

<.....> - представителю

ООО «БЫСТРА»

<.....>

ООО «Фирма «Аква-Дон»

ул. Вавилова, д. 66,

г. Ростов-на-Дону, 344064

## **РЕШЕНИЕ**

**по делу № 1-14-115/00-08-17**

**о нарушении антимонопольного законодательства**

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «14» июня 2018 г.

В полном объеме решение изготовлено «23» июля 2018 г.

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела № 1-14-115/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

в присутствии на заседании представителя ООО «БЫСТРА» <...> и представителя ООО «Фирма «Аква-Дон»: <...> ,

рассмотрев дело № 1-14-115/00-08-17 по признакам нарушения ООО «Фирма «Аква-Дон» пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон «О защите конкуренции»), выразившегося в введении в гражданский оборот на территории Российской Федерации питьевой

воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» в упаковке, имитирующей продукцию Заявителей: минеральную воду «Серебряная Усть-Быстра» и «Серебряная Усть-Быстра Газированная»,

УСТАНОВИЛА:

В Федеральную антимонопольную службу поступило заявление ООО «БЫСТРА» (далее также – Заявитель) о нарушении антимонопольного законодательства со стороны ООО «Фирма «Аква-Дон» (далее также – Общество), выразившемся в недобросовестной конкуренции, связанной с введением в гражданский оборот на территории Российской Федерации минеральной воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» в упаковке, имитирующей продукцию Заявителей: минеральную воду «Серебряная Усть-Быстра» и «Серебряная Усть-Быстра Газированная».

ООО «БЫСТРА» входит в группу компаний «АКВАДАР» и является производителем безалкогольных напитков, в том числе минеральной воды «Серебряная Усть-Быстра» и «Серебряная Усть-Быстра Газированная».

Общество является производителем натуральных питьевых и минеральных вод на Юге России, в том числе вводит в гражданский оборот питьевую воду «СЕРЕБРИСТАЯ нега».

Таким образом, Заявитель и Общество осуществляют деятельность на товарном рынке питьевой и минеральной воды Российской Федерации и, следовательно, являются хозяйствующими субъектами-конкурентами.

Заявитель указывает, что Общество при оформлении упаковок бутылок питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» применяет дизайнерские решения, используемые Заявителем при оформлении своей продукции.

Обществом была представлена письменная позиция о несогласии с доводами Заявителя о наличии признаков недобросовестной конкуренции в действиях ООО «Фирма «Аква-Дон».

По мнению Общества, по органолептическим показателям, содержанию основных солевых компонентов вода питьевая «СЕРЕБРИСТАЯ нега» не относится к минеральной воде в отличие от минеральной воды «Серебряная Усть-Быстра», позиционирующей себя производителем в качестве минеральной столовой воды.

Общество указывает, что этикетки упаковок питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» и «Серебряная Усть-Быстра» имеют существенные отличия, которые заключаются в следующем:

– надпись «Серебристая» изогнута вверх, надпись «Серебряная» - размещена ровно по горизонтали;

– использование при обозначении «Серебристая» современного, узкого, высокого шрифта со всеми заглавными буквами и использование при обозначении «Серебряная» стилизованного под старинный шрифт с заглавной и прописными

буквами;

– отсутствие графических элементов (рисунков) в композиции питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» и наличие таких элементов (орнамент, красный квадрат под буквой «р») в питьевой воде «Серебряная Усть-Быстра»;

– отсутствие ярких цветных элементов на этикетке упаковки питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» и их наличие в композиции «Серебряная Усть-Быстра» (красная надпись «Усть-Быстра», красный квадрат, красная надпись «йод»);

– семантически надпись «СЕРЕБРИСТАЯ нега» имеет нейтральный характер, в то время как название «Серебряная Усть-Быстра» апеллирует к этническим, народным ассоциациям в восприятии потребителей.

При этом Общество отмечает, что на территории Российской Федерации большинство производителей бутилированной воды использует в названии своих питьевых и минеральных вод слово «Серебряный», оформляют дизайн питьевой бутилированной воды с доминированием синего цвета, а также используют дугообразное расположение названия воды в верхней части этикетки.

В связи с изложенным Общество полагает, что в его действиях отсутствует нарушение антимонопольного законодательства.

Комиссия ФАС России по рассмотрению дела № 1-14-115/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства, изучив имеющиеся в материалах дела доказательства, выслушав представителей Заявителя и Общества, установила следующие обстоятельства.

Заявитель является правообладателем словесного товарного знака «СЕРЕБРЯНАЯ» по свидетельству № 613484 с датой приоритета от 19.11.2015, словесного товарного знака «Серебряная Усть-Быстра» по свидетельству № 298151 с датой приоритета от 13.05.2015, комбинированных товарных знаков «Серебряная Усть-Быстра» по свидетельствам №№ 555381, 555427 с датой приоритета 22.10.2015, а также комбинированных товарных знаков «Серебряная Усть-Быстра» по свидетельствам №№ 555603, 555622 с датой приоритета от 26.10.2015 в отношении товаров 05, 32 и услуг 35, 39 классов МКТУ.

Заявитель с 2005 года осуществляет деятельность по производству и введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации минеральной воды «Серебряная Усть-Быстра» и «Серебряная Усть-Быстра Газированная», что подтверждается товарными накладными, а также публикациями в печатных изданиях «Здоровье», «Приятного аппетита!» и «Комсомольская правда». В измененном дизайне этикетки продукция Заявителя начала вводиться в гражданский оборот с июля 2015 года.

Заявитель указывает, что за период с 2008 года было проведено большое количество мероприятий по продвижению минеральной воды «Серебряная Усть-Быстра», в том числе реклама в периодических печатных изданиях и на радиостанциях.

Кроме того, минеральная вода «Серебряная Усть-Быстра» принимала участие в различных выставках и конкурсах, имеет дипломы программы «100 лучших товаров России» за 2009, 2010, 2013 годы, награждена почетным дипломом регионального

конкурса «Лучшие товары Дона» 2010, дипломом XIV продовольственной и агропромышленной выставки «Ростов гостеприимный» 2010 и др.

Как указывает Заявитель, обозначение «Серебряная Усть-Быстра» приобрело широкую известность уже в 2010 году, в подтверждение чего ссылается на исследование, проведенное Аналитическим центром Юрия Левады в Южном федеральном округе, согласно которому большинство опрошенных (76%) ассоциирует продукцию, маркированную обозначением «Серебряная», с Заявителем. Вместе с тем, отвечая на вопрос, когда Вы впервые увидели данное обозначение, 28% респондентов ответили, что увидели его ранее 2010 года, 33% - в 2010-2012 года, а 40% - в 2013 году и позже.

Вместе с тем, до даты приоритета 15.12.2008 товарного знака «Серебряная Аква-Дон» по свидетельству № 398399, правообладателем которого является Общество, обозначение «Серебряная» ассоциировалось исключительно с Заявителем, что подтверждается также заключением № 50-2016 от 04.05.2016 Лаборатории социологической экспертизы Института социологии РАН, согласно которому большинство опрошенных (41%) на 2008 год ассоциировали словесный элемент «Серебряная» с компанией ООО «Быстра». В соответствии с результатами данной социологической экспертизы к началу 2008 года товарный знак по свидетельству № 555603 приобрел известность среди потребителей воды минеральной, воды столовой, воды минеральной для медицинских целей, так как был известен 31% респондентов, то есть примерно каждому третьему потребителю.

Заявителем также был приобщен в материалы дела отзыв «Левада-Центра» <...> на заключение, подготовленное Лабораторией социологической экспертизы ФГБУН Института социологии Российской академии наук <...>, согласно которому было установлено, что проведенный анализ заключения не выявил существенных нарушений научно-методических правил, принятых для проведения подобного рода исследований, а использованная методика исследования позволяет получить достаточно представительные результаты.

Вместе с тем, Общество начало введение в гражданский оборот питьевой воды «Серебряная Аква-Дон» с 2013 года по 2016 год, а питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» с 2016 года, что подтверждается представленными Обществом товарными накладными и договорами поставки.

Общество является правообладателем словесного товарного знака «Серебряная Аква-Дон» по свидетельству № 398399 с датой приоритета от 15.12.2008 в отношении товаров 05,30,32 и услуг 35,39 классов МКТУ.

В соответствии с заключением Федеральной службы по интеллектуальной собственности (далее - Роспатент) по результатам рассмотрения возражения от 19.04.2016 предоставление правовой охраны товарному знаку «Серебряная Аква-Дон» по свидетельству № 398399 было признано недействительным в отношении товаров 05 и 32 класса МКТУ, за исключением экстрактов хмелевых для изготовления пива.

Кроме того, вопрос о сходстве до степени смешения словесного товарного знака «Серебряная Аква-Дон», принадлежащего Обществу, и серии товарных знаков Заявителя, был разрешен по существу также вступившим в законную силу решением Суда по интеллектуальным правам от 01.11.2016 по делу № СИП-

420/2016, а также решением Суда по интеллектуальным правам от 19.04.2017 по делу № СИП-78/2017, согласно которому была досрочно прекращена правовая охрана товарного знака «Серебряная Аква-Дон» в отношении услуг 35 и 39-го классов МКТУ, указанных в свидетельстве.

Общество также является правообладателем товарного знака «Серебристая нега» по свидетельству № 630796 с датой приоритета от 07.11.2016 в отношении товаров 32 класса МКТУ и осуществляет деятельность по производству и введению в гражданский оборот питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега».

Как указывает Заявитель, Общество на упаковках продукции «СЕРЕБРИСТАЯ нега» использует словесный элемент «СЕРЕБРИСТАЯ», являющийся сходный до степени смешения с товарным знаком Заявителя «Серебряная Усть-Быстра» и выполняющий основную индивидуализирующую функцию при восприятии товара. При этом словесный элемент «нега» является практически не читаемым при общем восприятии этикетки. Кроме того, при оформлении упаковок бутылок питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» используется тождественная цветовая гамма, а также схожее расположение изобразительных и словесных элементов. Данные действия в совокупности направлены на имитацию общего внешнего вида этикетки минеральной воды «Серебряная Усть-Быстра» производства Заявителя.

ООО «БЫСТРА» в подтверждение своих доводов в материалы дела представлено заключение <...> Института социологии РАН, согласно которому исследователи пришли к следующим основным выводам.

Существенная часть всех опрошенных респондентов - потребителей воды минеральной, воды столовой и воды минеральной для медицинских целей в совокупности считает:

-(33%), что товары, выпускаемые в упаковках «Серебряная Усть-Быстра» и «СЕРЕБРИСТАЯ нега», производятся одной компанией или связанными между собой компаниями;

-(33%), что товары, выпускаемые в упаковках «Серебряная Усть-Быстра Газированная» и «СЕРЕБРИСТАЯ нега», производятся одной компанией или связанными между собой компаниями;

-(29%), что если бы они приобрели товар «СЕРЕБРИСТАЯ нега» и он бы им не понравился, то их отношение к товару «Серебряная Усть-Быстра» могло измениться.

Большинство опрошенных респондентов - потребителей воды минеральной, воды столовой и воды минеральной для медицинских целей в совокупности считает, что бутылка воды «Серебряная Усть-Быстра», «Серебряная Усть-Быстра Газированная» и бутылка воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» имеют сходство в целом (51%), по смыслу (61%), и надписи на них сходны по звучанию (52%). Сходство по внешнему виду бутылки воды «Серебряная Усть-Быстра» и бутылки воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» отмечает около половины (39%) опрошенных респондентов - потребителей воды минеральной, воды столовой и воды минеральной для медицинских целей в совокупности.

Большая часть опрошенных респондентов – потребителей воды минеральной, воды

столовой и воды минеральной для медицинских целей в совокупности считает, что бутылка воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» имитирует бутылку воды «Серебряная Усть-Быстра»: по размеру (77%), по расположению элементов на упаковке (59%), по цветовой гамме (52%), внешнему виду (51%), по дизайну (42%), по фирменному стилю (41%).

Большая часть опрошенных респондентов воды минеральной, воды столовой и воды минеральной для медицинских целей в совокупности считает, что бутылка воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» имитирует бутылку воды «Серебряная Усть-Быстра Газированная»: по размеру (74%), по расположению элементов на упаковке (54%), по цветовой гамме (49%), по внешнему виду (45%), по дизайну (38%), по фирменному стилю (35%).

Абсолютное большинство опрошенных респондентов - потребителей воды минеральной, воды столовой воды минеральной, воды столовой и воды минеральной для медицинских целей в совокупности считает, что при разработке дизайна упаковки бутылки воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» учитывался дизайн бутылки воды «Серебряная Усть-Быстра Газированная» (55%) и «Серебряная Усть-Быстра» (57%).

В опровержение указанных доводов Общество представило письменные пояснения, согласно которым вода питьевая «СЕРЕБРИСТАЯ нега» является артезианской водой, сбалансированной по химическому составу, и соответствует воде питьевой по ГОСТ 32220-2013 «Вода питьевая, расфасованная в емкости. Общие технические условия». Вместе с тем, вода питьевая «СЕРЕБРИСТАЯ нега» предназначена в качестве столового напитка.

По органолептическим показателям, содержанию основных солевых компонентов вода питьевая «СЕРЕБРИСТАЯ нега» соответствует нормативам качества расфасованных питьевых вод первой категории и не может относиться к минеральной (столовой или лечебно-столовой) воде в отличие от минеральной воды «Серебряная Усть-Быстра», позиционирующей себя производителем в качестве минеральной столовой воды.

Таким образом, Общество считает, что между Заявителем и Обществом отсутствуют конкурентные отношения ввиду того, что товары, производимые Заявителем и Обществом, различаются по составу и относятся к разным категориям товаров.

По мнению Заявителя, оба товара являются питьевыми и столовыми для ежедневного употребления, приготовления пищи и напитков на ее основе, что напрямую следует из названий самих ГОСТов, а именно: ГОСТ 32220-2013 «Вода питьевая, расфасованная в емкости. Общие технические условия» для питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» и ГОСТ Р 54316-2011 «Воды минеральные природные питьевые. Общие технические условия» для воды «Серебряная Усть-Быстра».

При этом питьевая вода «СЕРЕБРИСТАЯ нега» и «Серебряная Усть-Быстра» не обладают выраженным лечебным действием и, соответственно, не имеют ни показаний, ни противопоказаний по медицинским целям, что подтверждено заключением ФГУ «Пятигорский ГНИИК ФМБА России» от 14.01.2008 № 51.

Комиссия ФАС России не может принять довод Ответчика о том, что между

Заявителем и Обществом отсутствуют конкурентные отношения, поскольку товары, производимые Заявителем и Обществом, различаются по составу и относятся к разным категориям товаров в связи со следующим.

Комиссия ФАС России полагает обоснованным согласиться с доводом Заявителя, что минеральная вода «Серебряная Усть-Быстра» и питьевая вода «СЕРЕБРИСТАЯ нега» относятся к одной категории товаров - питьевой воде, оба товара не имеют показаний и противопоказаний по медицинским целям и предназначены для ежедневного употребления, что следует из самих ГОСТов. Кроме того, продукция Заявителя и Общества реализуется в одних и тех же торговых точках, в том числе размещается на одной полке и продается в одном ценовом сегменте, что подтверждается имеющимися в материалах дела фотографиями продукции.

Из письменных пояснений Общества от 11.10.2017 также следует, что названия «СЕРЕБРИСТАЯ нега» и «Серебряная Усть-Быстра» не пересекаются по смыслу, так как несут в себе нетождественные смыслы для потребителя, поскольку название «Серебряная Усть-Быстра» подразумевает содержание в продукции серебра, а наличие в названии слова «Усть-Быстра» связывает продукт с населенным пунктом, в котором производится продукция Заявителя, в то время как смысл названия «СЕРЕБРИСТАЯ нега» носит нематериальный, абстрактный и фантазийный характер.

Как указывает Общество, на территории Российской Федерации большинство производителей бутилированной воды использует в названии своих питьевых и минеральных вод слово «Серебряный» («Краснозатонская Серебряная», «Серебряный источник», «Серебряная капля», «Серебряный ключ», «Серебряный родник», «Серебряная роса», «Серебряная ключевая»), а также оформляют дизайн питьевой бутилированной воды с доминированием синего цвета.

При этом, по мнению Общества, этикетки упаковок питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» и «Серебряная Усть-Быстра» имеют существенные отличия, которые заключаются в следующем:

- надпись «Серебристая» изогнута вверх, надпись «Серебряная» размещена ровно по горизонтали;
- обозначение «Серебристая» выполнено современным, узким, высоким шрифтом со всеми заглавными буквами и обозначение «Серебряная» выполнено стилизованным под старинный шрифтом с заглавной и прописными буквами;
- отсутствие графических элементов (рисунков) в композиции этикетки питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» и наличие таких элементов (орнамент, красный квадрат под буквой «р») в этикетке питьевой воде «Серебряная Усть-Быстра»;
- отсутствие ярких цветных элементов на этикетке питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» и их наличие в композиции этикетки «Серебряная Усть-Быстра» (красная надпись «Усть-Быстра», красный квадрат, красная надпись «йод»);
- семантически надпись «СЕРЕБРИСТАЯ нега» имеет нейтральный характер, в то время как название «Серебряная Усть-Быстра» апеллирует к этническим, народным ассоциациям в восприятии потребителей.

Вместе с тем, центральная часть этикеток питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» и

«Серебряная Усть-Быстра» имеет также существенные различия: на этикетке питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» используется изображение водоема и деревьев, в то время как на этикетке минеральной воды «Серебряная Усть-Быстра» изображена православная церковь, выполненная в разной технике рисунка для газированной и негазированной воды.

Кроме этого, по мнению Общества, дугообразное расположение названия воды в верхней части этикетки не является уникальным дизайнерским решением, поскольку используется также другими производителями питьевой воды, например, при оформлении питьевой воды «Шишкин лес», «Сенежская», «Хрустальная», «Липецкий бювет», «Агуша» и т.д.

Анализируя внешний вид упаковок продукции Заявителя и Ответчика и представленные ими доказательства в совокупности, Комиссия ФАС России полагает необходимым руководствоваться пунктом 5.2.1 Методических рекомендаций по проверке заявленных обозначений на тождество и сходство, утвержденных приказом Роспатента от 31.12.2009 № 197, согласно которому 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.

Кроме того, согласно пункту 37 Обзора практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 23.09.2015, при выявлении сходства до степени смешения используемого ответчиком обозначения с товарным знаком истца учитывается общее впечатление, которое производят эти обозначение и товарный знак (включая неохранные элементы) в целом на среднего потребителя соответствующих товаров или услуг.

Необходимо учитывать, что продукция (питьевая вода), внешний вид которой оценивается Комиссией ФАС России в ходе рассмотрения дела, как правило, располагается рядом (иногда в смешанной выкладке, иногда на одной полке рядом) на одном стеллаже с питьевой водой, не относится к товарам высокой ценовой категории и относится к товарам повседневного спроса, приобретаемым для личного или семейного потребления.

В главе 8 «Разработка товаров: товары, товарные марки, упаковка, услуги» классического труда Филиппа Котлера «Основы маркетинга» дано следующее определение понятия «товары повседневного спроса» — это товары, которые потребитель обычно покупает часто, без раздумий и с минимальными усилиями на их сравнение между собой.

То есть продукция Заявителя и Общества относится к такой категории товаров, при покупке которых потребитель не склонен проявлять повышенную степень внимательности и осмотрительности, затрачивает на их выбор минимальное время и приобретает их в основном по привычке, основываясь на предыдущем опыте покупки и руководствуясь уже имеющимся впечатлением от внешнего вида товара. На эти же аспекты поведения потребителей при совершении бытовых



покупок указывали участники заседания Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе (протокол от 21.05.2018 № 1).

При таких условиях добросовестный производитель стремится к максимальной непохожести своего товара на аналогичный товар конкурента, стараясь избежать возникновения смешения конкурирующих между собой товаров.

Комиссия ФАС России, учитывая обстоятельства дела и анализируя имеющиеся в материалах дела доказательства, полагает правомерным сделать следующий вывод. Оформление противопоставленной продукции имеет явно выраженные и несомненные черты сходства: белый фон этикетки с использованием надписей синего и красного цвета, полос в нижней и в верхней части этикетки синего цвета, дугообразное расположение названия воды в верхней части этикетки (этикетка минеральной воды «Серебряная Усть-Быстра Газированная» в старом дизайне), а также размещение в названии схожих словесных элементов «СЕРЕБРИСТАЯ» и «Серебряная». Кроме того, на этикетках продукции используется схожий ландшафтный дизайн (деревья). При этом упаковки питьевой воды Заявителя и Общества объемом 1,5 литра представляют собой бутылки с синией крышкой, сужающиеся к центру. По мнению Комиссии ФАС России, отсутствуют какие-либо объективные причины для использования на этикетке продукции максимально схожих по цветовой палитре надписей и полос синего цвета, учитывая многообразие синих оттенков в палитре. Кроме того, отсутствуют реальные основания для использования бутылки именно такой формы с крышкой синего цвета, учитывая разнообразие форм бутылок и цветов крышек, используемых на рынке питьевой воды. Например, бутылка питьевой воды «BonAqua» имеет вытянутую кверху форму, бутылка питьевой воды «BAIKAL» имеет вытянутую форму, изогнутую в двух местах, бутылки питьевой воды «Родник», «Бабушкино Лукошко» имеют цилиндрическую форму. Вместе с тем, крышки бутылок также различаются по цвету. Так, питьевая вода «Архыз» имеет крышку ментолового цвета, «Кубай» - красного цвета, «Ессентуки» - темно-зеленого цвета. При этом на упаковках негазированной питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» использована аналогичная цветовая комбинация синего, красного и белого, применяемая на упаковках негазированной питьевой воды «СЕРЕБРЯНАЯ Усть-Быстра».

Комиссия ФАС России также полагает необходимым отметить, что наличие каких-либо отличительных черт в исполнении этикеток противопоставленной продукции не может иметь какого-нибудь существенного значения при оценке восприятия потребителями противопоставленной продукции, поскольку продукция Заявителя и Общества относится к товарам повседневного спроса. В связи с этим незначительные черты различия не будут замечены покупателем при выборе товара.

При этом довод Общества о том, что использование в названии питьевых и минеральных вод словесного обозначения «Серебряный», дугообразное расположение названия воды в верхней части этикетки, а также оформление дизайна питьевой бутилированной воды с доминированием синего цвета является традиционным для товарного рынка питьевой воды, Комиссия ФАС России считает несостоятельным.

Представленные Обществом и Заявителем фотографии ассортимента питьевой воды в магазинах торговых сетей, свидетельствуют о том, что указанный дизайн

бутылок в целом не является типичным для рынка питьевой воды Российской Федерации.

Ряд производителей питьевых и минеральных вод, реализующие свой товар на территории Российской Федерации, используют в названии слово «Серебряный», а также оформляют этикетки с преобладанием синего цвета, например «Серебряная капля», «Серебряная роса», «Серебряный источник», «Серебряный родник», а также используют дугообразное расположение названия («Липецкий бювет», «Сенежская», «Шишкин лес» и.т.д.). Однако упаковки их продукции имеют свои элементы дизайна, не позволяющие спутать с иным товаром, в том числе с минеральной водой «Серебряная Усть-Быстра». При этом, совокупное использование бутылки с синей крышкой, сужающейся к центру, дугообразной надписи синего цвета в верхней части этикетки (этикетка минеральной воды «Серебряная Усть-Быстра Газированная» в старом дизайне), синих полос в верхней и нижней части этикетки, схожего словесного обозначения «Серебристая» и «Серебряная», присутствует только на продукции Заявителя и Общества, что еще больше усиливает сходство сравниваемых товаров.

Кроме того, Общество использует элементы дизайна, максимально приближенные к дизайну минеральной воды «Серебряная Усть-Быстра Газированная» в старом дизайне, а именно: дугообразное расположение названия воды на опоясывающей синей полосе в верхней части этикетки, а также использование опоясывающей синей полосы в нижней части этикетки, выполненных в цветовой гамме, максимально приближенной к цветовой гамме оформления минеральной воды «Серебряная Усть-Быстра Газированная».

Как следует из письменных пояснений Общества, ООО «Фирма «Аква-Дон» выпустило свою первую бутылку воды в 1996 году. При этом бутылки, которые сейчас используются для производства воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» для газированной и негазированной воды в формате 1,5 литра, были заказаны ООО «Фирма «Аква-Дон» более 10 лет назад. При этом ни в одном из форматах, включая газированную и негазированную воду в основных форматах 0,5 л, 1,5 л, 5 л, дизайны продукции «СЕРЕБРИСТАЯ нега» и «Серебряная Усть-Быстра» не являются схожими, в связи с существенной разницей в цвете, форме, размере ПЭТ-бутылок, форме ребер жесткости и дизайнерских элементах, выполненных на поверхности бутылок.

В своих доводах Общество также ссылается на то, что в настоящее время Заявитель не вводит в гражданский оборот минеральную воду «Серебряная Усть-Быстра Газированная» в старом дизайне с использованием в верхней части этикетке синей полосы, на которой дугообразно расположено название воды. В подтверждение указанного довода Обществом были приобщены к материалам дела данные фото- и видео-фиксации результатов мониторинга розничных торговых точек, согласно которым продажи продукции Заявителя в старом дизайне с использованием дугообразной надписи «Серебряная» зафиксировано не было.

Единственным источником, где, по мнению Общества, можно найти изображение воды «Серебряная Усть-Быстра» в старом дизайне является интернет-сайт компании ООО «Аквадар».

Однако Заявителем были представлены в материалы дела фотографии и чек,

подтверждающие наличие на рынке минеральной воды «Серебряная Усть-Быстра» в старом дизайне.

Кроме того, Обществом были приобщены к материалам дела решение Комиссии Ростовского УФАС России по делу № 2129/04, а также решение Арбитражного суда Ростовской области от 26.05.2014 по делу № А53-3964/14 и постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 14.08.2014 по делу № 15АП-11823/14, согласно которым в действиях ООО «Фирма «Аква-Дон» было выявлено отсутствие нарушения антимонопольного законодательства.

Вместе с тем, ссылку Общества на решение Комиссии Ростовского УФАС России по делу № 2129/04, а также решение Арбитражного суда Ростовской области от 26.05.2014 по делу № А53-3964/14 и постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 14.08.2014 по делу № 15АП-11823/14 Комиссия ФАС России считает безосновательной, поскольку указанные дела рассматривались по обстоятельствам, связанным с введением ООО «Фирма «Аква-Дон» в гражданский оборот питьевой воды «Серебряная Аква-Дон», которая не является предметом рассмотрения настоящего дела.

Из письменных пояснений Общества также следует, что заключение <...> Института социологии РАН, на которое ссылается Заявитель в подтверждение своих доводов, имеет существенные методологические недостатки, а поставленные в исследовании вопросы вызывают сомнение в их корректности и объективности в связи с тем, что в исследовании использовалось только одно изображение продукции Общества, а не вся линейка, в опросе используются закрытые вопросы, не позволяющие респонденту свободно высказывать свое мнение, а также не принимается во внимание тот факт, что похожие дизайнерские решения используются также и другими производителями питьевой воды.

В опровержение указанных доводов Общества Заявитель представил проведенный Институтом социологии РАН анализ письменных пояснений Общества относительно недостатков заключения <...>, в соответствии с которым критические замечания, высказанные Обществом в отношении заключения, были признаны недостаточно обоснованными либо основанными на ложных посылах.

В целях установления степени сходства внешнего вида упаковок питьевой воды, используемых ООО «Фирма «Аква-Дон», с внешним видом упаковок минеральной воды, используемых ООО «БЫСТРА», а также с товарными знаками по свидетельствам №№ 555427, 555603, 555622 Комиссия ФАС России пришла к выводу о необходимости направить запрос в Роспатент для дачи письменной консультации по данному вопросу.

Комиссия ФАС России принимает во внимание, что согласно письму Роспатента в ответ на запрос ФАС России <...> о даче письменной консультации Роспатент установил, что этикетка питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» является сходной до степени смешения с товарными знаками по свидетельствам №№ 555603, 555427, 555622, а также этикетками минеральной воды «Серебряная Усть-Быстра» и «Серебряная Усть-Быстра Газированная», поскольку ассоциируются с ней в целом в силу графического и семантического сходства словесных элементов «СЕРЕБРИСТАЯ» и «СЕРЕБРЯНАЯ», сходства изобразительных элементов (синих полос, изображений группы деревьев и храма с группой деревьев), сходства расположения словесных (по дуге) и изобразительных элементов, а также

сходства цветовых сочетаний.

Общество представило письменные пояснения, в которых указывает, что позиция <...> Роспатента <...> имеет скудное обоснование, не раскрывающее мотивов тех выводов, которые были сделаны. Кроме того, не проведен семантический анализ сравниваемых обозначений, не сделан всесторонний анализ изображений и графики, вообще отсутствует упоминание о фонетическом различии обозначений.

При этом как указывает Общество, специалист Роспатента не приняла во внимание, что синий цвет в виде фона, полос и в разнообразной графике является традиционным для оформления питьевой воды и используется на этикетках питьевой воды как российского производства, так и иностранных производителей: Святой Источник, Сенежская, Аква Минерале, Bon Aqua, Славяновская, Аква Лайф, Серебряная Роса, Серебряная капля, Серебряный ключ, Серебряный родник, Серебряный источник, Липецкий Бювет, Эльбрус, S.Pellegrino, Gerolsteiner, San Benedetto, Пилигрим и др.), поскольку указанная цветовая гамма ассоциируется с чистотой и свежестью, что соответствует потребительским ожиданиям относительно питьевой воды.

В свою очередь, Общество представило в материалы дела заключение специалиста Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования Российской государственной академии интеллектуальной собственности Федеральной службы по интеллектуальной собственности (ФГБОУ ВО РГАИС) по результатам исследования степени сходства со словесным элементом «СЕРЕБРИСТАЯ нега», товарных знаков по свидетельствам №№ 613484, 298151, 555381, 555427, 555603, 555622 и этикеток со словесным элементом «Серебряная».

Согласно выводам, сделанным по результатам изучения поставленных перед специалистом ФГБОУ ВО РГАИС вопросам:

1. Этикетка «Серебристая нега» не является сходной до степени смешения с товарными знаками №№ 613484, 298151, 555381, 555427, 555603, 555622. Признаков нарушения прав на указанные товарные знаки в связи с использованием этикетки «Серебристая нега» для маркировки однородных товаров не выявлено.

2. Этикетки «Серебряная Усть-Быстра» и «Серебристая нега» не являются сходными до степени смешения между собой.

3. Бутылки с этикетками «Серебряная Усть-Быстра» и «Серебристая нега» не являются сходными до степени смешения между собой.

4. Бутылка с этикеткой «Серебристая нега» не имитирует бутылку с этикеткой «Серебряная Усть-Быстра».

Общество также представило в материалы дела рецензию <...> на заключение <...> Лаборатории социологической экспертизы Института социологии РАН, согласно которому результаты социологического исследования:

- наличия или отсутствия введения потребителя в заблуждение относительно производителя бутылки воды «Серебристая Нега»;

- наличия или отсутствия на этикетке «Серебристая Нега» обозначения, сходного

до степени смешения с товарным знаком «Серебряная Усть-Быстра»;

- наличия или отсутствия сходства до степени смешения бутылки воды «Серебряная Усть-Быстра» с бутылкой воды «Серебристая Нега»;

- наличия или отсутствия сходства до степени смешения бутылки воды «Серебряная Усть-Быстра» с бутылкой воды «Серебристая Нега»;

- наличия или отсутствия имитации бутылкой воды «Серебристая Нега» внешнего вида бутылки воды «Серебряная Усть-Быстра», её дизайна и размера, цветовой гаммы, количества, размера и расположения этикеток на бутылке

с точки зрения потребителей воды минеральной; воды столовой (32 класс МКТУ); воды минеральной для медицинских целей (05 класс МКТУ)

являются не представительными и, следовательно, недостоверными, так как получены с использованием непредставительной интернет-панели [anketer.org](http://anketer.org)., недостоверного метода формирования выборочной совокупности, недостаточной ее численности, ненадежного инструмента исследования — анкеты, а выводы авторов исследования являются непропорциональными, ошибочными.

Однако Комиссия ФАС России не может принять выводы заключения специалиста ФГБОУ ВО РГАИС, а также рецензии <...> в качестве доказательств, опровергающих представленное Заявителем социологическое исследование, поскольку рецензия заказывается для того, чтобы опровергнуть или поставить под сомнение выводы такого исследования. Цель подобной рецензии не позволяет рассматривать ее в качестве объективного свидетельства. Более того, рецензия представляет собой мнение одного лица, высказывавшего свое профессиональное суждение по поставленному вопросу.

Вместе с тем, для рассматриваемого дела имеют значение исследования, в том числе социологические исследования со значительной репрезентативной выборкой, на основании которых можно получить широкий срез общественного мнения потребителей питьевой воды о возможности смешения на рынке при введении в оборот товаров производства ООО «БЫСТРА» и ООО «Фирма «Аква-Дон».

Общество представило в материалы дела также аналитический отчет по итогам социологического опроса «Характер сравнительного восприятия среди потребителей России бутылок питьевой воды с этикетками «Серебряная Усть-Быстра» и «Серебристая нега», проведенного <...>/

В соответствии с выводами социологического исследования:

1. Больше всего потребители обращают внимание на название этикетки (67,5%). Более чем каждый третий потребитель обращает внимание на изображение на этикетке (36,4%); более чем каждый четвертый - на детали описания продукции (26,5%) и название производителя товара (26,2%). Эти оценки подтверждают то, что суждения потребителей о восприятии исследуемых этикеток имеют под собой объективную основу.

2. Абсолютное большинство потребителей покупали питьевую воду, этикетки которой оформлены голубым (68,8%) или синим (66,2%) цветом.

3. Больше всего потребителям известна питьевая вода «Серебряный источник» (24,7%) и «Серебряный родник» (18,6%). Питьевая вода «Серебристая нега» (8%) и «Серебряная Усть-Быстра» (6,7%) известна незначительному количеству потребителей России (соответственно, 8% и 6,7%).

4. Более чем четыре пятых потребителей (83,9%) скорее (42,3%) или точно (41,6%) считают, что бутылки воды, имеющих этикетки со словесными элементами «СЕРЕБРЯНАЯ Усть-Быстра» и «СЕРЕБРИСТАЯ нега» изготавливают разные производители.

5. Более чем четыре пятых потребителей (82,4%) скорее (36%) или точно (46,4%) считают, что они при выборе питьевой воды в магазине, собираясь купить воду с этикеткой «СЕРЕБРЯНАЯ Усть-Быстра», не могли бы перепутать её с водой с этикеткой «СЕРЕБРИСТАЯ нега».

6. Более чем четыре пятых потребителей (81,3%) скорее (33,5%) или точно (47,8%) считают, что этикетка «СЕРЕБРИСТАЯ нега» не является подражанием, имитацией этикетки «СЕРЕБРЯНАЯ Усть-Быстра».

7. Более чем четыре пятых потребителей (82,4%) скорее (46,9%) или точно (35,5%) считают, что бутылки воды, имеющие этикетки со словесными элементами «СЕРЕБРЯНАЯ Усть-Быстра» и «СЕРЕБРИСТАЯ нега» изготавливают разные производители.

8. Более чем четыре пятых потребителей (80,4%) скорее (36,7%) или точно (43,7%) считают, что они при выборе питьевой воды в магазине, собираясь купить воду с этикеткой «СЕРЕБРЯНАЯ Усть-Быстра», не могли бы перепутать её с водой с этикеткой «СЕРЕБРИСТАЯ нега».

9. Более чем четыре пятых потребителей (84%) скорее (43,1%) или точно (40,9%) считают, что этикетка «СЕРЕБРИСТАЯ нега» не является подражанием, имитацией этикетки «СЕРЕБРЯНАЯ Усть-Быстра».

10. Более чем четыре пятых потребителей (83,3%) скорее (43,9%) или точно (38,4%) считают, что бутылки воды, имеющих этикетки со словесными элементами «СЕРЕБРЯНАЯ Усть-Быстра» и «СЕРЕБРИСТАЯ нега» (карточки №5 и №6) изготавливают разные производители.

11. Примерно четыре пятых потребителей (80,4%) скорее (38,8%) или точно (41,6%) считают, что они при выборе питьевой воды в магазине, собираясь купить воду с этикеткой «СЕРЕБРЯНАЯ Усть-Быстра», не могли бы перепутать её с водой с этикеткой «СЕРЕБРИСТАЯ нега».

- - - Примерно три четверти потребителей (81%) скорее (41,8%) или точно (39,2%) считают, что этикетка «СЕРЕБРИСТАЯ нега» не является подражанием, имитацией этикетки «СЕРЕБРЯНАЯ Усть-Быстра».

Однако Комиссия ФАС России критически относится к выводам аналитического отчета <...>, представленного Обществом, в связи со следующим.

Социологический опрос проводился в отношении этикеток питьевой воды «Серебряная Усть-Быстра» и «СЕРЕБРИСТАЯ нега», а не внешнего вида дизайна бутылок питьевой воды Заявителя и Общества в целом, что, в свою очередь, не позволяет получить релевантную информацию относительно степени сходства или различия внешнего вида товаров, вводимых в гражданский оборот Заявителем и Обществом, а также общего зрительного восприятия продукции, которое создается у потребителей при взгляде на упаковки сравниваемых товаров.

Проанализировав вышеописанные доказательства, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что заключение ФГБОУ ВО РГАИС, а также аналитический отчет <...> не могут рассматриваться в качестве надежных и достоверных доказательств, опровергающих выводы заключения <...> Института социологии РАН.

Вместе с тем, учитывая наличие в материалах дела разнонаправленных доказательств, Комиссия ФАС России определением от 26.01.2018 приостановила рассмотрение дела № 1-14-115/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства в связи с необходимостью вынести вопрос о возможности смешения на рынке при введении в оборот товаров производства ООО «БЫСТРА» и ООО «Фирма «Аква-Дон» на заседание Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе.

Согласно протоколу <...> Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе в результате обсуждения Экспертный совет пришел к следующим выводам:

1. Отметить, что конкурентная стратегия ООО «Фирма «Аква-Дон» заключалась в копировании внешнего вида продукции, вводимой в гражданский оборот ООО «БЫСТРА».

- - - Обратить внимание, что имитация ООО «Фирма «Аква-Дон» товара ООО «БЫСТРА» направлена на создание впечатления у потребителей, что продукция принадлежит к одной линейке производителей.
    - Признать возможность смешения на рынке при введении в оборот товаров производства ООО «БЫСТРА» и товаров производства ООО «Фирма «Аква-Дон».

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу о том, что действия Общества по имитированию элементов дизайна, использованных Заявителем при оформлении питьевой воды «Серебряная Усть-Быстра», приводят к возникновению смешения деятельности хозяйствующих субъектов – конкурентов и их продукции, а также направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности и могут причинить убытки Заявителю.

В соответствии со статьей 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной

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

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

В силу пункта 2 статьи 14.6 Закона «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.

Под имитацией внешнего вида товара понимается своеобразное подражание товару конкурента с целью создания у покупателей впечатления о принадлежности таких товаров линейке имитируемых товаров.

Таким образом, оценив в совокупности все имеющиеся в деле доказательства и обстоятельства, установленные в ходе рассмотрения дела, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что является установленным факт осуществления Обществом действий по введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» с использованием дизайнерских решений, применяемых при оформлении продукции Заявителя.

Комиссия ФАС России учитывает, что минеральная вода «Серебряная Усть-Быстра» и «Серебряная Усть-Быстра Газированная» приобрела широкую известность с 2010 года, что подтверждается имеющимися в материалах дела дипломами программы «100 лучших товаров России» за 2009, 2010, 2013 годы, почетным дипломом регионального конкурса «Лучшие товары Дона» 2010, дипломом XIV продовольственной и агропромышленной выставки «Ростов гостеприимный» 2010.

Кроме того, согласно исследованию, проведенному Аналитическим центром Юрия Левады в Южном федеральном округе, большинство опрошенных (76%) ассоциирует продукцию, маркированную обозначением «Серебряная», с Заявителем. В соответствии с заключением <...> Лаборатории социологической экспертизы Института социологии РАН большинство опрошенных (41%) на 2008 год ассоциировали словесный элемент «Серебряная» с компанией ООО «Быстра».



При этом Комиссия ФАС России принимает во внимание, что питьевая вода относится к товаром повседневного спроса и низкой ценовой категории, приобретение такого товара не предполагает высокой степени внимательности и осмотрительности со стороны покупателя, что создает вероятность неосознанного выбора в пользу товара конкурента.

В случае если действия хозяйствующего субъекта создают возможность смешения его товара с товаром конкурента, то в результате такого смешения потребитель при приобретении товара ошибочно принимает новый товар за давно ему известный, ориентируясь на знакомый ему внешний вид, что вызывает отток потребительского спроса от товара конкурента к товару, оформленному с использованием элементов дизайна его упаковки.

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

1. Направленность на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности выразилось в введении в гражданский оборот на территории Российской Федерации минеральной воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» в упаковке, имитирующей продукцию Заявителей: минеральную воду «Серебряная Усть-Быстра» и «Серебряная Усть-Быстра Газированная», что способно привести к смешению с товаром Заявителя, результатом чего может являться ошибочный выбор потребителя при приобретении товара, когда он принимает новый товар как новую линейку давно ему известной продукции.

2. Противоречие законодательству выражается в нарушении статьи 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883, запрещающей всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. В частности, подлежат запрету все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента.

3. Указанные действия Общества способны причинить убытки Заявителю, поскольку создание смешения на рынке влечет отток потребительского спроса от товара Заявителя к товару конкурента, оформленному с использованием дизайна его упаковок, и, как следствие, уменьшение прибыли, на которую мог бы рассчитывать Заявитель при обычных условиях гражданского оборота.

Принимая во внимание упомянутые обстоятельства и руководствуясь статьей 10bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883, статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1 - 4 статьи 41, частью 1 статьи 49, статьей 50 Закона «О защите конкуренции», Комиссия ФАС России

**РЕШИЛА:**

1. Основания для прекращения рассмотрения дела отсутствуют.

2. Признать действия ООО «Фирма «Аква-Дон» (ОГРН 1026103709708, ИНН

6165058532, адрес: 344064, г. Ростов-на-Дону, ул. Вавилова, д. 66), выразившиеся в введении в гражданский оборот на территории Российской Федерации питьевой воды «СЕРЕБРИСТАЯ нега» в упаковке, имитирующей продукцию ООО «БЫСТРА»; питьевую воду «Серебряная Усть-Быстра» и «Серебряная Усть-Быстра Газированная», актом недобросовестной конкуренции, противоречащим пункту 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции».

3. Выдать ООО «Фирма «Аква-Дон» (ОГРН 1026103709708, ИНН 6165058532, адрес: 344064, г. Ростов-на-Дону, ул. Вавилова, д. 66) предписание о прекращении действий, нарушающих антимонопольное законодательство.

4. Передать материалы дела № 1-14-115/00-08-17 уполномоченному должностному лицу ФАС России для решения вопроса о возбуждении в отношении ООО «Фирма «Аква-Дон» производства по делу об административном правонарушении.

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

Примечание. За невыполнение в установленный срок законного решения антимонопольного органа [статьей 19.5](#) Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Идентификатор

Идентификатор