве примера альтернативных сырьевых продуктов Ответчик приводит такие продукты, как соя и крахмал.

Вместе с тем, ООО «Сибирская продовольственная компания» отмечает, что в производстве колбасных изделий в последние несколько лет намечается тенденция замены таких ингредиентов как соя и крахмал, более натуральными белками различного происхождения и клетчаткой, которые в свою очередь так же являются альтернативными сырьевыми продуктами, используемыми в колбасной промышленности, в том числе для замены мясного сырья с целью увеличения объема продукции.

Таким образом, Ответчик, говоря о том, что результатом замены в сосисках мяса альтернативными сырьевыми продуктами является «разбухание» продукции, и указывая при этом в составе продукции «ЗДоровая сосиска» таких ингредиентов, как «клетчатка» и «говяжий животный белок», подтверждает позицию, изложенную ООО «Сибирская продовольственная компания» в Заявлении о недобросовестной конкуренции (№10100 от 03.11.2015 г.) о том, что указание на упаковке продукции «ЗДоровая сосиска» фразы «без разбухателей» является введением потребителя в заблуждение в отношении потребительских свойств и качества товара, что в свою очередь является недобросовестной конкуренцией.

В отношении доводов Ответчика по поводу использования на упаковке продукции «ЗДоровая сосиска» фразы «без химозы», ООО «Сибирская продовольственная компания» отмечает следующее.

Рядовой потребитель колбасных изделий не знаком с правилами маркетинга, согласно которому заявления производителя о качестве продукции отражается путем использования существительных, без использования глагольных форм. В сознании рядового потребителя слово «химоза» (фантазийное существительное) ассоциируется именно с существительным «химия», а не с глаголами «прохиндействовать», «пройдошничать» и т.д.

По мнению Заявителя, если согласиться с позицией Ответчика, что выражение «без химозы» означает «без мошенничества», тогда возникает вопрос о недобросовестности других производителей колбасных изделий, занимающихся мошенничеством при их производстве. Таким образом, ООО «Сибирская продовольственная компания» считает, что использование на упаковке продукции «ЗДоровая сосиска» фразы «без химозы» в значении «без жульничества» является так же некорректным сравнением, которое в свою очередь является актом недобросовестной конкуренции.

Довод Ответчика о том, что Новосибирское УФАС России не может применить меры правового регулирования в отношении Ответчика за указание им на упаковке продукции «ЗДоровая сосиска» фразы «БЕЗ ХИМОЗЫ И РАЗБУХАТЕЛЕЙ» в виду того, что слова «химоза» и «разбухатель» являются неологизмами, представляется Заявителю несостоятельным по следующим причинам.

Согласно ч. 1 ст. 10. Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей», изготовитель (исполнитель, продавец) обязан своевременно предоставлять потребителю необходимую и достоверную информацию о товарах (работах, услугах), обеспечивающую возможность их правильного выбора. Согласно ч. 1 ст. 4.12. Технического регламента Таможенного союза "Пищевая продукция в части ее маркировки", маркировка пищевой продукции должна быть понятной, легкочитаемой, достоверной и не вводить в заблуждение потребителей (приобретателей).

На основании указанного, ООО «Сибирская продовольственная компания» считает, что в случае, когда производитель принимает решение об указании на упаковке продукции слов неологизмов, он одновременно должен объяснять рядовому потребителю, что значат эти слова, для исключения ошибок в толковании потребителями неологизмов и как следствие осуществления неправильного выбора. В рассматриваемом случае этого производителем не сделано.

27.01.2016 года Ответчик предоставил в материалы дела №06-01-64-14-15 образец упаковки продукции «ЗДоровая сосиска», в частности наклейку, размещаемую на лицевой стороне упаковки, и термо-чек, размещаемый на оборотной стороне упаковки.

После сравнения представленных ранее Заявителем фотоизображений упаковки «ЗДоровая сосиска», и изображений упаковки «ЗДоровая сосиска», представленных Ответчиком, ООО «Сибирская продовольственная компания» обнаружены различия в информации, содержащейся на термо-чеке, размещаемом на оборотной стороне упаковки. В частности производителем добавлена фраза «*без содержания вредных искусственных добавок и увеличителей размера».

ООО «Сибирская продовольственная компания» отмечает, что несмотря на то, что не совсем ясно, к чему относится данная сноска под знаком «*», логичным представляется, что фраза «*без содержания вредных искусственных добавок и увеличителей размера» является расшифровкой фразы «без химозы и разбухателей», указанной на лицевой стороне упаковки продукции «ЗДоровая сосиска».

Необходимо отметить, что фраза «*без содержания вредных искусственных добавок и увеличителей размера» появилась на упаковках продукции «ЗДоровая сосиска», произведенных в январе 2016 года (по наблюдениям Заявителя).

Таким образом, Ответчик расшифровывает понятие «химоза» как «вредная искусственная добавка», что подтверждает позицию Заявителя о том, что «химоза» ассоциируется у потребителя именно с компонентом ненатурального происхождения, полученных с помощью химического синтеза.

Кроме того, как указывает Заявитель, сообщая потребителю, что его продукция не содержит вредных искусственных добавок, Ответчик сообщает о естественных свойствах продукции, как о свойстве присущем именно этому продукту (классический пример такого использования: растительное масло без холестерина). Вместе с тем, использование в производстве колбасных изделий вредных искусственных добавок недопустимо, Заявитель с большой долей уверенности может утверждать, что продукция, содержащая в себе вредные искусственные добавки попросту не будет выпущена в оборот, т.к не пройдет процедуру подтверждения качества продукции. Указание на отсутствие в продукции «вредных искусственных добавок» является заявлением о преимуществе качества указанного продукта, что в свою очередь является способом некорректного сравнения, т.е. актом недобросовестной конкуренции. Расшифровка Ответчиком слова «разбухатель» как «увеличитель размера» так же подтверждает позицию Заявителя, изложенную в заявлении о недобросовестной конкуренции №10100 от 03.11.2016 г. Указание на упаковке продукции «ЗДоровая сосиска» фразы «без разбухателей» (увеличителей размера) в совокупности с

указанием в составе до января 2016 г. клетчатки и белка животного говяжьего, после января 2016 г. только белка животного говяжьего, которые являются альтернативными сырьевыми продуктами - заменителями мяса, используемыми для увеличения объема продукции, является введением в заблуждение в отношении потребительских свойств и качества, т.е. недобросовестной конкуренцией.

Указание на упаковке продукции «ЗДоровая сосиска» таких слов как «ПОЛЕЗНО», «ЗДОРОВАЯ», «НАСТОЯЩАЯ», «БЕЗ ХИМОЗЫ (вредных искусственных добавок) и РАЗБУХАТЕЛЕЙ (увеличителей размера)» является введением в заблуждение в отношении потребительских свойств и качества продукции. Указанная продукция не является приносящей пользу здоровью потребителя, не влияет положительно на состояние здоровья потребителя, не изготовлена только из натуральных компонентов, содержит в себе вещества ненатурального происхождения и компоненты, заменяющие мясное сырье.

Относительно наличия на упаковке товара «ЗДоровая сосиска» информации о том, что продукция «без химозы и разбухателей», Комиссия Новосибирского УФАС России отмечает, следующее.

Слово «химоза» является однокоренным производным неологизмом от слова «химия». Следовательно, у среднестатистического потребителя, данный неологизм будет ассоциироваться с химией и с ингредиентами, входящими в состав данного продукта, созданными химическим путем. Соответственно, у потребителя может сложиться впечатление, что данная продукция состоит из натуральных ингредиентов, без использования компонентов, созданных химическим путем.

При этом, на упаковке продукта указано, что в состав входят следующие ингредиенты: фиксатор окраски нитрит-натрия, стабилизаторы (фосфаты пищевые), аскорбанат натрия, ацетат натрия, не являющиеся веществами естественного (природного) происхождения, производимые путем химического синтеза.

В силу п. 1 ст. 14.2 ФЗ «О защите конкуренции», не допускается недобросовестная конкуренция путем введения в заблуждение, в том числе в отношении качества и потребительских свойств товара, предлагаемого к продаже, назначения такого товара, способов и условий его изготовления или применения, результатов, ожидаемых от использования такого товара, его пригодности для определенных целей.

27.01.2016г., в ответ на Определение от 23.12.2015г. о назначении дела к производству, ООО «Торговая площадь» представлены документы, согласно которым Общество поясняет следующее.

ООО «Сибирская продовольственная компания» не имеет в составе ТЗ № 502918 зарегистрированного элемента «изображение сосиски». Упаковка заявителя в качестве промышленного образца не зарегистрирована (ст. 1352 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ).

Определение: СОСИСКИ - вареное колбасное изделие, имеющее цилиндрическую или удлиненно-овальную форму, диаметром или поперечным размером не более 30 мм, длиной не более 300 мм, предназначенное для употребления в пищу

преимущественно в горячем виде; отклонение размеров от типовых значений +/- 4 мм. (ГОСТ Р 52427-2005).

Согласно статье 6. quinquies Конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 года, каждый товарный знак, надлежащим образом зарегистрированный в стране происхождения, может быть заявлен в других странах Союза и охраняется таким, как он есть. Заявитель (ООО «Сибирская продовольственная компания») истребует защиты права не в том виде, в котором оно зарегистрировано и передано в рамках лицензионного договора.

В соответствии с п.2.5. Лицензионного договора на использование товарного знака от 03.06.2014 г. Лицензиату (ООО «Сибирская продовольственная компания») предоставлено право на изменение отдельных элементов ТЗ без изменения его существа. Таким образом, заявителю не предоставлено право изменения фантазийных героев на натуралистические изображения продукта в рамках лицензионного договора, как изменяющие его существо.

Правообладатель по товарному знаку № 502918 (ЗАО «КВЭСТО») как описано в заявке № 2012715482 на регистрацию товарного знака указывал «...в верхней половине заявленного обозначения расположены фантазийные стилизованные изображения четырех персонажей. Центральное место занимает изобразительный элемент в виде четырехугольника черного цвета. Заявленное изображение в целом является фантазийным». Таким образом, правообладатель при регистрации ТЗ № 502918 не имел намерений по регистрации изображения сосиски.

Ни одно изображение в ТЗ № 502918 не обладает чертами персонажа по смыслу, придаваемому ему законодательством.

Законодательством (ГОСТ Р 52427-2005; ГОСТ Р 52428-2005) определена форма продукта - сосиски, то есть прототип (прообраз, форма) продукта, послуживший материалом для создания изображения «ЗДоровая сосиска», что препятствует получению исключительных прав на такое изображение и предъявления требований о невозможности его (изображения) переработки.

В продукции заявителя ООО «Сибирская продовольственная компания» присутствует явное несоответствие семантической части (текста) и изображений «персонажей» (наименование «Большая SOSИСКА» в единственном числе не соотносится по смыслу с множественностью персонажей (4 персонажа, ни один из персонажей не выделен по размеру и форме в сравнении с остальными), в связи с чем ни один не является «Большой SOSиской» (как персонаж).

Товарный знак № 502918 не содержит изображения увеличенного в размерах продукта - сосиски (упаковки заявителя также не содержат как такового изображения «Большая сосиска»), в связи с чем довод заявителя о тождестве терминов «Большая» и «Здоровая» является видом логической ошибки «выдача желаемого за действительное, повлекшее необоснованные требования.

Слово «Здоровая» является самостоятельной смысловой единицей русского языка, содержит эмоциональную окраску в связи с желанием показать размер, используется в просторечии, является омонимом в зависимости от контекста, придаваемого носителем речи. Слово «Большая» не является омонимом.

Слово «Сосиска» не является охраноспособным (п.п.4 п.1 ст.1483 ГК РФ), в связи с чем не может указывать на сходство до степени смешения.

Товарный знак № 502918 и изображение «3Дорвая сосиска» различны:

- по цветовому решению (сочетанию цветов);
- описанию изобразительных элементов;
- по доминирующим цветам;
- виду и характеру изображений;
- смысловому значению.

Наименование «SOSиска» является окказионализмом (сочетание английского слова SOS и части «иска»), расположено в красно-черном цветовом сочетании, в связи с чем не может являться тождественным по восприятию (по степени похожести) со словом «Сосиска», указанным в кириллическом варианте.

Как указывает ООО «Торговая площадь», решением ФИПС (Роспатента) о принятии к рассмотрению заявки ООО «Торговая площадь» на государственную регистрацию товарного знака (знака обслуживания) по заявке № 2015727491 (дата подачи заявки 31.08.2015) спорное изображение принято к экспертизе, в связи с чем ООО «Торговая площадь» действует на товарном рынке добросовестно.

Имеющаяся справка ФИПС по запросу Новосибирского УФАС России от 27.10.2015 г. № 06-10763 не имеет правового значения, по мнению ООО «Торговая площадь», в виду следующего:

- специалистом ФИПС указано «Товарный знак № 502918» ...в виде стилизованных изображений четырех персонажей по форме, напоминающих сосиски»,

«на представленной в запросе упаковке товара ООО «СИБИРСКАЯ ПРОДОВОЛЬСТВЕННАЯ КОМПАНИЯ...».

Между тем на указанном товарном знаке № 502918 отсутствует изображение сосисок (по описанию что из себя представляет такой продукт, как указано в ГОСТ Р 52427-2005), их форма, либо иные элементы, позволяющие объективно воспринимать изображенных персонажей в качестве сосисок, что явилось подменой тезиса при доказательстве сходства. Эксперт ФИПС в нарушение требований статьи 6.quinquies Конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 года исследовал изображение упаковки товара, а не охраняемый товарный знак, что повлекло необъективный вывод.

Также ООО «Торговая площадь» поясняет следующее. Заявителем (ООО «Сибирская продовольственная компания») в материалы дела представлен Договор об оказании услуг № 1-03/2014 от 24.03.2014 г. в доказательство исключительных прав на изображения. Вместе с тем, заявитель не является владельцем исключительных прав на персонаж «Анимированная («оживленная») сосиска» в связи с ранее (до даты регистрации товарного знака № 502918)

опубликованными аналогичными изображениями, использованием изображений анимированной сосиски на упаковках товаров (примеры ниже).

Охрана изображению на упаковках может быть предоставлена при следующем юридическом составе:

- если заявитель докажет, что персонаж (изображение) было создано творческим трудом, является оригинальным и ему (заявителю) принадлежат исключительные права на изображение (ст.ст. 1228-1229 ГК РФ),
- если заявитель докажет, что нарушителем используется изображение, являющееся результатом переработки зарегистрированного товарного знака, при этом перерабатываемое изображение должно узнаваемо воспроизводиться в результате переработки (изображение сосиски перерабатывается в изображение другой сосиски, сохраняя узнаваемость исходного изображения).

Вместе с тем, из анализа текста заявления ООО «Сибирская продовольственная компания» следует, что товарный знак № 502918, по мнению заявителя, был переработан с заимствованием отдельных элементов: персонажа, столовых предметов, одежды, то есть в целом товарный знак не воспроизводится. Следовательно, заявитель основывает свои требования на нарушении исключительных прав на изображение. Однако, термин «сходство до степени смешения» не применяется при истребовании защиты в области авторских прав и в рамках настоящего антимонопольного разбирательства, в том числе надлежит установлению является ли созданный персонаж, аудиовизуальное произведение оригинальным, то есть не является переработкой ранее известных на рынке образов (персонажей).

В связи с чем, изложенные требования не основаны на законодательстве в области защиты конкуренции.

В соответствии со статьей 6. quinquies Конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 года, каждый товарный знак, надлежащим образом зарегистрированный в стране происхождения, может быть заявлен в других странах Союза и охраняется таким, как он есть, с оговорками, указанными в данной статье".

Как отмечает ООО «Торговая площадь», на основе сложившейся российской судебной практики вышеуказанное означает, что товарный знак охраняется в том виде, в котором он зарегистрирован. При заявлении довода о защите товарного знака и нарушения его использования путем введения в гражданский оборот дизайнов, сходных до степени смешения, следует производить сравнение зарегистрированного товарного знака, а не результат существенной переработки такого товарного знака со стороны правообладателя.

Как указывалось, охрана изображению сосиски в составе товарного знака № 502918 для ООО «Сибирская продовольственная компания» не предоставлялась.

Кроме того, ООО «Торговая площадь» представило сравнительную таблицу, в которой излагает свою позицию относительно схожести рассматриваемых изображений.

Так, ООО «Торговая площадь» указывает, что в изображении ТЗ № 502918

отсутствуют изображения анимированного (одушевленного) натуралистического или стилизованного продукта (сосисок) в составе изобразительных элементов зарегистрированного товарного знака № 502918. В указанном зарегистрированном товарном знаке использованы изображения столовых приборов, глаз, улыбок фантазийных персонажей, однако сами изображения не могут быть определены как изображения сосиски, либо конкретизированы как персонажи.

Доминирующим цветом изображений на рассматриваемом товарном знаке является серый (занимает более 50% площади). Изображение имеет значение только в целостном ансамбле, составляющем композицию на упаковке продукта. Для доминирующих элементов в изображении товарного знака не использован коричневый (красный) цвет и их оттенки, то есть характерный признак для колбасных изделий, как группы товаров.

В соответствии с практикой Суда по интеллектуальным правам (далее – СИП), авторские права распространяются на персонаж произведения, если по своему характеру он может быть признан самостоятельным результатом творческого труда. Переработка персонажа понимается создание нового производного персонажа на основе характерных черт изначального. Основное значение имеют характерные отличительные признаки, легко узнаваемые всеми: имя, внешний вид и иные символы, позволяющие узнавать героя визуального произведения, формирующие его образ. Институт авторского права не оперирует категорией сходства до степени смешения.

Изображение базовых эмоций является общепринятым художественным приемом и не является признаком оригинальности произведения. При воспроизведении изображения эмоций выражения лиц как правило будут стандартизированы (в силу взаимосвязи с мимикой), легко угадываемы респондентами.

Глаза персонажа на упаковке товара «ЗДоровая сосиска» изображены с помощью стандартной техники рисования.

Также ООО «Торговая площадь» представлено заключение патентного поверенного «...» по результатам исследования оценки сходства зарегистрированного товарного знака № 502918 и изображения, находящегося на упаковке продукта «ЗДоровая сосиска». Согласно данному заключению сходство до степени смешения между рассматриваемым изображением и товарным знаком не установлено.

Кроме того, относительно персонажа, изображенного на упаковках продукции ООО «Сибирская продовольственная компания» и ООО «Торговая площадь», ООО «Торговая площадь» отмечает следующее.

ООО «Сибирская продовольственная компания» не учтено, что любое изображение сосиски основано на переработке инварианта (по Ожегову: единица, заключающая в себе все основные признаки своих конкретных реализаций), то есть типового узнаваемого продукта.

Заявителем не указывается какой из персонажей, включенных в состав охраняемого товарного знака был переработан, при этом сохранил узнаваемые черты оригинального произведения, то есть почему изображение «ЗДоровая

сосиска» не могло быть создано на основе инварианта.

ООО «Торговая площадь» поясняет, что изображение игрушки для животных наиболее близко похожей на изображение «ЗДоровая сосиска» было обнародовано в период не позднее 2010г., что исключает оригинальность любого персонажа, представленного в форме анимированной сосиски после указанной даты, включая оригинальность «персонажей» «Большая SOSиска».

Касательно столовых приборов, изображенными у персонажей, ООО «Торговая площадь» поясняет, что в силу ограниченности столовых приборов, изображение любого столового прибора не является нарушением прав на объекты интеллектуальной собственности. Кроме того, в товарном знаке № 502918 отсутствует изображение сосиски, использующей столовые приборы. Как указано выше, столовые приборы используются фантазийными персонажами.

Действия заявителя (ООО «Сибирская продовольственная компания») не повлекли создания оригинального объекта, обладающего новыми чертами. Так в частности, в период с 1988-2014 г. снят ряд видеороликов, придающих черты одушевленного существа неодушевленному предмету - сосиске. <https://youtu.be/PRldgpAsYk4>.

Примененный по отношению к сосискам художественный прием «Метаморфоза» является стилистическим и обозначает «оживление» абстрактных или неодушевленных предметов.

Таким образом, заявитель не является владельцем исключительных прав на использование персонажа, изображенного на упаковке «ЗДоровая сосиска» в виду ранее известных анимированных образов продукта-сосиски. Доводы заявителя относятся к 2011 г., при этом анимированные персонажи сосисок присутствуют в гражданском обороте, начиная с середины 20 века.

Исходя из правовой позиции, выраженной в п.28 совместного Пленума ВС РФ/ВАС РФ №5/29, при анализе вопроса о том, является ли конкретный результат объектом авторского права, судам следует учитывать, что по смыслу статей 1228, 1257 и 1259 ГК РФ в их взаимосвязи таковым является только тот результат, который создан творческим трудом. В расчет также будут приниматься также вопросы новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности.

В соответствии с п.117 Национального стандарта РФ «Промышленность мясная. Продукты пищевые. Термины и определения» ГОСТ Р 52427-2005 «117. СОСИСКИ: вареное колбасное изделие, имеющее цилиндрическую или удлиненно-овальную форму, диаметром или поперечным размером не более 30 мм, длиной не более 300 мм, предназначенное для употребления в пищу преимущественно в горячем виде; отклонение размеров от типовых значений +/- 4 мм».

Сосиски дифференцированы от других продуктов по способу их изготовления (Национальный стандарт РФ «Продукция мясной промышленности. Классификация». ГОСТ Р 52428-2005).

Таким образом, как отмечает ООО «Торговая площадь», законодательством установлены четкие требования к способу изготовления, размеру и форме продукта. Следовательно, все во всех случаях сосиска, как готовый продукт будет

представлять стандартизированную форму и иметь стандартизированный вид для классификации продукта в качестве сосиски.

Учитывая изложенное, создание произведения дизайна на основе прототипа (источника, прообраза) не является переработкой оригинального персонажа в виду того, что его форма и характерные потребительские признаки установлены законодательством, а не созданы творческим трудом автора.

ООО «Торговая площадь» отмечает, что заявитель необоснованно выстраивает причинно-следственные связи при указании последовательности разработки дизайна упаковки спорного продукта.

При наличии стандартизированного законодательством прототипа (прообраза) продукта, использование вышеописанных художественных приемов (метаморфоза, техника рисования), ООО «Торговая площадь» имело право на переработку типового (реалистичного) продукта «Сосиска» (определенного как сосиска по ГОСТ Р 52427-2005; ГОСТ Р 52428-2005), в том числе путем придания ему характера одушевленного персонажа.

ООО «Торговая площадь» полагает, что правопритязания ООО «Сибирская продовольственная компания» в отношении невозможности переработки реалистичного изображения продукта «Сосиска» неправомерны. Изображение «Здоровая сосиска» не является переработкой произведения - дизайна упаковки товара «Большая СОСИСКА» или охраняемого товарного знака № 502918.

Воспроизведение внешнего вида и стандартизированной формы продукта является реалистичным изображением. В частности, ряд нормативных актов указывают на определение «Реалистичное изображение» - изображение в виде копии реального объекта в тоновом, бесфоновом и штриховом исполнении (ГОСТ Р 43.2.1-2007).

Таким образом, создание собственного персонажа путем переработки реалистичного изображения продукта не является нарушением прав заявителя.

В соответствии с правовой позицией, выраженной в п.9 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав" (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 23.09.2015) истец, обращающийся в суд за защитой прав на персонажа как на часть произведения, должен обосновать, что такой персонаж существует как самостоятельный результат интеллектуальной деятельности. С учетом положений п. 1 ст. 1263, п. 7 ст. 1259 ГК РФ, а также разъяснений, содержащихся в п. 29 постановления Пленума N 5/29, персонажем аудиовизуального произведения как самостоятельным результатом творческого труда автора могут являться созданные и зафиксированные в аудиовизуальном ряде динамические рисованные (кукольные) образы главных героев, в отличие от других действующих героев обладающие такой совокупностью признаков, которые делают их оригинальными, узнаваемыми и отличительными от других героев в силу их внешнего вида, движений, голоса, мимики и иных других признаков, предназначенных для зрительного и слухового (в случае сопровождения звуком) восприятия. Истец должен обосновать, что такой персонаж существует как самостоятельный результат интеллектуальной деятельности.

Это означает, что при заявлении ООО «Сибирская продовольственная компания» довода о переработке упаковки, Заявитель должен указать какой из персонажей послужил материалом для переработки. Как указывалось выше, ООО «Сибирская продовольственная компания» не имеет регистрации изображений сосиски, товарный знак имеет фантазийных героев по свидетельству № 502918, при этом указанные герои/персонажи не являются изображением сосиски, не воспроизводят ее реалистичное изображение.

Законодатель разделяет объекты авторских прав не по персонажам произведений, а по формам произведений, о чем прямо указано в ч. 1 ст. 1259 ГК РФ: персонаж произведения, как и его любая часть, должны быть выражены в какой-либо объективной форме (ч.3 и ч.7 ст. 1259 ГК РФ), присущей произведению в целом.

Таким образом, авторское право направлено на охрану формы, а не концепции и(или) идей, использованных в том или ином объекте творческого труда. ООО «Торговая площадь» исходило из идеи анимации стандартного продукта (продукта стандартной формы), то есть переработки стандартной формы сосиски. Под переработкой произведения понимается создание производного произведения (обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки и тому подобного; пункт 2 статьи 1270 ГК РФ).

03.03.2016г. ООО ТД «Торговая площадь» представлены пояснения (вх. № 1878), в которых Обществом даются пояснения о доводах Заявителя.

В соответствии со ст.2 ГК РФ, предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли.

Согласно ст. 1492 ГК РФ субъект предпринимательской деятельности самостоятельно подает заявку на регистрацию товарного знака, в которой указывается заявляемое обозначение; описание заявляемого обозначения.

Статьями 3, 4 ФЗ № 135-ФЗ «О защите конкуренции» указана область применения закона, как защита конкуренции, а сама конкуренция определена, как соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Правообладатель по товарному знаку № 502918 (ЗАО «КВЭСТО») как описано в заявке № 2012715482 на регистрацию товарного знака указывал «...в верхней половине заявленного обозначения расположены фантазийные стилизованные изображения четырех персонажей. Центральное место занимает изобразительный элемент в виде четырехугольника черного цвета. Заявленное изображение в целом является фантазийным».

Таким образом, ЗАО «Квэсто», подавая заявку на регистрацию ТЗ № 505918 действовало самостоятельно (по своему усмотрению), принимало на себя риски, связанные с неполнотой или недостоверным описанием регистрируемого знака, а

также неполнотой изобразительных элементов в используемом изображении (отсутствием изображений сосиски).

Исходя из определения сферы действия ФЗ «О защите конкуренции», защите подлежит конкуренция, а не конкуренты. Между тем, ООО «Сибирская продовольственная компания» требует защиты прав, которые не были им истребованы при регистрации товарного знака № 505918, в частности истребуемый объем прав в не описан и не содержится в заявке на регистрацию, что противоречит требованиям ст.1492 ГК РФ.

Хозяйствующие субъекты самостоятельно по своему усмотрению выбирают способы достижения результата. Требования заявителя нарушают правила добросовестной конкуренции, так как требуют вмешательства административных органов в части восполнения деловых просчетов заявителя в области промышленной собственности.

Относительно проведенного Заявителем социологического исследования, ООО ТД «Торговая площадь» отмечает, что представленное заявителем социологическое исследование имеет заведомо недостоверные данные, а именно:

- Неверно определены объекты исследования, как упаковки конкурирующих товаров, а не товарные знаки.

- Указано, что проведен опрос 1218 респондентов методом уличного опроса, личного интервью, в связи с чем целевая группа была определена методом случайной выборки.

При этом, из 1218 респондентов все явились покупателями колбасных изделий, отсутствовали вегетарианцы, отсутствовали потребители, отказавшие от покупки колбасных изделий в пользу обычного мяса, а лица, которые не участвуют в покупках для домохозяйства (семье) также были включены в целевую группу.

Следовательно, все 100% респондентов были включены в целевую группу. Данный метод противоречит теории вероятности, нормальному распределению и т.д., так как невозможно получить из 100% опрошенных 100% потребителей колбасных изделий.

Указанный вывод также приложенные 2 варианта анкеты. В приложении № 3 вопрос «Кто является основным закупщиком продуктов в вашей семье?» имеет 4 варианта ответов. В представленном исследовании - 2 варианта ответов, при этом не указан способ, каким образом была определена целевая группа.

- Вопрос № 10 анкеты социологического исследования указывает: «Посмотрите, пожалуйста, и постарайтесь запомнить то, что на ней изображено. ВНИМАНИЕ ИНТЕРВЬЮЕР покажите КАРТОЧКУ 1 в течение 10 секунд. Затем спрячьте КАРТОЧКУ 1 и дайте КАРТОЧКУ 2. Скажите, что из изображенного на этой карточке вы запомнили?»

Из ответов по данному вопросу делается вывод о том, что респонденты путают изображения на Карточке 1 и Карточке 2. При этом на каждой карточке изображено по 5 товаров (итого 10), что не является сравнением «Большая

SOСиска» и «ЗДоровая сосиска».

Между тем, как указывает ООО ТД «Торговая площадь», краткосрочный показ стимульного материала (карточек) с целью последующего воспроизведения «что запомнил» респондент, является тестом на когнитивные способности (кратковременная память, внимание) и не является опросом на предмет тождества товарных знаков. Сведений о такой методике не содержится ни в Методических рекомендациях Роспатента (Приказ от 27 марта 1997 г. N 26), ни в Приказе Роспатента от 1 июня 2001 г. N 74 «Об утверждении рекомендация по проведению опроса потребителей по вопросу общеизвестности товарного знака в РФ».

- Вопрос 11. Отсутствуют указание на методику подбора стимульного материала, при этом серия показов Карточки 1 и Карточки 2, где единственным основанием классификации товаров являлось изображение сосисок, сформировало установку для респондентов о необходимости вывода о схожести предъявляемого стимульного материала. Указанное обстоятельство является искусственно сформированными условиями эксперимента.

- Вопрос 12 указывает на заведомую недостоверность исследования, так как очевидно, что звучание «Здоровая» и «Большая» не могут совпадать по звучанию по правилам фонетики, при этом слова «Сосиска» и «SOСиска» не могли сравниваться, как общепринятое наименование продукта такого вида.

- Вопросы 11,12,13 анкеты указывает на заведомую недостоверность исследования, так как законодательство не оперирует понятием «похожесть», а использует термин «сходен до степени смешения», что имеет иной правовой смысл, чем термин «похож».

- Вопросы 14, 15,16 анкеты. Ответы по вопросам противоречит параметрам определения различий, указанных в законодательстве о порядке определения тождества до степени смешения товарных знаков, при этом законодательство основано на общепринятой точке зрения восприятия тождества до степени смешения с учетом мнения обычного потребителя. В частности, в соответствии п.6.3.2. рекомендации (Приказ ФИПС от 31 декабря 2009 г. N 197 «Об утверждении рекомендаций по проверке заявленных обозначений на тождество и сходство») указано, что восприятию потребителем комбинированного обозначения, состоящего из изобразительного и словесного элементов, его внимание, как правило, акцентируется на словесном элементе. Словесный элемент легче запоминается, чем изобразительный. Таким образом, заведомо недостоверным является опрос, в результате которого потребитель не может различать «Большая SOСиска» и «ЗДоровая сосиска».

Касательно проверки изображений, размещенных на рассматриваемых упаковках, ООО ТД «Торговая площадь» поясняет следующее.

В названиях «Большая» и «Здоровая» отсутствуют однокоренные слова. Название одного из товаров («Большая») не является омонимом. Отсутствуют близкие звуки. Разное количество слогов «Здоровая» (4 слога), «Большая» (3 слога). Отсутствует близость гласных и согласных. Отсутствует вхождение одного слова в другое.

Слова «SOSиска» и «Сосиска» не подлежат сравнению, как общеупотребительные для товаров такого рода.

Также ООО ТД «Торговая площадь» отмечает о наличии в рассматриваемых упаковках сильных и слабых элементов. Слово «Сосиска» заявленного обозначения не является сильным элементом, поскольку является неохраняемым на основании п. 1 ст. 1483 ГК РФ, т.к. характеризует заявленные товары 29 класса МКТУ. «Большая» и «Здоровая» носят описательный характер, в связи с чем также не могут быть отнесены в сильным элементам, однако в любом случае не являются тождественными или сходными до степени смешения.

Также ООО ТД «Торговая площадь» сообщает о различии при исследовании графического сходства. Графическое сходство определяется на основании следующих признаков: общее зрительное впечатление; вид шрифта; графическое написание с учетом характера букв (например, печатные или письменные, заглавные или строчные); расположение букв по отношению друг к другу; алфавит, буквами которого написано слово; цвет или цветовое сочетание.

В написании «Большая SOSиска» имеется латиница, в «Здоровая сосиска» используется кириллица.

Оригинальное написание «SOS» на красном фоне является оригинальным изобразительным элементом в композиционном центре. При этом при помощи латиницы был подчеркнут основной замысел автора изображения «SOS» как красной кнопки, которая спасает от большого голода. Таким образом, «SOS» воспринимается двояко: как изобразительный элемент, как транслитерация СОС.

Кроме того ООО ТД «Торговая площадь» отмечает, что при установлении сходства заявленного и противопоставленного обозначения следует анализировать охраноспособные словесные элементы, а именно «Здоровая» и «Большая». Как указывает ООО ТД «Торговая площадь», указанные обозначения не имеют фонетического сходства.

Семантическое значение слов «Большая» и «Здоровая» различны (имеют разную эмоциональную окраску, употребляются в различных значениях). Слово «Большая» употребляется по отношению к размеру, слово «Здоровая» используется для передачи эмоциональной окраски гипертрофированного размера или для обозначения физиологического состояния.

Также ООО ТД «Торговая площадь» отмечает, что изображения на товарном знаке Заявителей (№ 502918) имеют абстрактное значение, и не выражены в конкретных персонажах. Так, их можно воспринять как «смайлы», приведения и т.д. В то же время, изображение «Здоровая сосиска» является карикатурным изображением конкретного и узнаваемого объекта.

Кроме того ООО ТД «Торговая площадь» представлены письменные пояснения автора изображения «Большая SOSиска» Лукашова С.В., на которые, в том числе, Общество ссылалось при обосновании своей позиции.

ООО ТД «Торговая площадь» также указывает, что на упаковке товара «Здоровая сосиска» доминирующим элементом является карикатурное изображение сосиски.

Отличительным (доминирующим) признаком всей продукции ООО «Сибирская продовольственная компания», по мнению ООО ТД «Торговая площадь», является обозначение «BIGSOS». Данное обозначение является зарегистрированным товарным знаком и представлено на всей серии (группе) товаров Заявителей, свидетельствующая о принадлежности данных товаров одному производителю.

Таким образом, ООО ТД «Торговая площадь» считает, что смешение товаров Заявителя и Ответчиков отсутствует, ввиду невозможности отнесения продукции «ЗДоровая сосиска» к группе товаров «Большая SOSиска», имеющих общий отличительный элемент в виде знака «BIGSOS»

18.04.2016г. представителем ООО «Торговая площадь» и ООО ТД «Торговая площадь» представлены дополнительные пояснения, в которых, в том числе, указано следующее.

В составе изображения упаковки товара «Большая SOSиска» используется не один, а несколько товарных знаков: ТЗ № 502918, ТЗ № 512820, ТЗ № 494715, ТЗ № 502917.

Заявитель квалифицирует действия ответчиков одновременно по п.п. 1,2 ст.14.6 закона «О защите конкуренции». Между тем, как указывают Ответчики, законодатель четко разграничил составы по пунктам 1 и 2, указав в пункте 1 статьи 14.6 закона на форму недобросовестной конкуренция путем незаконного использования обозначения, тождественного товарному знаку, фирменному наименованию, коммерческому обозначению, наименованию места происхождения товара хозяйствующего субъекта-конкурента либо сходного с ними до степени смешения, путем его размещения на товарах, этикетках, упаковках или использования иным образом в отношении товаров, которые продаются либо иным образом вводятся в гражданский оборот на территории РФ.

Исходя из текста позиции заявителя, не усматривается доводов о сходстве до степени смешения с любым из 4 зарегистрированных товарных знаков (ТЗ № 502918, ТЗ № 512820, ТЗ № 494715, ТЗ № 502917), используемых заявителем для индивидуализации реализуемых товаров.

При этом, как отмечает ООО ТД «Торговая площадь», указанные товарные знаки занимают 100% лицевой стороны упаковки товара «Большая SOSиска», соответственно исходя из конкретных обстоятельств по настоящему делу (все изображения являются зарегистрированными товарными знаками) заявитель, по мнению Ответчиков, вправе требовать защиты только по п.1 ст.14.6. закона.

Пункт 2 ст.14.6 закона «О защите конкуренции» не может быть применен в виду следующего

Заявителем, по мнению Ответчиков, делаются неверные выводы. Письмо ФАС России от 24.12.2015 № ИА/74666/15 "О применении "четвертого антимонопольного пакета", в котором четко проводится разграничение 2 юридических составов:

- нарушения в области зарегистрированных средств индивидуализации (п.1 ст.14.6 закона),
- использование обозначений, не зарегистрированных в качестве товарных знаков, так и общий внешний вид, элементы оформления упаковки и другие средства (п.2

ст.14.6 закона).

Исходя из принципа правовой определенности, заявитель вправе истребовать защиту в отношении зарегистрированных изображений, составляющих 100% изображение внешнего вида упаковки. Требование заявителя применить к зарегистрированным товарным знакам пункт 2 ст.14.6 закона «О защите конкуренции» не соответствует способу защиты права и принципу правовой определенности, что может влечь широкое усмотрение правоприменителей и произвол.

Дополнительно в отношении доводов об имитации незарегистрированных элементов товарной упаковки Заявителя, Ответчики указывают следующее.

Доводы заявителя об имитации упаковки основаны на применении так называемой концепции «trade dress».

В акте исследования специалиста-дизайнера от 04.04.2016 г. отмечено, что для применения концепции «trade dress» требуется одновременная совокупность таких элементов, как: индивидуальность формы товара и соответственно упаковки с использованием цветографических доминант, свойственным только товарам данного производителя; оригинальная упаковка с индивидуальной текстурой; длительное использование на рынке.

В результате использования вышеуказанной совокупности возникает так называемое «вторичное значение» - заявитель обязан доказать, что указанная упаковка четко характеризуется у потребителя с конкретным производителем, а не является характеристикой отдельного продукта.

Заявителем не представлено доказательств, что сама по себе упаковка приобрела «вторичное значение». Все сравниваемые упаковки изготовлены из прозрачного материала. В спорных дизайнах заявителя индивидуализирующим элементом является исключительно лицевая сторона упаковки (одна плоскость), полученная путем компоновки вышеуказанных 4-х товарных знаков. В этой связи, подлежат сравнению зарегистрированные товарные знаки по признаку сходства до степени смешения, а не дизайн упаковки конкурирующих товаров в целом.

Также Ответчиками отмечается о недопустимости социологического исследования, представленного Заявителем, поскольку, по мнению Ответчика, данное исследование было проведено с нарушением требуемых правил и методик.

К данным пояснениям ООО «Торговая площадь» и ООО ТД «Торговая площадь» приложена пояснительная записка по итогам проведения маркетингового исследования, проведенного ООО «Исследовательские практики». В результате данного исследования ООО «Исследовательские практики» сделан вывод о том, что дизайн упаковки продукции «3Дорвая сосиска» не является сходным до степени смешения с дизайном упаковки продукции «Большая SOSиска» с точки зрения покупателей колбасных изделий.

ООО «Сибирская продовольственная компания» представлен ряд возражений на позицию ООО «Торговая площадь» относительно различий рассматриваемых упаковок товаров «Большая SOSиска» и «3Дорвая сосиска».

Так на довод ООО «Торговая площадь» о том, что в составе зарегистрированного товарного знака № 502918 отсутствует зарегистрированное изображение сосиски, ООО «Сибирская продовольственная компания» поясняет следующее. Изображение сосиски не может быть зарегистрировано в качестве товарного знака, т.к. оно является изображением, представляющим форму Товара (п. 4 ч. 1 ст. 1483 ГК РФ), и именно поэтому при регистрации ТЗ «БОЛЬШАЯ SOSИСКА» были зарегистрированы именно фантазийные персонажи, а не изображения сосисок. Товарный знак «БОЛЬШАЯ SOSИСКА», зарегистрированный в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания 24.12.2013 г. за №502918, представляет собой комбинированное изобразительное и словесное обозначение в цветовом сочетании: черный, белый, красный, зеленый, серый. На Товарном знаке «БОЛЬШАЯ SOSИСКА» изображены четыре персонажа - каждый со своим характером, выраженным через мимику и предметы одежды (кастрюля на голове у крайнего слева персонажа, поварской колпак на голове третьего слева персонажа и повязка на голове у крайнего справа персонажа), у каждого персонажа в руках различные предметы, отражающие способ приготовления или употребления продукта (вилка, нож- тесак, шампур). Наименование продукта «БОЛЬШАЯ SOSИСКА» выполнено крупным шрифтом в контрастном черно-белом исполнении, наименование продукта расположено в нижней части изображения под изображением персонажей.

Кроме того, по мнению ООО «Сибирская продовольственная компания», ссылаясь на положения ст. бquinquies Конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883 года, Ответчик неправильно трактует указанную статью. Товарный знак, зарегистрированный в стране происхождения охраняется таким, какой он есть в других странах Союза. Право же на переработку товарного знака его правообладателем предусмотрено ст. 1229, 1484 ГК РФ.

Также, Заявитель отмечает, что Ответчик указывает на отсутствие у Заявителя права на изменение Товарного знака № 502918 с изменением его существа. Вместе с тем заявитель и не производит такого изменения. Упаковка продукции «БОЛЬШАЯ SOSИСКА» осуществляется с использованием зарегистрированного Товарного знака №502918. Персонажи, изображенные на Товарном знаке «БОЛЬШАЯ SOSИСКА» и используемые Заявителем при упаковке продукции «БОЛЬШАЯ SOSИСКА», идентифицируются у потребителя именно как сосиски, этому способствует и содержащаяся на товарном знаке надпись «БОЛЬШАЯ SOSИСКА», и то, что данный товарный знак используется для упаковки сосисок, и при наложении упаковки на продукт, ясно, что элементы зарегистрированных персонажей принадлежат именно сосискам.

Указание Ответчика на то, что в упаковке продукции Заявителя присутствует несоответствие текста и изображений «персонажей», ни один из персонажей не является «БОЛЬШОЙ SOSИСКОЙ», является, по мнению ООО «Сибирская продовольственная компания», несостоятельным. Фраза «БОЛЬШАЯ SOSИСКА» относится как к каждому из персонажей, так и к продукту, для нанесения на упаковку которого товарный знак №502918 используется, представляющему по своей форме сосиску большую, чем сосиска привычных для потребителя размеров.

Довод о том, что Заявитель не имеет права говорить о тождестве слов «БОЛЬШАЯ» и «ЗДОРОВАЯ», ввиду того что по мнению Ответчика, ни один из персонажей

Товарного знака №502918 не является «БОЛЬШОЙ СОСИСКОЙ», является, по мнению ООО «Сибирская продовольственная компания», ошибочным. Фраза «БОЛЬШАЯ СОСИСКА» относится к продукту, для нанесения на упаковку которого Товарный знак №502918 используется, представляющему по своей форме сосиску большую, чем сосиска привычных для потребителя размеров. В виду того, что по своей форме продукция «БОЛЬШАЯ СОСИСКА» и продукция «ЗДоровая сосиска» сходны, Заявитель считает, что слово «ЗДОРОВАЯ» в наименовании продукции синонимично слову «БОЛЬШАЯ».

Ввиду того, что слово «ЗДОРОВАЯ» является омонимом и может употребляться в разных значениях, заявитель имеет право говорить, учитывая сходность формата (формы, размера, количества штук в упаковке) продукции «БОЛЬШАЯ СОСИСКА» и продукции «ЗДоровая сосиска», о том, что слово «ЗДОРОВАЯ» на упаковке продукции, производимой Ответчиком, употреблено именно в значении «Большая». Данный вывод подтверждает и Ответчик, указывая в своих пояснениях, что слово «ЗДОРОВАЯ» содержит эмоциональную окраску в связи с желанием показать размер. Таким образом, по мнению заявителя, наименование продукции «БОЛЬШАЯ СОСИСКА», содержащееся на Товарном знаке №502918, и наименование продукции «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА» являются сходными до степени смешения ввиду своего смыслового значения. Указанное подтверждается так же приобщенным к материалам дела Отчету о проведении социологического исследования, согласно которому 56,3 % опрошенных респондентов считают наименования «БОЛЬШАЯ СОСИСКА» и «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА» похожими по смыслу.

По мнению Заявителя, заключение по результатам исследования оценки сходства зарегистрированного Товарного знака по св. №502918 и изображения, находящегося на упаковке продукта «ЗДоровая сосиска», производства ООО «Торговая площадь», подготовленное патентным поверенным «...» является недопустимым доказательством, т.к. содержит в себе следующие несоответствия:

Патентный поверенный указывает в п.п. 1 п. 6 Заключения, что для проведения исследования ему Ответчиком представлены Фотографии продукции «ЗДоровая сосиска». Вместе с тем, в п. 10 заключения представлены иные изображения, чем те, которые действительно используются Ответчиком при производстве продукции «ЗДоровая сосиска». В частности в правом верхнем углу фотоизображений упаковок, представленных патентному поверенному, содержатся надписи «НОВЫЙ ОБРАЗ БОЛЬШОЙ СОСИСКИ» и «НОВАЯ УПАКОВКА БОЛЬШОЙ СОСИСКИ», тогда как на упаковке в действительности в правом верхнем углу содержится надпись «НОВИНКА. ВКУСНО И ПОЛЕЗНО». В нижней части фотоизображений упаковок, представленных патентному поверенному, указано «БЕЗ ГОРМОНАЛЬНЫХ ДОБАВОК», в то время как в действительности упаковка продукции «ЗДоровая сосиска» в нижней части содержит надпись «БЕЗ ХИМОЗЫ И РАЗБУХАТЕЛЕЙ».

Заявитель считает, что указание на представленных патентному поверенному изображениях упаковки надписей «НОВЫЙ ОБРАЗ БОЛЬШОЙ СОСИСКИ» и «НОВАЯ УПАКОВКА БОЛЬШОЙ СОСИСКИ» подтверждает намерение Ответчика произвести продукцию, схожую с продукцией «БОЛЬШАЯ СОСИСКА», т.е. попросту скопировать конкурирующий продукт.

По мнению Заявителя, это дополнительно подтверждает, что слово «ЗДОРОВАЯ» использовано на упаковке продукции «ЗДоровая сосиска» в качестве синонима

слова «БОЛЬШАЯ».

Патентный поверенный «...». в п. 12 своего Заключения при перечислении отличительных признаков допускает некорректное их описание, в частности описания смыслового значения, сочетания цветов, пространственно доминирующих элементов. Патентный поверенный считает, что персонажи, изображенные на товарном знаке № 502918 ассоциируются с приведениями, вместе с тем наличие на товарном знаке слова «СОСИСКА», а так же то, что товарный знак №502918 зарегистрирован в отношении 29 класса МКТУ, используется для нанесения на упаковку продукции - сосисок, позволяет говорить, что персонажи ассоциируются именно с сосисками, а никак не с приведениями.

Кроме того, Заявитель отмечает, что Ответчик ошибочно полагает, что наличие у него Решения Роспатента о принятии в результате формальной экспертизы к рассмотрению Заявки на государственную регистрацию Товарного знака №2015727491, говорит о добросовестности его деятельности. Согласно ч. 2 ст. 1498 ГК РФ, в ходе проведения формальной экспертизы заявки на товарный знак проверяется лишь наличие необходимых документов заявки и их соответствие установленным требованиям. Экспертиза представленного на регистрацию товарного знака при этом не производится.

С доводами о неправильной квалификации действий Ответчика Заявитель не согласен ввиду следующего.

По смыслу ст. 14.6. ФЗ «О защите конкуренции», составом правонарушения антимонопольного законодательства является недобросовестная конкуренция путем совершения хозяйствующим субъектом действий (бездействия), способных вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами или услугами, вводимым хозяйствующим субъектом-конкурентом в гражданский оборот на территории Российской Федерации.

В пункте 1 ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции», указаны действия, относящиеся к недобросовестной конкуренции, связанные с незаконным использованием средств индивидуализации хозяйствующего субъекта - конкурента, такие как незаконное использование обозначения, тождественного товарному знаку, фирменному наименованию, коммерческому обозначению, наименованию места происхождения товара хозяйствующего субъекта-конкурента либо сходного с ними до степени смешения, путем его размещения на товарах, этикетках, упаковках или использования иным образом в отношении товаров, которые продаются либо иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации.

Пунктом 2 ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции» установлен запрет на недобросовестную конкуренцию путем копирования или имитации 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.

В соответствии с заключением ФИПС, имеющимся в материалах дела, а также представленным Заявителем Отчетом по результатам социологического

исследования Заявителем подтверждена вероятность смешения сравниваемых обозначений в силу сходного композиционного, изобразительного оформления упаковок продукции «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА» и «БОЛЬШАЯ SOSиска», а также сходного для части потребителей семантического (смыслового) восприятия указанных словесных элементов.

Кроме того, по причине сходства общего вида и композиционного оформления упаковок у потребителя возникает ощущение, что он имеет дело с линейкой продукции одного изготовителя. При этом, согласно позиции ФАС России, изложенной в Письме от 24.12.2015 г., имитацией как раз и является своеобразное подражание товару конкурента с целью создания у покупателей впечатления о принадлежности таких товаров линейке имитируемых товаров.

С учетом изложенного, Заявитель считает, что в действиях Ответчика присутствуют все признаки, указанные в ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции».

С позицией Ответчика, в целом, Новосибирское УФАС России не согласно по следующим основаниям. Заявитель обратился в Новосибирское УФАС России не за защитой прав на какого-либо персонажа, изображенного на упаковке продукции «Большая SOSиска», а по факту недобросовестной конкуренции со стороны ООО «Торговая площадь» и ООО ТД «Торговая площадь». Вопросы о нарушении авторских прав, о заимствовании тех или иных частей товарного знака (переработке) решаются в судебном порядке.

Факт недобросовестной конкуренции ООО «Торговая площадь» и ООО ТД «Торговая площадь» выражен в создании и распространении продукции «ЗДоровая сосиска» в упаковке, схожей до степени смешения с упаковкой продукции «Большая SOSиска», принадлежащей заявителю. Различия отдельных элементов упаковок не препятствуют созданию сходства до степени смешения.

На сходство рассматриваемых упаковок влияет также одинаковое смысловое значение изображений, размещенных на данных упаковках. Обе упаковки предназначены для товара «сосиска». Обе упаковки выполнены в одинаковой манере исполнения: изображение анимированной сосиски (с глазами, открытым ртом, в головном уборе), держащей в руках столовые (или иные) приборы, располагается в верхней части упаковки; наименование продукции, выполненное белыми буквами на черном фоне, располагается в нижней части упаковки; продукция «Большая SOSиска» и продукция «ЗДоровая сосиска» (масса нетто 340г.) фасуются по четыре сосиски в упаковке, расположенных вертикально, относительно изображения на упаковке. В написании «Большая SOSиска» имеется латиница («SOS»), в написании «ЗДоровая сосиска» также имеется латиница («D»).

Относительно довода Ответчиков о том, что товарный знак Заявителя не содержит зарегистрированного элемента «изображение сосиски», Новосибирское УФАС России отмечает следующее.

Упаковка продукции «Большая SOSиска» используется для продажи сосисок, и не реализуется самостоятельно (без продукта - сосисок). Таким образом, потребителю данная упаковка представлена исключительно вместе с товаром (сосисками). Следовательно, воспринимается потребителем в совокупности, то есть с находящимися внутри упаковки сосисками. Следовательно, фантазийные персонажи, изображенные на товарном знаке Заявителя (ТЗ № 502918),

воспринимаются потребителями исключительно в качестве сосисок.

Позиция Ответчика о том, что Заявитель может требовать правовой защиты только по одному из пунктов статьи 14.6 ФЗ «О защите конкуренции» ошибочна в связи со следующим. В своем заявлении ООО «Сибирская продовольственная компания» указывает, что упаковка продукции «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА» сходна до степени смешения с изображением Товарного знака «БОЛЬШАЯ СОСИСКА», зарегистрированного в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания 24.12.2013 г. за №502918. Таким образом, имеет место факт незаконного использования изображения, тождественного товарному знаку (п.1 ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции»).

В тоже время, пунктом 2 ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции» установлен запрет на недобросовестную конкуренцию путем копирования или имитации 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. Поскольку товарный знак № 502918 является лишь частью упаковки «БОЛЬШАЯ СОСИСКА», не составляет 100% всей упаковки, и представлен в измененном варианте, ограничивать правовую защиту Заявителя пунктом 1 ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции» Комиссия Новосибирского УФАС России считает неверным. Сходство общего вида и композиционного оформления упаковок способны вызвать у потребителя впечатление, что данные товары принадлежат к продукции одного производителя, являются тождественными товарами или упаковка одного товара представляет собой новую упаковку другого товара (вышедшего на рынок раньше) того же производителя.

Представленные сторонами заключения Патентных поверенных являются полностью противоположными субъективными мнениями отдельно взятых лиц. Несмотря на то, что данные лица уполномочены выдавать подобные заключения, ввиду их полной противоположности, Комиссия Новосибирского УФАС России не считает возможным опираться на какое-либо из данных заключений при принятии решения.

Согласно имеющейся в материалах дела справке ФИПС, в результате проведенного исследования установлено, что представленное обозначение является сходным с товарным знаком по свидетельству № 502918. В силу наличия сходных изобразительных элементов в виде персонажей, по форме напоминающих сосиски, сходного композиционного расположения изобразительных и словесных элементов «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА» и «БОЛЬШАЯ СОСИСКА» и сходного цветового сочетания существует вероятность смешения сравниваемых обозначений для части потребителей.

Данное обстоятельство подтверждают исследования, представленные сторонами в материалы дела.

В соответствии с п.1 ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции», незаконное использование обозначения, тождественного товарному знаку, фирменному наименованию, коммерческому обозначению, наименованию места происхождения товара хозяйствующего субъекта-конкурента либо сходного с ними до степени смешения, путем его размещения на товарах, этикетках, упаковках или использования иным

образом в отношении товаров, которые продаются либо иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, а также путем его использования в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет", включая размещение в доменном имени и при других способах адресации.

Согласно п.2 ст. 14.6 ФЗ «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.

16.10.2015г. ООО «Сибирская продовольственная компания» представило в адрес Новосибирского УФАС России сведения об убытках, причинённых ООО «Сибирская продовольственная компания» действиями ООО «Торговая площадь» и ООО ТД «Торговая площадь» (вх. № 9558).

Согласно представленным обществом пояснениям, в результате действий ООО «Торговая площадь» и ООО ТД «Торговая площадь», выраженных в производстве и реализации товара «ЗДоровая Сосиска» с использованием товарного знака, смежного с Товарным знаком «Большая SOSиска» зарегистрированным в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания 24.12.2013 г. за № 502918, исключительные права на которые принадлежат ООО «Сибирская продовольственная компания», в сентябре 2015 года продажи продукции правообладателя снизились на 3 600 кг, по отношению к августу 2015 года. Снижение обусловлено отвлечением части потребителей, введенных в заблуждение представленной на рынке контрафактной продукцией. Исходя из расчета-обоснования упущенной выгоды, представленным ООО «Сибирская продовольственная компания», упущенная выгода ООО «Сибирская продовольственная компания» за сентябрь 2015 года, явившаяся прямым следствием неправомерных действий ООО «Торговая площадь» и ООО ТД «Торговая площадь», составляет 163 440 рублей.

Также общество указывает, что в последующих периодах, указанные убытки от неправомерных действий ООО «Торговая площадь» и ООО ТД «Торговая площадь» по использованию товарного знака и средств визуализации продукта, вплоть до пресечения противоправных действий будут повторяться ежемесячно, и могут увеличиться, пропорционально доле продаж контрафактного товара.

Таким образом, учитывая обстоятельства дела, Комиссия Новосибирского УФАС России усматривает в действиях ООО Торговый дом «Торговая площадь» и ООО «Торговая площадь» нарушение антимонопольного законодательства, а именно п. 1 ст. 14.2, пп. 1, 2 ст. 14.6 ФЗ от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившееся в распространении изделий колбасных вареных «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА», на упаковке которых содержится изображение, сходное до степени

смешения с Товарным знаком «БОЛЬШАЯ СОСИСКА» (по свидетельству №502918), исключительное право, на использование которого принадлежит ООО «Сибирская продовольственная компания», а также указании на упаковке продукции «ЗДОРОВАЯ СОСИСКА» информации, в том числе следующего содержания: «100% настоящая», «без химозы и разбухателей».