Р Е Ш Е Н И Е

по делу № 08/01/14.6-63/2019

о нарушении антимонопольного законодательства

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «07» октября 2021 г.

В полном объеме решение изготовлено «25» октября 2021 г.

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела № 08/01/14.6-63/2019 о нарушении антимонопольного законодательства в составе: ,

рассмотрев в присутствии представителя АО «ТВИНС Тэк» Архипова А.Л. (доверенность от 18.07.2019 № 11), в отсутствие законного представителя ООО «Мирролла Лаб», извещенного о месте, дате и времени рассмотрения дела надлежащим образом,

дело № 08/01/14.6-63/2019 о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения ООО «Мирролла Лаб» (ОГРН 1047855172551, ИНН 7802312529, адрес: 188663, Ленинградская обл., Всеволожский район, городской поселок Кузьмоловский, ул. Заводская, д. 3, корп. 361А, пом. 2-Н) пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон «О защите конкуренции»)

У С Т А Н О В И Л А:

В Федеральную антимонопольную службу поступило заявление АО «ТВИНС Тэк» (далее также – Заявитель) о нарушении антимонопольного законодательства со стороны ООО «Мирролла Лаб» (далее также – Общество), выразившемся в имитации оформления средств по уходу за волосами и гелей-бальзамов серии «911 Ваша служба спасения» производства Заявителя при производстве и реализации средств по уходу за волосами и гелей-бальзамов серии «911 экстренная помощь».

Как следует из заявления, АО «ТВИНС Тэк» было учреждено 02.02.1999. В настоящее время Заявитель является производителем косметических

средств, в том числе под товарными знаками «911 Ваша служба спасения», «Natura Medica», «TANA», «До и После» и др. В частности, в серии «911 Ваша служба спасения» Заявителем производятся и реализуются гели-бальзамы для тела «Бадяга», «Сабельник», «Окопник», «С пчелиным ядом», «С конским каштаном», «С хондроитином» и средства по уходу за волосами «Шампунь луковый», «Шампунь луковый с красным перцем», «Шампунь дегтярный», «Шампунь репейный». Согласно письму ООО «Типография «Индустрия цвета» от 21.03.2019 № 00010 утвержденные образцы дизайна упаковки серии «911 Ваша служба спасения» действуют с 2006 года по настоящее время, их изменение касалось только текстовой части упаковки.

Заявителю принадлежат следующие объекты интеллектуальной собственности:

- комбинированный товарный знак с включением элементов «911 Kids Ваша служба спасения» по свидетельству № 381613, зарегистрированный 16.06.2009 с датой приоритета 19.10.2007 в отношении товаров 03, 05 классов МКТУ;

- комбинированный товарный знак «911 Ваша служба спасения» по свидетельству № 658687, зарегистрированный 05.06.2018 с датой приоритета 18.11.2016 в отношении товаров 10 класса МКТУ;

- промышленный образец «Упаковка для шампуня» по патенту № 84349, зарегистрированный 16.02.2013 с датой подачи заявки 08.02.2012;

- промышленный образец «Упаковка» по патенту № 76598, зарегистрированный 16.11.2010 с датой подачи заявки 22.10.2009.

Гели-бальзамы для тела серии «911 Ваша служба спасения» производства Заявителя являлись дипломантом программы «100 лучших товаров России» в 2008 году. Детская косметика серии «911 Kids Ваша служба спасения» в 2008 году стала победителем Московского регионального конкурса Всероссийской программы «100 лучших товаров России» в номинации «Промышленные товары для населения» за высокое качество продукции. Также косметика детская серии «911 Kids Ваша служба спасения» стала дипломантом программы «100 лучших товаров России» в 2008 году. Крем-гель для проблемной кожи занял призовое место на конкурсе BASF Cart Criation Awards 2013 года.

Также Заявителем представлены документы, подтверждающие понесенные затраты на рекламирование и продвижение соответствующей продукции Заявителя, а также известность и востребованность продукции Заявителя, а именно: согласно рейтингу, подготовленному одним из ведущих игроков на рынке маркетинговых

исследований DSM Group, на рынке «лечебной» аптечной косметики доля бренда Заявителя «911 Ваша служба спасения» составляла:

- в 2016 году – 1,9% рынка (9 место на российском рынке);

- в 2018 году (первые 9 мес. 2018 г.) – 2,4% рынка (5 место на российском рынке).

ООО «Мирролла Лаб» зарегистрировано 21.12.2004. Согласно представленным образцам продукции с приложением товарных/кассовых чеков Общество осуществляет производство и реализацию гелей-бальзамов для тела «Бадяга», «Сабельник», «Окопник», «Пчелиный яд», «Конский каштан», «Хондроитин» и средств по уходу за волосами «Шампунь луковый», «Шампунь луковый с красным перцем», «Шампунь дегтярный», «Шампунь репейный» серии «911 экстренная помощь».

Таким образом, Заявитель и Общество являются хозяйствующими субъектами – конкурентами на товарном рынке косметических средств, что подтверждается в том числе кратким отчетом (анализом рынка) о состоянии конкуренции на товарном рынке.

Из материалов, представленных Заявителем и Ответчиком, поступивших из Федеральной службы по интеллектуальной собственности (Роспатент) по запросу ФАС России, Комиссией ФАС России были установлены следующие обстоятельства.

Заявитель указывает на то, что оформление противопоставленных товаров Заявителя и Общества является сходным по большинству признаков: товар упакован в коробки прямоугольной формы; индивидуализирован обозначением «911», указывающим на оперативное воздействие средства; совпадает по цветовой гамме оформления.

Согласно представленному заключению специалистов экспертной Комиссии Союза дизайнеров России в составе президента Союза дизайнеров России, академика Российской Академии дизайна, профессора Ставицкого В.В. и профессора кафедры графического дизайна Национального института дизайна при Союзе дизайнеров России Комиссарова Д.Д. характер дизайна упаковки продукции, производимой Обществом, должен рассматриваться как воспроизведение/переработка дизайна упаковок продукции Заявителя. Сходные признаки сравниваемых объектов определяются сразу, при первом взгляде и перевешивают различия. Совпадения носят системный характер. Принимая во внимание то, какой свободой пользуются дизайнеры при разработке упаковки, и то, что знакомство с дизайном ближайших конкурентов является обязательным условием для начала

работы – сходство сравниваемых образцов практически невозможно объяснить независимым совпадением.

Кроме того, специалисты сделали вывод о том, что вероятность смешения дизайна упаковок продукции, производимой Заявителем и Обществом, является критически высокой. Предлагаемые к сравнению группы объектов настолько схожи концептуально и графически, что, учитывая зеркальное сходство ассортимента, вполне возможно представить их как два варианта оформления одной брендовой линейки продуктов.

Возможность смешения на соответствующем товарном рынке противопоставленной продукции Заявителя и Общества подтверждается также маркетинговым исследованием, проведенным среди пользователей шампуней для волос или кремов для тела/для ног ООО «ТИБУРОН» в период с 3 по 5 марта 2019 г. с репрезентативной выборкой – 1007 интервью.

Согласно его результатам:

- 72,8% потребителей посчитали упаковки продукции Заявителя и Общества похожими по дизайну и оформлению;

- 62,7% потребителей посчитали, что сравниваемая продукция Заявителя и Общества производится одной и той же компанией;

- 61% потребителей указал, что способен перепутать упаковки продукции Заявителя и Общества, увидев их на товарной полке;

- 76,6% потребителей указал, что одна из упаковок копирует или имитирует внешний вид другой упаковки.

Кроме того, Заявитель указывает, что оформление упаковок аналогичных рассматриваемым товаров имеют существенные отличия от оформления упаковок Заявителя и Общества.

В опровержение позиции Заявителя Обществом представлено заключение дизайнера Голуба Д.Е. по результатам сравнения упаковок геля-бальзама «С пчелиным ядом» и шампуня «Луковый» серии «911 Ваша служба спасения» производства Заявителя и упаковок геля-бальзама «Пчелиный яд» и шампуня «Луковый» серии «911 экстренная помощь» производства Общества, согласно которому эксперт пришел к выводу о том, что дизайн всех представленных к рассмотрению образцов в высшей степени традиционен, поскольку продукты по своему имиджу близки к аптечной продукции, что не предполагает особо ярких решений. Рассматриваемые изображения упаковок, в связи с достаточной степенью различия идентифицирующих признаков, определяющих

характер их образно-стилевого решения с учетом использования общих маркеров аптечного стиля, таких как белый фон с контрастной полосой и надписью, указывающей на основное действующее вещество, не могут быть признаны зрительно сходными.

Также представлено заключение специалиста Андреевой М.Ю. (патентный поверенный РФ № 822, евразийский патентный поверенный № 180) по результатам сравнения товарных знаков по свидетельствам №№ 658687 и 381613 и обозначения «911 экстренная помощь», размещенного на упаковках товаров производства Общества. Согласно заключению товарный знак по свидетельству № 381613 и обозначение «911 экстренная помощь» не являются сходными до степени смешения. Товарный знак № 658687 и обозначение «911 экстренная помощь» не являются сходными до степени смешения ввиду отсутствия однородности товаров, в отношении которых предоставлена правовая охрана товарному знаку по свидетельству № 658687, и продукции, маркируемой обозначением «911 экстренная помощь»

Вместе с тем, согласно представленным Обществом документам, декларации о соответствии Европейского экономического союза на продукцию, относящуюся к гелям-бальзамам для тела и средствам по уходу за волосами были зарегистрированы Обществом в 2018 году, а самая ранняя поставка продукции, относящейся к гелям-бальзамам для тела и средствам по уходу за волосами серии «911 экстренная помощь» в рассматриваемом дизайне, была осуществлена 31.08.2018, что подтверждается товарными накладными.

Таким образом, введение в гражданский оборот рассматриваемой продукции серии «911 экстренная помощь» производства Общества было осуществлено в период по прошествии более чем 10 лет со времени появления на соответствующем товарном рынке продукции серии «911 Ваша служба спасения» производства Заявителя в рассматриваемом дизайне.

Из представленных материалов усматривается, что Общество вводит в гражданский оборот на территории Российской Федерации косметические средства в совпадающем с Заявителем ассортименте в упаковках, максимально близких по внешнему виду, графическому и цветовому исполнению к оформлению продукции Заявителя, используя при этом в качестве основного идентифицирующего элемента обозначение «911». При этом введение в гражданский оборот продукции производства Общества началось в то время, как аналогичная продукция производства Заявителя вводилось в оборот на соответствующем товаром рынке Российской Федерации уже более 10 лет.

На основании изложенного был издан приказ ФАС России от 20.06.2019 № 795/19 о возбуждении дела и создании Комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения ООО «Мирролла Лаб» (ОГРН 1047855172551, ИНН 7802312529, адрес: 188663, Ленинградская обл., Всеволожский район, городской поселок Кузьмоловский, ул. Заводская, д. 3, корп. 361А, пом. 2-Н) пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

В ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства Комиссия ФАС России в рамках дополнительного соглашения от 26.02.2019 к Соглашению о взаимодействии от 17.05.2011 между ФАС России и НП «Объединение Корпоративных Юристов России» направила запрос о наличии либо отсутствии копирования или имитации оформления средств по уходу за волосами и гелей-бальзамов серии «911 Ваша служба спасения» производства АО «ТВИНС Тэк» при производстве и реализации средств по уходу за волосами и гелей-бальзамов серии «911 экстренная помощь» на рассмотрение НП «Объединение Корпоративных Юристов России» для подготовки соответствующего заключения.

Ассоциация НП «Объединение Корпоративных Юристов России» признала факт наличия имитации (копирования) между упаковками товаров Заявителя и ООО «Мирролла Лаб».

ООО «Мирролла Лаб» были представлены письменные пояснения, из которых следует, что обозначения, используемые на упаковках продукции АО «ТВИНС Тэк», существенным образом отличаются от товарных знаков по свидетельствам №№ 658687, 381613.

На упаковках продукции значительно увеличен размер цифрового элемента 911, который доминирует над другими элементами упаковки. На упаковках продукции, по сравнению с товарным знаком по свидетельству № 658687, существенно уменьшены размеры словесного элемента «Ваша служба спасения», который не идентифицируются на упаковке. При этом на зарегистрированном товарном знаке словесный элемент «Ваша служба спасения» является доминирующим, несет основную смысловую нагрузку и определяет различительную способность товарного знака в целом.

Изобразительный элемент бордового цвета в виде перевернутой буквы Т на зарегистрированном товарном знаке на упаковках продукции АО «ТВИНС Тэк» модифицирован в крест красного цвета на белом фоне, искажающий эмблему международной организации Красного Креста.

На упаковках продукции АО «ТВИНС Тэк» отсутствует комбинированный

элемент в форме круга, внутри которого расположены два стилизованных изображения людей, держащихся за руки, а по окружности словесный элемент «ТВИНС Тэк» и его транслитерация на английский язык «TWINS TEC».

Как указывает Общество, цифровой элемент 911 исключен из правовой охраны (дискламирован) товарных знаков Заявителя по свидетельствам №№ 658687, 381613 как не обладающий различительной способностью и не способный индивидуализировать товары. В течение длительного периода времени цифровой элемент 911 широко используется разными производителями (ООО «НПО «Биотехнология»», ООО «Селвин», ООО «ТЕВА») в хозяйственной деятельности, в том числе в отношении парафармацевтической продукции (лечебной косметики).

Вместе с тем, товарный знак АО «ТВИНС Тэк» по свидетельству № 658687 зарегистрирован только в отношении перечня товаров 10 класса МКТУ, относящихся к медицинским приборам и инструментам, но не к косметическим или лекарственным средствам, которые отнесены к 3 и 5 классам МКТУ соответственно. Таким образом, это обстоятельство лишает Заявителя возможности ссылаться на этот товарный знак применительно к косметической и парафармацевтической продукции.

В своих письменных пояснениях Общество указывает, что дизайн упаковок продукции Заявителя и Общества является в целом общеупотребимым и в высшей степени традиционным, поскольку парафармацевтические товары, реализуемые в аптеках, по своему дизайну близки к аптечной продукции, что традиционно не предполагает ярких решений. При этом названия продукции аптечного ассортимента традиционно представлены названием активного компонента, входящего в косметическое средство, а именно «Бадяга», «Сабельник», «Конский каштан», «Пчелиный яд» и др. Вместе с тем, цвет прямоугольной плашки, расположенной на белой прямоугольной упаковке продукта, имеет ассоциативную связь с активным компонентом.

Например, если в продукт входит репейник, то плашка имеет фиолетовый цвет, ассоциирующийся с цветком репейника. Для продукта на основе лука плашка обычно имеет светло-коричневый цвет, близкий к цвету луковицы, а для препаратов на основе дегтя - темно-коричневый. Соответственно, для косметики на основе бадяги выбирают зеленые цвета, для ромашки - желтые и т.д.

Лицевая часть упаковки продукции Общества визуальна поделена на две равные части: одна выполнена в аптечном стиле с характерной для него прямоугольной плашкой, ассоциирующейся по цвету с активным компонентом продукта, на белом фоне, в которую вписано название

активного компонента косметического средства (например, «Бадяга», «Сабельник», «Конский каштан», «Пчелиный яд» и др.), а вторая содержит крупный основной идентификатор в виде товарного знака по свидетельству № 676510 и занимающего доминирующее положение. Кроме того, на продукции Общества нанесен сильный словесный элемент «экстренная помощь», оригинальное исполнение цифрового элемента 911, а также иное цветовое решение, которые позволяют потребителям различать продукцию разных производителей и исключают возможность ее смешения.

Общество также отметило, что при покупке аптечных товаров покупатели, как правило, ориентируются на их название, а не на дизайн упаковки. Более того, реализация продукции в аптеках «закрытого» типа, на которые по статистике приходится более 75%, по сути исключает возможность ориентироваться на дизайн упаковки.

По мнению Общества, упаковки продукции АО «ТВИНС Тэк» и ООО «Мирролла Лаб», в связи с достаточной степенью различия идентифицирующих признаков, определяющих характер их образно-стилевого решения с учетом использования общих маркеров аптечного стиля, таких как белый фон с контрастной полосой и надписью, указывающей на активный компонент, не могут быть признаны зрительно сходными и, соответственно, создающими опасность смешения в глазах потребителей.

Спорные упаковки косметики «Мирролла Лаб» и промышленные образцы АО «ТВИНС Тэк» имеют существенные отличия в композиции, ориентации текста и пространственной ориентации изобразительных элементов, позволяющих различать товар одного производителя от другого и не создавать смешения в глазах потребителей.

Более того, как указывает Общество, об отсутствии смешения дизайна упаковок АО «ТВИНС Тэк» и ООО «Мирролла Лаб» свидетельствует выдача Роспатентом патентов на промышленные образцы №№ 116097, 116098, используемых ООО «Мирролла Лаб» на лицензионной основе.

Таким образом, было установлено, что ООО «Мирролла Лаб» осуществляет производство и реализацию гелей-бальзамов для тела «Бадяга», «Сабельник», «Окопник», «Пчелиный яд», «Конский каштан», «Хондроитин» и средств по уходу за волосами «Шампунь луковый», «Шампунь луковый с красным перцем», «Шампунь дегтярный», «Шампунь репейный» серии «911 экстренная помощь».

Словесный товарный знак «911 экстренная помощь» по свидетельству № 676510, зарегистрированный 19.10.2018 с датой приоритета 26.06.2018 в отношении товаров 03 и 06 классов МКТУ, используется Обществом на

основании договора неисключительной лицензии, зарегистрированного в Роспатенте 29.01.2019 № РД0284511.

Обществом также на основании исключительных лицензий, зарегистрированных в Роспатенте 15.10.2019 № РД0313193 и 15.10.2019 № РД0313193, используются патенты на промышленные образцы № 116097 от 19.08.2019 и № 116098 от 19.08.2019.

Указанные промышленные образцы воспроизводят внешний вид упаковок шампуня «Луковый» и геля-бальзама для тела «Сабельник», который является сходным для всей линейки продукции ООО «Мирролла Лаб», а именно гелей-бальзамов для тела «Бадяга», «Сабельник», «Окопник», «Пчелиный яд», «Конский каштан», «Хондроитин» и средств по уходу за волосами «Шампунь луковый», «Шампунь луковый с красным перцем», «Шампунь дегтярный», «Шампунь репейный» серии «911 экстренная помощь».

Общество использует указанные объекты интеллектуальной собственности на основании лицензии при производстве гелей-бальзамов для тела и средств по уходу за волосами серии «911 экстренная помощь».

Таким образом, учитывая тот факт, что упаковки геля-бальзама для тела «Сабельник» и средства по уходу за волосами «Шампунь луковый» серии «911 Ваша служба спасения» производства АО «ТВИНС Тэк», а также упаковки средства по уходу за волосами «Шампунь луковый» и геля-бальзама для тела «Сабельник» серии «911 экстренная помощь» производства ООО «Мирролла Лаб», защищены патентами на промышленные образцы, исключается возможность сходства до степени смешения упаковок продукции Заявителя и ООО «Мирролла Лаб».

Согласно пункту 9 информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.12.2007 № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности» при наличии двух патентов на полезную модель с одинаковыми либо эквивалентными признаками, приведенными в независимом пункте формулы, до признания в установленном порядке недействительным патента с более поздней датой приоритета действия обладателя данного патента по его использованию не могут быть расценены в качестве нарушения патента с более ранней датой приоритета. При этом в соответствии с постановлением Президиума ВАС РФ от 01.12.2009 № 8091/09 по делу № А65-26171/-СГ5-28 указанный в пункте 9 информационного письма подход применим не только к полезным моделям, но также и к другим объектам, исключительное право на которые признается и охраняется при условии

государственной регистрации.

Исходя из изложенного, Комиссия ФАС России пришла к выводу об отсутствии в материалах дела доказательств наличия в действиях ООО «Мирролла Лаб» признаков, позволяющих квалифицировать их в качестве нарушающих запрет, установленный пунктом 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции», в связи с чем решением ФАС России от 30.10.2019 рассмотрение дела № 08/01/14.6-63/2019 было прекращено.

Вместе с тем, в ФАС России поступило заявление АО «ТВИНС Тэк» (вх. № 92088/21 от 03.06.2021), из которого следует, что решением Суда по интеллектуальным правам от 13.05.2021 по делу № СИП-1110/2020 было признано недействительным решение Федеральной службы по интеллектуальной собственности от 29.09.2020, принятое по результатам рассмотрения возражения общества «ТВИНС Тэк» против выдачи патента на промышленный образец № 116097. Суд по интеллектуальным правам обязал Федеральную службу по интеллектуальной собственности аннулировать патент Российской Федерации № 116097 на промышленный образец «Упаковка для шампуня».

Таким образом, промышленный образец «Упаковка для шампуня» по патенту № 116097, которым был защищен внешний вид упаковки средства по уходу за волосами «Шампунь луковый» и иных средств по уходу за волосами, входящих в серию «911 экстренная помощь» производства ООО «Мирролла Лаб», признан в установленном законодательством порядке недействительным.

В связи с поступлением в ФАС России информации, свидетельствующей о наличии оснований для пересмотра решения по делу № 08/01/14.6-63/2019 о нарушении антимонопольного законодательства по новым и (или) вновь открывшимся обстоятельствам в порядке, предусмотренном статьей 51.2 Закона «О защите конкуренции», Комиссией ФАС России было принято определение от 16.06.2020 о пересмотре решения и (или) выданного на его основании предписания по делу № 08/01/14.6-63/2019 о нарушении антимонопольного законодательства (№ АК/110620/20 от 16.12.2020).

На заседании Комиссии ФАС России 20.07.2021 было принято Заключение об обстоятельствах дела № 08/01/14.6-63/2019 о нарушении антимонопольного законодательства (далее также – Заключение об обстоятельствах дела) (исх. № АК/61085/21 от 22.07.2021), направленное посредством Почты России лицам, участвующим в рассмотрении дела.

Согласно сервису отслеживания почтовых отправлений Почты России Заключение об обстоятельствах дела было получено Обществом 03.08.2021.

Кроме того, определением ФАС России от 20.07.2021 об отложении рассмотрения дела № 08/01/14.6-63/2019 о нарушении антимонопольного законодательства (исх. № АК/61085/21 от 22.07.2021), также направленным посредством Почты России лицам, участвующим в рассмотрении дела, сторонам было предложено представить в ФАС России пояснения, доказательства и доводы в письменной форме в отношении обстоятельств, изложенных в заключении об обстоятельствах дела, в случае их наличия до назначенной даты заседания Комиссии ФАС России по рассмотрению дела № 08/01/14.6-63/2019 о нарушении антимонопольного законодательства.

Согласно сервису отслеживания почтовых отправлений Почты России определение ФАС России от 20.07.2021 об отложении рассмотрения дела № 08/01/14.6-63/2019 о нарушении антимонопольного законодательства было получено Обществом 03.08.2021.

Письмо ФАС России от 20.09.2021 № КТ/79152/21 об изменении даты и времени заседания Комиссии по делу № 08/01/14.6-63/2019 было направлено сторонам по делу по электронной почте и посредством Почты России.

Согласно сервису отслеживания почтовых отправлений Почты России письмо ФАС России от 20.09.2021 № КТ/79152/21 получено Обществом 29.09.2021.

Таким образом, Общество было надлежащим образом извещено о месте, дате и времени заседания Комиссии ФАС России по делу № 08/01/14.6-63/2019 о нарушении антимонопольного законодательства и располагало всеми принятыми по делу процессуальными документами.

Несмотря на то, что заседания Комиссии ФАС России дважды откладывались (на 20.09.2021 письмом ФАС России от 17.08.2021 № 08/68760/21 и на 07.10.2021 письмом ФАС России от 20.09.2021 № КТ/79152/21), к заседанию Комиссии ФАС России, назначенному на 07.10.2021, документов, содержащих пояснения, доказательства и доводы лиц, участвующих в рассмотрении дела, в ФАС России не поступило.

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заявителя пояснил, что Заявитель согласен с изложенным в Заключении об обстоятельствах дела и не имеет каких-либо дополнений, пояснений и новых доказательств.

В связи с изложенным Комиссия ФАС России сочла обоснованным принять решение по имеющимся в деле доказательствам и установленным в ходе рассмотрения дела обстоятельствам.

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.

Пунктом 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.

Оценив в совокупности все имеющиеся в деле доказательства и обстоятельства, установленные в ходе пересмотра решения ФАС России от 30.10.2020, заслушав представителей Заявителя, Комиссия ФАС России приходит к следующим выводам.

Заявитель и Общество осуществляют аналогичную предпринимательскую деятельность и являются хозяйствующими субъектами – конкурентами на товарном рынке косметических средств.

Заявителем производятся и реализуются средства по уходу за волосами «Шампунь луковый», «Шампунь луковый с красным перцем», «Шампунь дегтярный», «Шампунь репейный» серии «911 Ваша служба спасения». Актуальный дизайн продукции серии «911 Ваша служба

спасения» действует с 2006 года по настоящее время, изменения касались только текстовой части упаковки.

Согласно рейтингу, подготовленному одним из ведущих игроков на рынке маркетинговых исследований DSM Group на рынке «лечебной» аптечной косметики бренд Заявителя «911 Ваша служба спасения» в 2016 году занимал 9 место на российском рынке; в 2018 году (первые 9 мес. 2018 г.) 5 место на российском рынке.

Общество осуществляет производство и реализацию средств по уходу за волосами «Шампунь луковый», «Шампунь луковый с красным перцем», «Шампунь дегтярный», «Шампунь репейный» серии «911 экстренная помощь». Согласно представленным Обществом документам декларации о соответствии Европейского экономического союза на продукцию, относящуюся к гелям-бальзамам для тела и средствам по уходу за волосами были зарегистрированы Обществом в 2018 году, а самая ранняя поставка продукции, относящейся к гелям-бальзамам для тела серии «911 экстренная помощь» в рассматриваемом дизайне, была осуществлена 31.08.2018, что подтверждается товарными накладными.

Согласно решению Суда по интеллектуальным правам от 13.05.2020 по делу № СИП-1110/2020, в рамках данного судебного дела Судом было проведено сравнение упаковки для шампуня по оспариваемому патенту «» № 116097 и упаковки шампуня по патентному документу RU 84349 «», которые характеризуются следующими общими признаками: выполнением упаковки в виде коробки в форме вертикально ориентированного прямоугольного параллелепипеда белого цвета; наличием на сторонах коробки шрифтовой графической информации, в том числе названия продукта; наличием окантовочной цветной полосы; наличием на лицевой стороне коробки горизонтально ориентированной прямоугольной цветной плашки с шрифтовой графикой белого цвета.

Оценив промышленные образцы (по спорному патенту № 116097 и изображение лицевой и боковой частей патента Российской Федерации № 84349), Суд по интеллектуальным правам пришел к выводу, что отличия хотя и просматриваются, но недостаточно выразительны, малоразличимы и не выделяются на общем фоне сторон упаковки, а, следовательно, не являются существенными, поскольку их исключение из совокупности существенных признаков внешнего вида изделия по спорному патенту не приводит к изменению общего зрительного впечатления, отличного от общего зрительного впечатления, производимого решением внешнего вида упаковки по патентному документу RU 84349. Кроме того, выявленные особенности не обусловлены творческим характером.

Наличие шрифтовой графики в промышленном образце по

оспариваемому патенту в верхней части упаковки, а окантовочной – в нижней, тогда как в противопоставленном патентном документе они размещены в верхней части, не оказывает такого влияния, которое могло бы привести к возникновению разных общих впечатлений.

Горизонтально ориентированная прямоугольная цветная плашка с шрифтовой графикой белого цвета, размещенная в средней части лицевой стороны упаковки, сверху и снизу ограниченной шрифтовой графикой черного цвета (тогда как в противопоставленном патенте аналогичная плашка также размещена в средней части лицевой стороны упаковки, однако ограничена другой, более крупной плашкой с шрифтовой графикой белого цвета, а снизу пятью горизонтальными полосами), также является нюансным признаком, не влияющим на общее впечатление и не обладающее творческим характером.

Между тем, одинаковое зрительное впечатление на информированного потребителя сравниваемых изделий обусловлено тем, что указанные изделия характеризуются идентичной конструкцией упаковки в виде коробки на основе вытянутого прямоугольного параллелепипеда и пропорциями, сходным композиционным построением графических элементов на лицевой стороне, заключающимися в самом наличии окантовочной полосы, ее проработки в виде тонких полос, параллельных общему фону, прямоугольной плашки и шрифтового элемента из трех цифр «» и «», выполнением шрифтовой графики на прямоугольной плашке крупным шрифтом белого цвета.

Судебная коллегия также отметила, что отличия изделия по спорному патенту от противопоставленного изделия, заключающиеся в выполнении в иной цветовой гамме, не свидетельствуют о творческом характере изменений, внесенных в изделие. Некоторые цвета являются близкими (белый, красный, светло-коричневый и темно-коричневый), при этом замена интенсивности цвета не свидетельствует о творческом характере.

Таким образом, Суд по интеллектуальным правам пришел к выводу, что общее впечатление, производимое совокупностью существенных признаков, нашедших отражение на изображениях внешнего вида изделий по оспариваемому патенту № 116097, совпадает с общим впечатлением, которое производит совокупность признаков внешнего вида изделия, известного из патентного документа RU 84349, на информированного потребителя.

Поскольку средства для ухода за волосами серии «911 Ваша служба спасения» производства Заявителя и средства для ухода за волосами серии «911 экстренная помощь» производства Общества оформлены

однотипно, является обоснованным применение данных выводов ко всей линейке противопоставленной продукции.

Возможность смешения на соответствующем товарном рынке противопоставленной продукции Заявителя и Общества подтверждается также маркетинговым исследованием, проведенным среди пользователей шампуней для волос или кремов для тела/для ног ООО «ТИБУРОН» в период с 3 по 5 марта 2019 г. с репрезентативной выборкой – 1007 интервью.

Согласно его результатам:

- 72,8% потребителей посчитали упаковки продукции Заявителя и Общества похожими по дизайну и оформлению;

- 62,7% потребителей посчитали, что сравниваемая продукция Заявителя и Общества производится одной и той же компанией;

- 61% потребителей указал, что способен перепутать упаковки продукции Заявителя и Общества, увидев их на товарной полке;

- 76,6% потребителей указал, что одна из упаковок копирует или имитирует внешний вид другой упаковки.

Однако введение в гражданский оборот продукции Общества в рассматриваемом дизайне началось более чем через 10 лет после начала производства и реализации Заявителем гелей-бальзамов для тела серии «911 Ваша служба спасения».

В то же время Общество не располагает результатами интеллектуальной деятельности и приравненными к ним средствам индивидуализации, предоставляющими правовую охрану оформлению рассматриваемой продукции – средствам для ухода за волосами серии «911 экстренная помощь».

Принимая во внимание то, что свобода дизайнера при разработке внешнего вида упаковки ограничивается фактически только ее размерами и геометрической формой, а знакомство с дизайном ближайших конкурентов является обязательным условием для начала работы, Комиссия ФАС России полагает, что является установленной недобросовестность Общества, связанная с имитацией оформления средств по уходу за волосами «Шампунь луковый», «Шампунь луковый с красным перцем», «Шампунь дегтярный», «Шампунь репейный» серии «911 Ваша служба спасения» производства Заявителя при производстве и реализации средств по уходу за волосами «Шампунь луковый», «Шампунь луковый с красным перцем», «Шампунь дегтярный», «Шампунь репейный» серии «911 экстренная помощь». Сходство сравниваемых образцов

невозможно объяснить независимым совпадением, учитывая, что общим элементом оформления противопоставленных товаров является основное идентифицирующее серию товаров обозначение – «911».

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 во введении в гражданский оборот на территории Российской Федерации средств по уходу за волосами «Шампунь луковый», «Шампунь луковый с красным перцем», «Шампунь дегтярный», «Шампунь репейный» серии «911 экстренная помощь», имитирующих оформление средств по уходу за волосами «Шампунь луковый», «Шампунь луковый с красным перцем», «Шампунь дегтярный», «Шампунь репейный» серии «911 Ваша служба спасения», что способно привести к смешению с товаром Заявителя, результатом чего является ошибочный выбор потребителя при приобретении товара, когда он принимает товар одного производителя за товар другого производителя, либо полагает, что оба товара производит одно лицо.

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, оформление которого имитирует оформление товаров Заявителя, и, как следствие, уменьшение прибыли, на которую мог бы рассчитывать Заявитель при обычных условиях гражданского оборота. Кроме того, Заявитель не получает ожидаемой отдачи от понесенных им затрат на развитие и продвижение своего бренда, поскольку за счет вложенных средств осуществляется также и продвижение товара конкурента, вызванное смешением в отношении хозяйствующих субъектов – производителей товара.

Принимая решение, Комиссия ФАС России учитывает следующие обстоятельства, установленные в ходе рассмотрения дела № 08/01/14.6-

63/2019 о нарушении антимонопольного законодательства.

Самая ранняя поставка средств по уходу за волосами серии «911 экстренная помощь» в рассматриваемом дизайне, была осуществлена 31.08.2018, что подтверждается имеющимися в материалах дела товарными накладными.

В связи с поступлением в ФАС России заявления АО «ТВИНС Тэк» письмом ФАС России от 18.03.2019 № АК/20437/19 Обществу было направлено заявление АО «ТВИНС Тэк» и запрошена информация, необходимая для рассмотрения указанного заявления по существу. Указанный запрос был получен Обществом по электронной почте 19.03.2019 и по Почте России 29.03.2019 (согласно данным сервиса отслеживания почтовых отправлений Почты России).

Дело № 08/01/14.6-63/2019 о нарушении антимонопольного законодательства было возбуждено приказом ФАС России от 20.06.2019 № 795/19.

Таким образом, подача ИП Кузнецовым А.А. заявки на регистрацию патента № 116097 (признанного недействительным решением Суда по интеллектуальным правам от 13.05.2021 по делу № СИП-1110/2020) состоялась 12.04.2019 (зарегистрирован 19.08.2019), то есть после поступления Обществу запроса ФАС России и до возбуждения дела № 08/01/14.6-63/2019 о нарушении антимонопольного законодательства.

Общество получило право на использование патента № 116097 в результате заключения с правообладателем лицензионного договора, зарегистрированного Роспатентом 15.10.2019 № РД0313193, уже во время рассмотрения дела № 08/01/14.6-63/2019 о нарушении антимонопольного законодательства.

Из вышеизложенного следует, что Общество начало осуществлять действия, признанные Комиссией ФАС недобросовестными, еще до получения права использования признанного недействительным патента № 116097 «Упаковка для шампуня».

У Комиссии ФАС России отсутствуют сведения о том, когда Общество прекратило использовать данную упаковку для введения средств по уходу за волосами «Шампунь луковый», «Шампунь луковый с красным перцем», «Шампунь дегтярный», «Шампунь репейный» серии «911 экстренная помощь» в гражданский оборот.

Вместе с тем, осмотр 07.10.2021 специалистами ФАС России Интернет-сайта с доменным именем mirrolla.ru показал, что в настоящее время Общество изменило оформление вводимых им в гражданский оборот

средств по уходу за волосами «Шампунь луковый», «Шампунь луковый с красным перцем», «Шампунь дегтярный», «Шампунь репейный» серии «911 экстренная помощь».

Представитель Заявителя пояснил Комиссии ФАС России, что Заявитель не имеет претензий к актуальном дизайну средств по уходу за волосами «Шампунь луковый», «Шампунь луковый с красным перцем», «Шампунь дегтярный», «Шампунь репейный» серии «911 экстренная помощь» производства Общества.

При таких обстоятельствах Комиссия ФАС России не находит оснований для выдачи Обществу предписания о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.

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

Р Е Ш И Л А:

1. Основания для прекращения рассмотрения дела № 08/01/14.6-63/2019 о нарушении антимонопольного законодательства отсутствуют.

2. Признать действия ООО «Мирролла Лаб» (ОГРН 1047855172551, ИНН 7802312529, адрес: 188663, Ленинградская обл., Всеволожский район, городской поселок Кузьмоловский, ул. Заводская, д. 3, корп. 361А, пом. 2-Н) по производству и реализации средств по уходу за волосами «Шампунь луковый», «Шампунь луковый с красным перцем», «Шампунь дегтярный», «Шампунь репейный» серии «911 экстренная помощь», имитирующих оформление средств по уходу за волосами «Шампунь луковый», «Шампунь луковый с красным перцем», «Шампунь дегтярный», «Шампунь репейный» серии «911 Ваша служба спасения» производства АО «ТВИНС Тэк», приводящие к смешению на товарном рынке косметических средств Российской Федерации, нарушающими пункт 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции».

3. Основания для выдачи предписания ООО «Мирролла Лаб» (ОГРН 1047855172551, ИНН 7802312529, адрес: 188663, Ленинградская обл., Всеволожский район, городской поселок Кузьмоловский, ул. Заводская, д. 3, корп. 361А, пом. 2-Н) о прекращении нарушения антимонопольного законодательства отсутствуют.

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

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