

РЕШЕНИЕ

по делу № 1-14-47/00-08-17

о нарушении антимонопольного законодательства

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «09» июля 2018 г.

В полном объеме решение изготовлено «13» августа 2018 г.

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела № 1-14-47/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

в присутствии на заседании представителей ООО «Юнилевер Русь» <...> и представителей ООО «Стокист» <...>,

рассмотрев дело № 1-14-47/00-08-17 о нарушении ООО «Стокист» (196105, Санкт-Петербург, Московский проспект, д. 158, литера Б, помещение 155-160,163) пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон «О защите конкуренции»),

УСТАНОВИЛА:

В Федеральную антимонопольную службу поступило заявление ООО «Юнилевер Русь» (далее также – Заявитель) о нарушении антимонопольного законодательства со стороны ООО «Стокист» (далее также – Ответчик), выразившемся в недобросовестной конкуренции, связанной с введением в гражданский оборот на территории Российской Федерации мужских дезодорантов в ассортименте под брендом «CARELAX», гелей для душа в ассортименте под брендом «CARELAX», туалетного крем-мыла, крем-геля для душа в ассортименте под брендом «Delicare», зубных паст, ополаскивателей для рта под брендом «Таежные Рецепты», имитирующих продукцию Заявителя: мужские дезодоранты в ассортименте, гели для душа под брендом «АХЕ», туалетные крем-мыла, крем-гели для душа «Dove», зубные пасты, ополаскиватели для рта «Лесной Бальзам».

Данные действия Заявитель считает нарушением запрета на недобросовестную конкуренцию, установленного Законом «О защите конкуренции».

Ответчик, не согласившись с позицией Заявителя, представил письменные пояснения по делу № 1-14-47/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства, из которых усматривается следующая позиция Ответчика.

Ответчик специализируется на производстве и реализации собственных торговых марок (СТМ) с целью дать покупателю возможность выбрать и приобрести товар привычного качества за меньшие деньги, как правило, СТМ дешевле аналогов на 25%.

По мнению Ответчика, похожесть внешнего вида, способная вызвать смешение, лишь тогда будет копированием или имитацией, когда внешний вид товара конкурента является оригинальным настолько, что он индивидуализирует этот товар, не являясь принятым способом отражения состава, свойств, предназначения товара или маркетинговой идеи, обусловленной обычным свойством товара и выраженной обычным способом.

При этом в любой сфере общества, которая сформировалась давно, происходят процессы унификации и стандартизации. Формируются некие родовые признаки, присущие всем товарам одной категории. Эти единые родовые признаки влияют на восприятие потребителей различных товаров как похожих друг на друга. Поэтому, чтобы решить, есть ли имитация или нет, необходимо отделить единые родовые признаки и не учитывать степень их влияния на мнение потребителей о похожести товаров.

Устранить этот недостаток призван метод многомерного шкалирования. Этот метод сводится к тому, чтобы сначала установить некий средний показатель похожести всех товаров в данной категории, а потом, сравнив отдельные пары товаров между собой, выявить те, которые потребители считают похожими друг на друга в большей степени, чем похожи друг на друга все товары данной товарной группы.

Упаковка геля для душа «Dove» не обладает различительным признаком, поскольку представляет собой белый флакон обычной формы, который не имеет никаких оригинальных черт.

Единственным оригинальным элементом флакона является его крышка. Однако, крышка флакона «Delicare» существенно отличается от крышки флакона «Dove», а также отличаются и этикетки.

Вместе с тем, то же самое, по мнению Ответчика, можно сказать и о мыле «Dove» и «Delicare», которые имеют стандартную форму и цвет (белый), при этом все остальные элементы у упаковок разные.

Как указывает Ответчик, цветовая гамма и флакон дезодоранта «AXE» также не обладает отличительной способностью, поскольку потребители склонны путать этот товар с другими товарами этой категории. Согласно исследованию ЗАО «Рефакта», товар «AXE» потребители путают с товаром Adidas. При этом, 85% потребителей высказались в пользу схожести товаров «AXE» и Adidas и лишь 72% отметили сходство товаров «AXE» и «CARELAX».

Вместе с тем, схожесть звучания наименований товаров в том случае, когда фантазийное наименование имеет вполне конкретный смысл, не может быть основанием для вывода об имитации. Слово «CARELAX» содержит в себе два английских слова - care и relax, что было призвано отразить мысль о том, что уход за собой (care) при помощи этого дезодоранта не требует усилий (relax). Совпадение двух из трех букв в слове «AXE» и двух букв из семи в слове «CARELAX»

(эти буквы - ах) явно недостаточно для вывода об имитации. Как указывает Ответчик, в рекламе дезодоранта «АХЕ» не привлекалось внимание потребителя к упаковке. Основной «упор» был сделан на названии, а также продвигалась идея, что пользователи этого продукта привлекательны для лиц противоположного пола.

По мнению Ответчика, упаковка «АХЕ» имеет только один отличительный элемент - это крышка дезодоранта, которая является оригинальной и способна отличить этот товар от других аналогичных товаров. Вместе с тем, крышки товаров «АХЕ» и «CARELAX» принципиально отличаются между собой.

Похожесть упаковки товаров «Лесной бальзам» и «Таежные рецепты» predetermined составом товаров и его предназначением, так как и тот, и другой товар предназначены для людей, испытывающих проблемы с деснами, а также содержит экстракты лесных трав, которые помогают с этими проблемами справиться. Поэтому упаковки обоих этих товаров содержат зеленые цвета, а также изображения трав, входящих в состав этих товаров.

При этом другими отличительными элементами упаковка товара «Лесной бальзам» не обладает, а имеющиеся отличительные элементы полностью predetermined составом и предназначением продукта, что лишает эти элементы различительного свойства.

Также в материалах дела отсутствует подтверждение нанесения убытков либо причинения вреда деловой репутации Заявителя.

В связи с изложенным Ответчик считает дело № 1-14-47/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства подлежащим прекращению.

Комиссия ФАС России по рассмотрению дела № 1-14-47/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства, рассмотрев все имеющиеся в материалах дела доказательства, заслушав представителей лиц, участвующих в рассмотрении дела, установила следующие обстоятельства.

Заявитель является международной компанией, осуществляющей деятельность в области производства и реализации потребительских товаров, в том числе:

- мужских дезодорантов «АХЕ» black в цвете черный металл;
- мужских дезодорантов «АХЕ» apollo в цвете зеленый металл;
- мужских дезодорантов «АХЕ» excite в цвете розовый металл;
- мужских дезодорантов «АХЕ» dark temptation в цвете бронзовый металл;
- гелей для душа «АХЕ» excite в цвете розовый металл;
- гелей для душа «АХЕ» apollo в цвете зеленый металл;
- крем-гелей для душа «Dove» объятия нежности (nutrium moisture) с фисташковым кремом и ароматом магнолии;
- крем-гелей для душа «Dove» объятия нежности (nutrium moisture) с маслом ши и ароматом пряной ванили;

- крем-гелей для душа «Dove» глубокое питание и увлажнение (nutrium moisture);
- крем-гелей для душа «Dove» go fresh (nutrium moisture) с ароматом сливы и цветка сакуры;
- туалетного крем-мыла «Dove» go fresh revive, beauty cream bar, moisturizing cream (¼ увлажняющего крема);
- туалетного крем-мыла «Dove» go fresh, fresh touch, beauty cream bar (¼ увлажняющего крема);
- туалетного крем-мыла «Dove» beauty cream bar (¼ увлажняющего крема);
- туалетного крем-мыла «Dove» gentle exfoliating, beauty cream bar (¼ увлажняющего крема);
- ополаскивателей для десен и зубов на отваре трав «Лесной бальзам» с маслом кедровых орешков, экстрактом шалфея (при воспалении) (250 мл);
- ополаскивателей для десен и зубов на отваре трав «Лесной бальзам» с экстрактом зверобоя, экстрактом прополиса (интенсивная защита десен) (250 мл);
- ополаскивателей для десен и зубов на отваре трав «Лесной бальзам» с экстрактом коры дуба, экстрактом пихты (при кровоточивости) (500 мл);
- зубной пасты «Лесной бальзам» на отваре целебных трав с экстрактом зверобоя, экстрактом прополиса (интенсивная защита);
- зубной пасты «Лесной бальзам» на отваре целебных трав с экстрактом шалфея, экстрактом алое вера (при воспалении десен);
- зубной пасты «Лесной бальзам» на отваре целебных трав с экстрактом коры дуба, экстрактом пихты (при кровоточивости десен).

Продукция Заявителя достаточно известна и популярна на рынке косметической продукции. Согласно открытым источникам торговая марка - мужская косметика для ухода за телом под брендом «АХЕ» известна на рынке с 1983 года. Торговая марка «Dove» появилась в США более полувека назад, когда впервые была создана уникальная формула крем-мыла, в состав которого входил увлажняющий крем, но не было щелочи. Разрабатывалось это мыло для ухода и очищения кожи, получившей ожоги. Однако его эффективность позволила запустить мыло в массовую продажу, и оно быстро стало популярным. При этом формула крем-мыла до сих пор не имеет аналогов в косметической индустрии. Успех мыла побудил расширить ассортимент очищающих средств, в составе которых присутствуют увлажняющие крем или молочко. Бренд «Лесной бальзам» также один из самых известных и востребованных российских марок в категории зубных паст и ополаскивателей для рта.

Как следует из представленных образцов продукции, а также из информации, размещенной на Интернет-сайте www.stokist.ru, Ответчик заказывает производство и вводит в гражданский оборот с 2015 года различные виды потребительских товаров, в том числе:

- мужские дезодоранты «CARELAX» night power в цвете черный металл;
- мужские дезодоранты «CARELAX» infinite energy в цвете зеленый металл;
- мужские дезодоранты «care LAX» и «CARELAX» inflame в цвете розовый металл;
- мужские дезодоранты «CARELAX» dark allurement в цвете бронзовый металл;
- гели для душа «CARELAX» inflame в цвете розовый металл;
- гели для душа «CARELAX» dark allurement в цвете зеленый металл;
- крем-гели для душа «Delicare Crème» fresh symphony (инжир и апельсин с маслом авокадо);
- крем-гели для душа «Delicare Crème» fresh symphony (слива и цветы сакуры с маслом жожоба);
- крем-гели для душа «Delicare Crème» fresh symphony (с маслом макадамии);
- крем-гели для душа «Delicare Crème» fresh symphony (пряная ваниль с маслом ши);
- туалетное крем-мыло «Delicare Crème» beauty cream bar, classic (33% увлажняющего крема);
- туалетное крем-мыло «Delicare Crème» beauty cream bar, fresh (33% увлажняющего крема);
- туалетное крем-мыло «Delicare Crème» beauty cream bar, moisturizing (33% увлажняющего крема);
- туалетное крем-мыло «Delicare Crème» beauty cream bar, peeling (33% увлажняющего крема);
- ополаскиватели для полости рта на основе таежных трав «Таежные рецепты», с экстрактом кедровых орешков, экстрактом шалфея (надолго освежает дыхание, способствует предотвращению кариеса и пародонтоза, профилактика воспаления десен) (250 мл);
- ополаскиватели для полости рта на основе таежных трав «Таежные рецепты», с экстрактом прополиса, экстрактом зверобоя (оказывает противовоспалительное действие, эффективно удаляет бактериальный налет, способствует предотвращению кариеса и пародонтоза) (250 мл);
- ополаскиватели для полости рта на основе таежных трав «Таежные рецепты», с экстрактом коры дуба, экстрактом пихты (профилактика кровоточивости десен, способствует предотвращению кариеса и пародонтоза, эффективно удаляет бактериальный налет) (500 мл);
- зубные пасты «Таежные Рецепты» на отваре таежных трав с экстрактом прополиса и шиповника (при воспалении десен);
- зубные пасты «Таежные Рецепты» на отваре таежных трав с маслом кедровых орешков и шалфея (предотвращение кариеса и пародонтоза);

-зубные пасты «Таежные Рецепты» на отваре таежных трав с экстрактом коры дуба и пихты (при кровоточивости десен).

Администратором Интернет-сайта www.stokist.ru является генеральный директор Ответчика Барышников Владимир Валентинович согласно письму АО «РСИЦ» от 03.03.2017 № 667-С, полученному по запросу ФАС России.

На указанном Интернет-сайте осуществляется предложение к продаже товаров, которые реализуются также через сеть магазинов «Улыбка Радуги» и другие торговые организации, о чем свидетельствуют представленные Заявителем образцы продукции и кассовые чеки. Дистрибьютором продукции Ответчика и сети магазинов «Улыбка Радуги» является ООО «Эра Эйч Пи Си Дистрибьюшн», АО «Торговый Дом «ЭРА» является одним из учредителей Ответчика и ООО «Эра Эйч Пи Си Дистрибьюшн», владеющим 98 % долей в уставном капитале. Следовательно, Ответчик, ООО «Эра Эйч Пи Си Дистрибьюшн» и АО «Торговый Дом «ЭРА» образуют группу лиц по смыслу статьи 9 Закона «О защите конкуренции».

Таким образом, Заявитель и Ответчик являются хозяйствующими субъектами – конкурентами.

Вместе с тем, Ответчик вводит в гражданский оборот мужские дезодоранты «CARELAX» inflame в цвете розовый металл в двух дизайнах, в одном из которых название на этикетке размещено в два слова «care LAX», а в другом - исполнено вертикально одним словом - «CARELAX».

При этом первый дизайн мужских дезодорантов в цвете розовый металл еще больше усиливает сходство с мужскими дезодорантами «AXE» excite в цвете розовый металл производства Заявителя, за счет использования сходного словесного элемента - «LAX». Более того, маркетинговая идея использования двух слов «care» и «relax», что, по мнению Ответчика, означает, что уход за собой («care») при помощи этого дезодоранта не требует усилий, («relax») отсутствовала, поскольку первый дизайн очевидно свидетельствует, что «care» и «LAX» являются отдельными словами, где «LAX» является фантазийным словом, сходным со словом «AXE».

Как следует из письменных пояснений Заявителя, сходство до степени смешения мужских дезодорантов брендов «AXE» и «CARELAX» обусловлено совокупным сходством формы упаковки, композиционного построения основных элементов дизайна упаковки, наименований (логотипов) продуктов, цветового решения дизайна упаковки, а именно:

- упаковка сравниваемых дезодорантов идентична по форме, объему и размеру и представляет собой цилиндр с колпачком черного цвета, также цилиндрической формы;

- все графические и словесные элементы дизайна упаковки дезодорантов «CARELAX» расположены на темном фоне, копируя общий визуальный образ и пространственное положение аналогичных элементов на упаковке дезодорантов «AXE» (в частности, тождественное расположение наименований продуктов по вертикали);

- наименования дезодорантов «CARELAX» являются сходными по графическим и фонетическим признакам с наименованием дезодоранта «AXE» в силу полного вхождения звукосочетания (акс), тождественного звучанию бренда «AXE», в наименования дезодорантов «CARELAX»;

- цветовая гамма упаковки дезодорантов «CARELAX» копирует цветовую гамму вариантов линейки дезодорантов «AXE» (например, сочетание черного и фиолетово-розового («AXE Excite»), черного и коричневого-золотого («AXE DarkTemptation»), черного и сине-зеленого («AXE Apollo»).

Сходство до степени смешения гелей для душа (жидких косметических средств) брендов «AXE» и «CARELAX» обусловлено совокупным сходством формы упаковки, композиционного построения основных элементов дизайна упаковки, наименований (логотипов) продуктов, цветового решения дизайна упаковки, а именно:

- упаковка сравниваемых жидких косметических средств сходна по форме и представляет собой вертикально ориентированный прямоугольный флакон черного цвета, имеющий небольшое сужение к центру («талию»), характерный объемный орнамент на боковых сторонах, а также сходный по форме черный колпачок;

- доминирующий элемент упаковки средств «CARELAX», а именно логотип, расположен на черном фоне по вертикали (вдоль флакона) и представляет собой наименование продукта, выполненное заглавными буквами латинского алфавита серебристого цвета с белым контуром, размещенное на фоне цветного графического элемента, чем полностью копирует общий визуальный образ, а также внешний вид и пространственное положение аналогичного элемента на упаковке средств «AXE»;

- наименование средств «CARELAX» является сходным по графическим и фонетическим признакам с наименованием средств «AXE» в силу полного вхождения звукосочетания (акс), тождественного звучанию бренда «AXE», в наименование «CARELAX», а также использования сходного начертания букв (см. описание выше);

- цветовая гамма упаковки жидких косметических средств «CARELAX» копирует цветовую гамму вариантов линейки средств «AXE» (например, сочетание черного и фиолетово-розового («AXE Excite»), черного и сине-зеленого («AXE Apollo»).

Сходство до степени смешения туалетного крем-мыла брендов «Dove» и «Delicare» обусловлено совокупным сходством композиционного построения основных элементов дизайна упаковки, цветового решения дизайна упаковки, визуальным сходством логотипов и общего вида продуктов в целом, а именно:

- все графические и словесные элементы упаковки крем-мыла «Delicare» расположены на светлом фоне с цветным акцентом (в зависимости от варианта линейки) в порядке, воспроизводящем общий визуальный образ и пространственное положение аналогичных элементов на упаковке крем-мыла «Dove»;

- основной (доминирующий) элемент дизайна упаковки крем-мыла «Delicare», а

именно логотип «Сreme», является сходным по графическим признакам с логотипом «Dove», так как выполнен с использованием сходного шрифта и цвета, а также занимает сравнимое по размеру и пространственному положению место на упаковке;

- в боковой части упаковки крем-мыла «Delicare» размещено натуралистическое изображение ингредиентов продукта, аналогично дизайну упаковки крем-мыла «Dove»;

- цветовая гамма упаковки вариантов крем-мыла «Delicare» копирует цветовую гамму крем-мыла «Dove», в зависимости от входящих в состав ингредиентов, изображение которых вынесено на упаковку (например, сочетание белого и синего, белого и зеленого цветов);

- тип упаковки сравниваемых образцов крем-мыла идентичен и представляет собой картонную коробку прямоугольной формы.

Сходство до степени смешения крем-гелей для душа брендов «Dove» и «Delicare» обусловлено совокупным сходством формы упаковки, композиционного построения основных элементов дизайна упаковки, цветового решения дизайна упаковки, визуальным сходством логотипов и общего вида продуктов в целом, а именно:

- дизайн упаковки крем-геля для душа «Delicare» имитирует дизайн упаковки крем-геля для душа «Dove» за счет сходной формы (вытянутый по вертикали овальный флакон, верхняя и нижняя часть которого сильно сужаются к центру), белого цвета флакона, а также яркого колпачка небольшого размера, цвет которого соответствует конкретному варианту линейки гелей для душа;

- все графические и словесные элементы дизайна упаковки крем-гелей для душа «Delicare» расположены на белом фоне в определенном порядке (сверху вниз: логотип, наименование варианта линейки, натуралистическое изображение ингредиента, описание изображенного ингредиента), копируя общий визуальный образ и пространственное положение аналогичных элементов на упаковке крем-гелей для душа «Dove»;

- основной (доминирующий) элемент дизайна упаковки крем-геля для душа «Delicare», а именно логотип «Сreme», является сходным по графическим признакам с логотипом «Dove», так как выполнен с использованием сходного шрифта и цвета, а также занимает сравнимое по размеру и пространственному положению место на упаковке;

- цветовая гамма упаковки вариантов крем-гелей для душа «Delicare» копирует цветовую гамму крем-гелей для душа «Dove», в зависимости от входящих в состав ингредиентов, изображение которых вынесено на упаковку (например, сочетание белого и светло-коричневого, белого и зеленого, белого и синего цветов и т.д.).

Сходство до степени смешения зубных паст брендов «Лесной бальзам» и «Таёжные рецепты» обусловлено совокупным визуальным сходством логотипов, композиционного построения основных элементов дизайна упаковки, цветового решения дизайна упаковки, а также сходством ассортиментного состава линейки, а именно:

- все графические и словесные элементы дизайна упаковки зубных паст «Таёжные

рецепты» аналогичны элементам дизайна упаковки зубных паст «Лесной бальзам» (наименование бренда, изображение и описание основных ингредиентов, описание действия продукта, стилизованное изображение зуба) и расположены в том же порядке, копируя пространственное положение основных элементов дизайна и визуальный образ зубных паст «Лесной бальзам» в целом;

- наименование зубных паст «Таёжные рецепты» является визуально сходным с логотипом «Лесной бальзам», так как представляет собой словосочетание из двух слов, размещенных в две строки, выполненное оригинальным шрифтом белого цвета на зеленой плашке, чем полностью копирует дизайн логотипа «Лесной бальзам»;

- варианты линейки зубных паст «Таёжные рецепты» дублируют варианты линейки зубных паст «Лесной бальзам», а именно: идентичные варианты «экстракт коры дуба и пихты», «экстракт шалфея» и «экстракт прополиса»;

- цветовое решение упаковки вариантов зубных паст «Таёжные рецепты» копирует цветовое решение зубных паст «Лесной бальзам» в зависимости от входящих в состав ингредиентов, изображение которых вынесено на упаковку (сочетание зеленого и коричневого, зеленого и фиолетового, зеленого и оранжевого цветов).

Сходство до степени смешения ополаскивателей для полости рта брендов «Лесной бальзам» и «Таёжные рецепты» обусловлено совокупным визуальным сходством логотипов, композиционного построения основных элементов дизайна упаковки, цветового решения дизайна упаковки, а также сходством ассортиментного состава линейки, а именно:

- форма упаковки ополаскивателя для полости рта «Таёжные рецепты» идентична упаковке ополаскивателей для полости рта «Лесной бальзам» и представляет собой 1) прозрачную бутылку в форме вертикально ориентированного прямоугольника, имеющего расширение по верхней грани (утолщенный бортик) или 2) прозрачную бутылку в форме вертикально ориентированного прямоугольника со скругленными углами, имеющего сужение боковых сторон к центру («талию») с высоким колпачком цилиндрической формы белого цвета;

- тождественный цвет жидкости наполнителя-зеленый;

- графические и словесные элементы дизайна упаковки ополаскивателей для полости рта «Таёжные рецепты» аналогичны элементам дизайна ополаскивателей «Лесной бальзам» (наименование продукта, изображение и описание основных ингредиентов, стилизованное изображение зуба) и размещены в порядке, имитирующем расположение основных элементов дизайна и визуальный образ ополаскивателей для полости рта «Лесной бальзам»;

- наименование (логотип) ополаскивателя для полости рта «Таёжные рецепты» является визуально сходным с логотипом «Лесной бальзам», так как представляет собой словосочетание из двух слов, размещенных в две строки, выполненное оригинальным шрифтом белого цвета на фоне зеленой плашки, чем полностью копирует дизайн логотипа «Лесной бальзам»;

- варианты линейки ополаскивателей для полости рта «Таёжные рецепты» дублируют варианты линейки ополаскивателей «Лесной бальзам», а именно:

идентичные варианты «экстракт коры дуба и пихты», «экстракт кедровых орешков и шалфея» и «экстракт зверобоя и прополиса», в том числе в части цветового решения.

При этом, как отмечает Заявитель, согласно размещенной в открытых источниках презентации ООО «Стокист» прямо заявляет в качестве конкурентного преимущества продукции CARELAX и Delicare цену «ниже аналога» («аналог» - в единственном числе), что, по мнению Заявителя, подтверждает намерение ООО «Стокист» извлекать таким образом необоснованные конкурентные преимущества, продвигая свой продукт за счет того, что он дешевле «аналога».

В подтверждение своих доводов Заявителем представлен аналитический отчет, составленный Агентством маркетинговых исследований «Практика» по результатам сравнительного тестирования дизайнов спреев-дезодорантов марок «АХЕ» и «CARELAX», проведенного с 15 по 17 марта 2016 года.

Исследователи пришли к следующим основным выводам.

Абсолютное большинство опрошенных (71,5%) ошибочно узнали марку «АХЕ» в образце марки «CARELAX» при демонстрации дезодорантов со скрытыми наименованиями, а 67,3% респондентов указали, что эти дезодоранты выпускаются под одним брендом. Более половины респондентов (50,7%) указали, что могли бы приобрести продукт «CARELAX» по ошибке (при сравнении продуктов с открытыми наименованиями), причем основной причиной ошибки, по мнению 89,6% опрошенных, является схожесть продуктов. При оценке вероятности покупки, при демонстрации дезодорантов без цен, подавляющее большинство респондентов (84,7%) указало, что купило бы дезодорант марки «АХЕ». После объявления цены количество респондентов, выбравших «АХЕ», уменьшилось на 21,4%. Ведущими причинами выбора дезодоранта «АХЕ» были названы свойства бренда, а не конкретного продукта: известность марки и доверие к ней, в сумме на эти две причины указали 71,8% респондентов до указания цены и 83,9% после указания цены.

Заявителем также были представлены аналитические отчеты, составленные Агентством маркетинговых исследований «Практика» по результатам сравнительного тестирования дизайнов упаковок твердого мыла «Dove» и «Delicare Creme» и геля для душа «Dove» и «Delicare Creme», проведенного с 12 по 17 августа 2016 года.

Согласно данным аналитическим отчетам были сделаны следующие выводы.

При демонстрации твердого мыла «Delicare Creme» со скрытой торговой маркой 31% опрошенных ошибочно указали, что на полке марка «Dove». При парном сравнении образцов со скрытой торговой маркой 43% респондентов указали, что демонстрируемые образцы выпускаются под одной маркой. При парном сравнении продуктов с открытыми торговыми марками около половины респондентов (44%) указали, что могли бы приобрести продукт «Delicare Creme» по ошибке. В качестве основной причины ошибки (68%) была названа схожесть продуктов. При оценке вероятности покупки, при демонстрации мыла без цен, большинство опрошенных (62%) указали, что купили бы мыло марки «Dove». После объявления цены 18% респондентов, ранее выбравших «Dove», переключилось на «Delicare Creme». Основной причиной выбора мыла «Dove» являются свойства

бренда: известность марки и доверие к ней. Потребители приобретают «Delicare Creme» вместо «Dove», думая, что совершают выгодную покупку.

На основании результатов тестирования дизайнов упаковок геля для душа «Dove» и «Delicare Creme» исследователями были сделаны следующие выводы.

При демонстрации упаковки «Delicare Creme» со скрытой торговой маркой, каждый пятый респондент (19%) посчитал, что перед ним гель для душа «Dove». В ситуации парного сравнения образцов 30% опрошенных посчитали, что перед ними продукты одного производителя. При парном сравнении образцов с открытыми торговыми марками 36% опрошенных признали, что могли бы купить «Delicare Creme» по ошибке по причине внешнего сходства продуктов. При оценке вероятности покупки, при совместной демонстрации «Dove» и «Delicare Creme» без цен, 77% опрошенных указали, что купили бы гель марки «Dove». После объявления цены 13% респондентов, ранее выбравших «Dove», переключилось на «Delicare Creme». Основной причиной выбора геля для душа «Dove» названы свойства бренда: известность марки и доверие к ней.

Таким образом, в ходе исследования было определено, что более трети опрошенных потребителей смешивают дизайн гелей торговых марок «Dove» и «Delicare» и могли бы приобрести продукт «Delicare» по ошибке.

В материалах дела также имеется аналитический отчет, составленный Агентством маркетинговых исследований «Практика» по результатам сравнительного тестирования дизайнов упаковок ополаскивателей для полости рта «Лесной Бальзам» и «Таежные Рецепты», проведенного с 17 по 18 февраля 2017 года.

В соответствии с указанным аналитическим отчетом значительно более знакомой потребителю является марка «Лесной бальзам». 31% опрошенных после взгляда на полку с продукцией ответили, что перед ними марка «Лесной Бальзам», хотя демонстрировались образцы марки «Таежные рецепты». При парном сравнении образцов со скрытой торговой маркой 55% респондентов указали, что перед ними ополаскиватель «Лесной бальзам». В качестве признаков, по которым респонденты узнавали марку «Лесной Бальзам», были названы изобразительные и объемные характеристики продукта. 60% потребителей смешивают дизайн ополаскивателей торговых марок «Лесной Бальзам» и «Таежные Рецепты» при прямом сравнении с закрытым названием торговой марки. При парном сравнении продуктов с открытыми торговыми марками большинство (53%) респондентов указали, что могли бы приобрести продукт марки «Таежные Рецепты» по ошибке. При этом, покупателям ополаскивателя «Лесной Бальзам» важно то, что они выбирают проверенную опытом использования торговую марку с определенными потребительскими характеристиками.

Таким образом, на основании результатов тестирования дизайнов упаковок продукции Заявителя и Ответчика было установлено, что потребители смешивают внешний вид продукции по признакам сходства изобразительных и объемных характеристик продуктов, а также их совокупности, как при беглом ознакомлении (получая первое впечатление), так и при более внимательном рассмотрении тестируемых образцов.

Ответчиком в опровержение представленных Заявителем доказательств был приобщен в материалы дела отчет «Оценка степени сходства и различия упаковок

на полке в товарных категориях», составленный ООО «Опинион» в сентябре 2017 года по результатам опроса 900 потребителей в Москве, Санкт-Петербурге и Ярославле.

В категории «Крем-гели для душа» были получены следующие результаты.

На вопрос «Насколько вы согласны, что все товары на этой полке в какой-то степени похожи по внешнему виду друг на друга?» респонденты ответили:

40% - полностью согласны;

39% - скорее согласны, чем не согласны;

7% - совершенно не согласны;

14% - скорее не согласны, чем согласны.

На вопрос «Можете ли вы найти и узнать эту упаковку на полке среди других упаковок?» (демонстрируется упаковка крем-геля для душа «Delicare») респонденты ответили: 41% - нет, не могут; 59% - да, могут.

В категории «Мужские гели для душа» были получены следующие результаты.

На вопрос «Насколько вы согласны, что все товары на этой полке в какой-то степени похожи по внешнему виду друг на друга?» респонденты ответили:

48% - полностью согласны;

33% - скорее согласны, чем не согласны;

7% - совершенно не согласны;

12% - скорее не согласны, чем согласны.

На вопрос «Можете ли вы найти и узнать эту упаковку на полке среди других упаковок?» (демонстрируется упаковка геля для душа «CARELAX») респонденты ответили: 40% - нет, не могут; 60% - да, могут.

В категории «Мужские дезодоранты» были получены следующие результаты.

На вопрос «Насколько вы согласны, что все товары на этой полке в какой-то степени похожи по внешнему виду друг на друга?» респонденты ответили:

41% - полностью согласны;

30% - скорее согласны, чем не согласны;

9% - совершенно не согласны;

20% - скорее не согласны, чем согласны.

На вопрос «Можете ли вы найти и узнать эту упаковку на полке среди других упаковок?» (демонстрируется упаковка дезодоранта «Carelax») респонденты ответили: 45% - нет, не могут; 55% - да, могут.

В категории «Зубные пасты» были получены следующие результаты.

На вопрос «Насколько вы согласны, что все товары на этой полке в какой-то степени похожи по внешнему виду друг на друга?» респонденты ответили:

39% - полностью согласны;

27% - скорее согласны, чем не согласны;

12% - совершенно не согласны;

22% - скорее не согласны, чем согласны.

На вопрос «Можете ли вы найти и узнать эту упаковку на полке среди других упаковок?» (демонстрируется упаковка зубной пасты «Таежные рецепты») респонденты ответили: 40% - нет, не могут; 60% - да, могут.

В категории «Ополаскиватели для рта» были получены следующие результаты.

На вопрос «Насколько вы согласны, что все товары на этой полке в какой-то степени похожи по внешнему виду друг на друга?» респонденты ответили:

68% - полностью согласны;

22% - скорее согласны, чем не согласны;

4% - совершенно не согласны;

6% - скорее не согласны, чем согласны.

На вопрос «Можете ли вы найти и узнать эту упаковку на полке среди других упаковок?» (демонстрируется упаковка ополаскивателя для рта «Таежные рецепты») респонденты ответили: 29% - нет, не могут; 71% - да, могут.

В категории «Твердые крем-мыла» были получены следующие результаты.

На вопрос «Насколько вы согласны, что все товары на этой полке в какой-то степени похожи по внешнему виду друг на друга?» респонденты ответили:

30% - полностью согласны;

25% - скорее согласны, чем не согласны;

26% - совершенно не согласны;

19% - скорее не согласны, чем согласны.

На вопрос «Можете ли вы найти и узнать эту упаковку на полке среди других упаковок?» (демонстрируется упаковка твердого крем-мыла «Delicare Creme») респонденты ответили: 29% - нет, не могут; 71% - да, могут.

Большинство респондентов согласны, что товары в категории гели для душа (для женщин) (79%), гели для душа (для мужчин) (81%), дезодоранты (71%), зубные пасты (66%), ополаскиватели для рта (90%), твердое мыло (55%) на представленном полочном пространстве похожи по внешнему виду друг на друга.

Также представлен отчет «Идентификаторы товара на полке», подготовленный ООО «Опинион» в сентябре 2017 года по результатам опроса 500 респондентов в Санкт-Петербурге. Проведенный опрос дал следующие результаты.

«Что для Вас является определяющим при выборе товара на полке (чтобы выделить его среди других товаров на полке)?»:

53% - название/торговая марка;

15% - состав;

8% - производитель;

6% - внешнее оформление упаковки (цветовой фон);

5% - надписи на упаковке (вид средства, вид добавок, форма, способ применения и т.д.);

4% - форма упаковки;

1% - страна происхождения;

2% - затрудняюсь ответить.

«Как часто вы приобретали товары по ошибке, путая их по внешнему виду с товарами другого производителя?»:

5% - часто;

11% - иногда;

24% - редко;

60% - никогда.

«Оттолкнет ли вас от покупки внешнее сходство товара с товарами известных марок?»:

51% - оттолкнет;

49% - не оттолкнет.

«Как часто вы меняете свои предпочтения в марках средств по уходу за собой и домом (гели для душа, дезодоранты, пасты, ополаскиватели для полости рта, средства для мытья посуды, средства гигиены и т.д.)?»:

11% - часто;

36% - иногда;

42% - редко;

11% - никогда.

Ответчик также представил в материалы дела отчет ЗАО «Рефакта» о результатах

социологического исследования по изучению взаимного сходства во внешнем виде потребительских продуктов внутри одной товарной категории от 13.11.2017, согласно которому из шести сравнивавшихся групп товаров в четырех группах (ополаскиватели для рта, мыло, дезодоранты, мужские гели для душа) отмечается, что объекты похожи между собой, в одной группе (гели для душа) одинаково непохожи (с одним эксцессом Dove-Fa), которая, наиболее вероятно, является следствием методологических факторов и по одной группе (зубные пасты) статистически значимого результата получить не удалось.

Кроме того, Ответчик представил статистические данные об объеме выручки (в тыс. рублей) и объемах продаж в упаковках (в тыс. шт.) туалетного мыла «Dove» и «Delicare», дезодорантов «Ахе» и «Carelax» за период июль 2014 – июль 2017, а также гелей для душа «Dove» и «Delicare» за период июль 2014 – май 2017, которые, по мнению Ответчика, доказывают отсутствие у Заявителя убытков вследствие выхода на товарный рынок продукции Ответчика.

Ответчиком в материалы дела также была представлена презентация «Морфогенез. Зарождение и развитие форм», подготовленная <...>.

Анализируя внешний вид упаковок продукции Заявителя и Ответчика и представленные ими доказательства в совокупности, Комиссия ФАС России полагает необходимым руководствоваться пунктом 7.1.2.2 Руководства по осуществлению административных процедур и действий в рамках предоставления государственной услуги по государственной регистрации товарного знака, знака обслуживания, коллективного знака и выдаче свидетельств на товарный знак, знак обслуживания, коллективный знак, их дубликатов, утвержденных приказом Федеральной службы по интеллектуальной собственности (Роспатент) от 24.07.2018 № 128, согласно которому при определении сходства изобразительных и объемных обозначений наиболее важным является первое впечатление, так как именно оно наиболее близко к восприятию товарных знаков потребителями, уже приобретавшими такой товар. Следовательно, 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 (потребительские товары), внешний вид которой оценивается Комиссией ФАС России в ходе рассмотрения дела, как правило, располагаются рядом (иногда в смешанной выкладке) на одной полке, не относятся к товарам высокой ценовой категории и являются сравнимыми по стоимости с такими потребительскими товарами, как шампуни, ополаскиватели, бальзамы, кремы, маски и прочие товары повседневного спроса, приобретаемые 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 Ответчика относится к такой категории товаров, при покупке которых потребитель не склонен проявлять повышенную степени 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.

Вместе с тем, позиция Ответчика в отношении отсутствия имитации оформления продукции Заявителя строится на следующих основных доводах:

- у продукции Заявителя отсутствуют какие-либо уникальные особенности оформления;
- у всех товаров соответствующей товарной категории в оформлении присутствует набор родовых признаков, делающих все товары в данной категории похожими друг на друга («всё на всё похоже»);
- доказательства, представленные Заявителем (маркетинговое исследование), не подтверждают смешение, поскольку при проведении социологического исследования не учитывалось наличие родовых признаков, присущих всем товарам в данной категории.

Как следует из письменных пояснений Ответчика от 14.11.2017, Ответчик полагает, что в пункте 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции», запрещающем копирование или имитацию внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом-конкурентом, упаковки такого товара, его этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товар, речь идет о каждом отдельном элементе упаковки, который должен обладать ярко выраженной индивидуализирующей функцией, то есть уникальностью. В случае отсутствия такой уникальности у каждого отдельного элемента, речь не может идти об имитации товара хозяйствующего субъекта – конкурента.

Вместе с тем, Комиссия ФАС России не может признать данный довод обоснованным, исходя из следующего. Упаковка товара является неразрывной совокупностью составляющих ее элементов, а именно: форма упаковки, ее цвет, фактура, вид этикетки (форма, цвет, графическое и изобразительное решение) и ее расположение, наименование. Сочетание всех перечисленных

элементов формирует в результате зрительный образ товара, который запоминает потребитель, и на который он в дальнейшем ориентируется, осуществляя свои привычные покупки.

Так, оформление противопоставленной продукции мужских дезодорантов и гелей для душа имеет явно выраженные и несомненные черты сходства: сходная форма упаковки и крышки (цилиндрическая форма для дезодорантов и вертикально ориентированный прямоугольный флакон, имеющий сужение к центру для мужских гелей для душа), сходное композиционное построение основных элементов дизайна упаковки, а также использование на этикетке продукции сходного по звучанию словесного обозначения (наименования) «AXE» и «CARELAX», выполненные заглавными буквами серебристого цвета с белым контуром и размещенные на фоне цветного графического элемента, а также использование максимально схожих по цветовой палитре оттенков, а именно: упаковка дезодорантов и гелей для душа имеет темный фон с графическим рисунком на боковых сторонах упаковки, на которых наименование товара расположено по вертикали, а также черный колпачок. При этом на упаковках линейки дезодорантов и гелей для душа «AXE» используется цветовая комбинация, сходная с линейкой дезодорантов и гелей для душа «CARELAX» производства Ответчика (сочетание черного с фиолетово-розовым для дезодорантов и гелей для душа «AXE Excite» и «CARELAX inflame», черного с коричневого-золотым для дезодорантов «AXE DarkTemptation» и «CARELAX dark allurement», черного с сине-зеленым для дезодорантов «AXE Apollo» и «CARELAX infinite energy» и гелей для душа «AXE Apollo» и «CARELAX dark allurement»).

Туалетное крем-мыло и крем-гели для душа «Delicage Creme» имеют сходную с продукцией Заявителя форму: крем-мыло представляет собой картонную упаковку прямоугольной формы, при этом упаковка крем-геля для душа представляет собой овальный флакон, вытянутой формы, верхняя и нижняя часть которого сужаются к центру, с колпачками, разнообразными по цвету.

На этикетках туалетного крем-мыла и крем-гелей для душа используются сходные с продукцией Заявителя по цветовой палитре оттенки: светлый фон этикетки с

размещением натуралистического изображения ингредиентов продукта. При этом цветовая палитра надписей, размещаемых на упаковках продукции, а также цвета колпачка различается в зависимости от входящих в него компонентов. Например, сочетание белого и синего цветов на упаковках крем-мыла «Dove» и «Delicare Creme» classic, крем-гелях для душа «Dove» со сливой и цветками сакуры и «Delicare Creme» с сливой, цветами сакуры и маслом жожоба, белого и зеленого цветов на упаковках крем-мыла «Dove» и «Delicare Creme» fresh, крем-гелях для душа «Dove» с фисташковым кремом и ароматом магнолии и «Delicare Creme» с маслом макадамии. Вместе с тем, на упаковках продукции словесные обозначения «Dove» и «Delicare Creme» выполнены с использованием шрифта, сходного по размеру, цвету и пространственному расположению на упаковке. При этом все графические и словесные элементы на упаковках продукции Ответчика расположены идентично продукции Заявителя.

Вместе с тем, оформление упаковок зубных паст и ополаскивателей для полости рта «Таежные рецепты» является сходным с продукцией Заявителя, а именно: упаковки ополаскивателя для полости рта представляет собой прозрачную бутылку в форме вертикально ориентированного прямоугольника, имеющего расширение по верхней грани, с высоким колпачком цилиндрической формы белого цвета. Пространственное расположение основных элементов дизайна (наименование товара, описание основных ингредиентов и их изображение, описание действия продукта), а также наименование товара, состоящее из двух слов, расположенных в две строки и выполненных шрифтом белого цвета, является сходным с продукцией Заявителя. Вместе с тем, при оформлении упаковок зубных паст и ополаскивателей для рта также используются сходные с продукцией Заявителя цвета в зависимости от ингредиентов, входящих в состав: сочетание зеленого и коричневого, зеленого и фиолетового, зеленого и оранжевого цветов, что еще больше усиливает сходство. При этом, цвет жидкости ополаскивателей для полости рта «Таежные рецепты» — зеленый, также является сходным с ополаскивателями для полости рта «Лесной Бальзам». Кроме того, линейки зубных паст («экстракт коры дуба и пихты», «экстракт шалфея», «экстракт прополиса») и ополаскивателей для полости рта («экстракт коры дуба и пихты», «экстракт кедровых орешков и шалфея», «экстракт зверобоя и прополиса») «Таежные рецепты» являются сходными с линейками зубных паст и ополаскивателей для полости рта «Лесной бальзам».

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

Согласно презентации Заявителя, представленной на заседание Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе 70% решений о покупке принимается непосредственно в магазине у полки, при этом в среднем покупатель тратит около 5 секунд на выбор. Вместе с тем, цвет (сочетания

цветов) – самый важный критерий в узнавании марки покупателями, поскольку цвет – это первая информация, которую воспринимает человеческий глаз, и только после – форму, символы и слова.

Форма упаковки и структура расположения элементов – следующий по значимости критерий, влияющий на узнавание бренда. Форма упаковки, включая структуру расположения элементов дизайна на упаковке, влияет на узнавание бренда, его оценку покупателем и предпочтение над другими брендами. В свою очередь графические элементы и символы способны мгновенно донести сообщение, характеристики или преимущества марки без слов. При этом продолжительное использование определенного символа маркой вызывает ассоциацию марки с таким символом и влияет на узнавание марки. Надписи в иерархии восприятия элементов упаковки, слова и цифры играют наименее значимую роль в связи с визуальными особенностями восприятия человека.

По мнению Комиссии ФАС России, отсутствуют какие-либо объективные причины для использования на этикетке продукции максимально схожих цветов, учитывая многообразие оттенков цветов в палитре. Кроме того, отсутствуют реальные основания для использования упаковки именно такой формы с крышкой, учитывая разнообразие форм упаковок и цветов крышек, используемых на рынке косметической продукции, что также подтверждается презентацией, представленной Заявителем на заседание Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе. Например, дезодорант «Rexona» имеет упаковку вытянутой прямоугольной формы белого или серого цвета с прямоугольной крышкой черного цвета, дезодорант «Old Spice» имеет цилиндрическую форму или упаковку прямоугольной формы, вытянутую вверх, красного цвета с крышкой красного либо прозрачного цвета. При этом формы упаковок мужских гелей для душа также различаются: гель для душа «Nivea» имеет прямоугольную форму синего цвета с рельефными боковинами и широким колпачком, гель для душа «Palmolive» имеет овальную форму с плоским дном и крышкой нестандартной формы черного цвета, скошенной с правой и левой стороны к центру, упаковку прозрачного цвета с яркими вставками на передней части этикетки. Вместе с тем, название на упаковках мужских дезодорантов и гелей для душа, как правило, располагается горизонтально, за исключением продукции Заявителя и Ответчика.

Туалетные крем-мыла также разнообразны по форме и цвету, например, туалетное крем-мыло «Бархатные ручки» имеет картонную упаковку прямоугольной формы, при оформлении которой используются сочетание белого и светло-коричневого цветов. В свою очередь упаковка туалетного крем-мыла «Santal» имеет картонную упаковку, обтягивающую мыло по форме, оформленную с доминированием розового или фиолетового цвета, при этом название на упаковке размещается в волнообразной рамке. Что касается крем-геля для душа, то упаковки также различаются по форме, цвету и расположению словесных элементов. Крем-гель для душа «FA» имеет упаковку овальной формы с плоским дном и крышкой овальной формы, разнообразной по цвету, с использованием названия на передней части этикетки синего цвета, при этом крем-гель «Palmolive» имеет упаковку овальной формы с плоским дном, сужающуюся в середине к центру, при этом на передней части каплевидной формы этикетки размещаются словесные и изобразительные элементы, а также размещается название в прямоугольной

рамке темно-бирюзового цвета.

Комиссия ФАС России отмечает, что впервые маркетинговая идея продвижения крем-мыла, состоящего на $\frac{1}{4}$ из увлажняющего крема, марки «Dove», была разработана и внедрена Заявителем. Успех широкомасштабной рекламной кампании крем-мыла побудил производителей в дальнейшем выпустить в 1995 году крем-гель для душа «Dove» с использованием указанной маркетинговой идеи.

При этом слово «срем» - крем, используемое на упаковках туалетного крем-мыла, на которых указывается доля содержания крема в составе продукта, и крем-гелей для душа «Delicare Срем» семантически указывает, что туалетное крем-мыло и крем-гели для душа содержат крем в своем составе, что, в свою очередь, создает ассоциативную связь с туалетным крем-мылом и крем-гелем для душа «Dove» производства ООО «Юнилевер Русь» за счет широкомасштабной рекламной кампании по продвижению товаров данной марки.

Зубные пасты и ополаскиватели для полости рта также разнообразны по форме и цветовому решению, так, например, упаковка зубной пасты «Splat» выполнена с доминированием белого цвета с опоясывающей полосой возле крышки, при этом название размещено шрифтом белого цвета в красном прямоугольнике. Упаковка зубной пасты «Colgate» оформлена с доминированием красного цвета, на котором название размещено крупным шрифтом белого цвета на красном фоне. Что касается ополаскивателей для полости рта, они также разнообразны по оформлению: ополаскиватели для полости рта «Splat» имеют упаковку овальной формы с плоским дном, оформленную белым цветом, на передней части этикетки которой размещается название в красном прямоугольнике шрифтом белого цвета. Ополаскиватели для полости рта «Lacalut» имеют также упаковку овальной формы, сужающуюся кверху, с плоским дном, при этом на передней части этикетки размещается название крупным шрифтом красного цвета с изображением перед названием зуба и воспаленной десны в круге. Вместе с тем, Комиссия ФАС России обращает внимание, что цвет жидкостей ополаскивателей для полости рта также различается, например, ополаскиватели для полости рта «Lacalut» имеют жидкости бирюзового, красного, синего и салатного цветов и.т.д. Ополаскиватели для полости рта «Listerine» имеют фиолетовые, оранжевые, бирюзовые, салатные цвета и.т.д.

Также отличаются и линейки зубных паст и ополаскивателей для полости рта: ополаскиватель для полости рта «Colgate» имеет следующую линейку: «нежная мята», «алтайские травы», «кора дуба и пихты», «свежесть чая». Вместе с тем, ополаскиватель для полости рта «Splat» имеет линейку «ультракомплекс», «биокальций», «отбеливание плюс», «лечебные травы».

Комиссия ФАС России обращает внимание, что, учитывая разнообразие линеек зубных паст и ополаскивателей для полости рта, линейки данной продукции являются сходными только у Заявителя и Ответчика.

При этом Комиссия ФАС России критически относится к выводу отчета ЗАО «Рефакта» о результатах социологического исследования по изучению взаимного сходства во внешнем виде потребительских продуктов внутри одной товарной категории о том, что из шести сравнивавшихся групп товаров в четырех группах (ополаскиватели для рта, мыло, дезодоранты, мужские гели для душа) объекты похожи между собой.

Необходимо отметить, что довод Ответчика «всё на всё похоже», а также гипотеза ЗАО «Рефакта» о том, что все объекты, принадлежащие каждой товарной категории воспринимаются потребителями как схожие, не являются новым в практике рассмотрения дел о нарушениях антимонопольного законодательства в виде недобросовестной конкуренции.

Так, суды при рассмотрении дела № А40-131848/12-149-1248 указали: «...каждый производитель стремится в оформлении своего продукта внести некий элемент, позволяющий отграничить его продукцию от аналогичной продукции конкурентов», отметив, что выведение на рынок новой продукции без каких-либо ярких индивидуализирующих черт, однако максимально приближенной по оформлению к уже широко известной линейке продукции конкурента, не вкладывая средств, направленных на продвижение новой продукции, указывает на намерение воспользоваться репутацией, узнаваемостью продукции конкурента, что нельзя считать добропорядочным поведением, соответствующим честным обычаям в промышленных и торговых делах по смыслу статьи 10bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883.

В отношении наличия так называемых родовых признаков, присущих всем товарам определенной товарной группы, необходимо отметить следующее. Письменные пояснения Ответчика, равно как и устные пояснения, данные Комиссии ФАС России приглашенными Ответчиком <...>, не содержат конкретного указания на то, какие именно родовые признаки наличествуют в оформлении рассматриваемых товаров, несмотря на то, что, по мнению Ответчика, именно наличие родовых признаков и обуславливает сходство пар товаров, являющихся предметом рассмотрения настоящего дела.

Часть элементов оформления несомненно имеет и функциональную нагрузку (например, сужение корпуса бутылки для большего удобства использования). Однако функциональность не несет в себе обязанности исполнения тех или иных элементов оформления определенным, установленным образом. Например, сужение корпуса бутылки геля для душа может быть исполнено в верхней части бутылки («Nivea» и «Lilien»), может располагаться в средней части («Camay», «Old Spice», «Palmolive»), а также может быть исполнено в нижней части бутылки («Thermal Line»). Вместе с тем, у большого количества имеющихся на товарном рынке гелей для душа отсутствует такое сужение бутылки («Le Petit Marseillais», «Nivea Men»), либо оно не является столь выраженным («Чистая Линия»).

Одновременно необходимо отметить, что даже краткий обзор товарного рынка мужских гелей для душа, крем-гелей для душа, дезодоратов, ополаскивателей для рта показывает, что оформление указанных средств отличается разнообразием форм самих бутылок, крышек (откидные крышки, дозаторы пуш-пул), упаковок, а также разнообразием цветовых, изобразительных решений дизайна.

Подтверждением чего является исследование ООО «Опинион» «Оценка степени сходства и различия упаковок на полке в товарных категориях», содержащее на стр. 9, 14, 17, 23, карточки с изображением магазинной полки с гелями для душа, дезодорантами, ополаскивателями для рта, а также презентация, представленная Заявителем на заседание Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе, где имеются слайды топ-20 самых востребованных товаров, разнообразных по дизайнерским решениям, воплощенным в товарах

рассматриваемых категорий.

Все вышесказанное дает основание для вывода о том, что единственным «родовым» признаком, объединяющим все имеющиеся на товарном рынке дезодоранты, гели для душа, крем-гели для душа, ополаскиватели для полости рта, является то, что обусловлено физической природой самого товара – жидкости, а именно: потребительской тарой для данного товара является флакон, закрытый крышкой.

В отношении оформления туалетного крем-мыла и зубных паст такой потребительской тарой является картонная упаковка. Однако в данном случае сам товар диктует форму упаковки. Все же остальные элементы оформления определяются только фантазией дизайнеров либо той или иной маркетинговой идеей, заложенной производителем в соответствующий бренд.

При этом не представляется возможным согласиться с утверждением Ответчика о необходимости «минусовать» сходные родовые признаки при определении сходства товаров определенной категории. Комиссия ФАС России полагает такой тезис ошибочным. Добросовестный производитель при выборе вариантов оформления производимой продукции учитывает наличие особенностей товара, которые могут повлечь сходство с иными аналогичными товарами, в том числе сходство используемых форм потребительской тары, при этом стремится выделить свой товар среди однородных, наделив его заметным внешним отличием. Если же при множестве вариантов оформления производитель товара выбрал тот дизайн, который, не имея своих ярко выраженных отличительных особенностей, максимально похож на дизайн товара конкурента (при этом товара хорошо известного потребителю, широко рекламируемого и узнаваемого за счет массивного продвижения на рынке), действия такого производителя не могут признаваться добросовестными и соответствующими честным обычаям в промышленных и торговых делах по смыслу статьи 10bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883.

Кроме того, каждый производитель стремится в оформлении своего продукта внести некий элемент, позволяющий отграничить его продукцию от аналогичной продукции конкурентов. Это может быть яркое цветовое решение (например, дезодорант «Old Spice», мужской гель для душа «Old Spice»), или наличие броской надписи (зубная паста «Colgate», ополаскиватели для полости рта «Colgate» и др.), или использование нетрадиционного фоновых цвета (туалетное крем-мыло «Сапун» и др.).

В данном случае ООО «Стокист» вводит на рынок новую продукцию с наименованием «CARELAX», «Delicare Creme», «Таежные рецепты», без каких-либо ярких индивидуализирующих черт, однако максимально приближенную по оформлению к уже широко известной линейке продукции под торговыми наименованиями «АХЕ», «Dove», «Лесной бальзам», при этом не вкладывая средств, направленных на продвижение новой продукции.

Вместе с тем, продукция Заявителя под брендами «АХЕ», «Dove» и «Лесной бальзам» известна на российском товарном рынке значительный период времени, превышающий 10 лет.

Заявителем осуществлены многомиллионные затраты в целях продвижения и

рекламирования товаров под брендами «АХЕ», «Dove» и «Лесной бальзам», включающие в себя затраты на размещение рекламных материалов на телевизионных каналах на территории России, в сети Интернет, в печатных изданиях, а также на проведение специальных проектов по размещению рекламы.

Вместе с тем, продукция Ответчика на соответствующих товарных рынках Российской Федерации появилась значительно позже, чем продукция Заявителя. В материалах дела полностью отсутствуют сведения о затратах, понесенных Ответчиком в связи с продвижением и рекламированием своих товаров.

Исходя из изложенного, Комиссия ФАС России полагает установленным, что действия Ответчика по введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации мужских дезодорантов в ассортименте под брендом «CARELAX», гелей для душа в ассортименте под брендом «CARELAX», туалетного крем-мыла, крем-геля для душа в ассортименте под брендом «Delicare», зубных паст, ополаскивателей для рта под брендом «Таежные Рецепты» приводят к смешению продукции разных производителей в связи с использованием дизайнерских решений, используемых при оформлении продукции Заявителя. При этом Ответчик имеет возможность продавать свою продукцию по ценам, ниже цен на продукцию Заявителей, в связи с отсутствием необходимости нести затраты на продвижение своей продукции, используя сложившуюся за долгие годы присутствия на российском рынке репутацию Заявителей и высокую степень узнаваемости имитируемых товаров, сформированную за счет широкомасштабной рекламной компании по продвижению рассматриваемых товаров Заявителя.

Вместе с тем, анализируя доказательства, представленные Ответчиком в подтверждение своей позиции, Комиссия ФАС России считает необходимым отметить следующие обстоятельства.

Анализ представленного отчета «Оценка степени сходства и различия упаковок на полке в товарных категориях», составленного ООО «Опинон» в сентябре 2017 года по результатам опроса 900 потребителей в Москве, Санкт-Петербурге и Ярославле, показывает несоответствие цели, поставленной перед исследователями: «Определить, насколько в исследуемых товарных категориях на полочном пространстве товары похожи друг на друга», методам достижения декларируемой цели.

Исследователи сформулировали вопросы следующим образом: «Насколько вы согласны, что все товары на этой полке в какой-то степени похожи по внешнему виду друг на друга?», что уже такой постановкой вопроса подталкивает потребителя к тому, что уже является установленным факт сходства товаров на полке. Но даже при такой постановке вопроса, с наличием сходства не согласились 21% респондентов в отношении крем-гелей для душа, 19% - в отношении мужских гелей для душа, 29% респондентов в отношении дезодорантов, 34% - в отношении зубных паст, 10% - в отношении ополаскивателей для рта.

Следующий вопрос сформулирован следующим образом: «Можете ли вы найти и узнать эту упаковку на полке среди других упаковок?».

Согласно выводам исследователей, большинство считают упаковку геля для душа «Delicare Creme» (59%), геля для душа «CARELAX» (60%), дезодоранта «CARELAX»

(55%), зубной пасты «Таежные рецепты» (60%), ополаскивателя для рта «Таежные рецепты» (71%), твердого мыла «Delicare Creme» (71%) уникальной и могут найти и узнать эту упаковку на торговой полке среди других упаковок.

Несмотря на то, что респондентам не задавались вопросы о том, считают ли они упаковки продуктов «CARELAX», «Delicare Creme» и «Таежные рецепты» уникальными, исследователи пришли к выводу, что потребители считают упаковки данных продуктов таковыми. Вместе с тем, из представленного исследования не представляется возможным установить, осуществлялся ли исследователями контроль правильности данных ответов: респонденты не должны были указывать выбранный товар на фотографии полки, а только отвечали «да» или «нет». В связи с данным обстоятельством результаты данного опроса не представляется возможным рассматривать в качестве достоверного доказательства отсутствия сходства рассматриваемых товаров.

Оценивая представленную Ответчиком презентацию «Морфогенез. Зарождение и развитие форм», подготовленную <...>, необходимо отметить, что указанная презентация по большей части не имеет отношения к предмету рассмотрения настоящего дела.

Большая часть презентации посвящена тому, что товары, на примере автомобилей и смартфонов, выглядят одинаково за счет повторения одних и тех же черт (родовых признаков), отличаются друг от друга крайне незначительно, в основном брендами производителей.

Однако товары, о которых идет речь в презентации, и товары, рассматриваемые в настоящем деле, относятся к разным классам товаров, различие которых определены отличающимися покупательскими (потребительскими) привычками.

Товары широкого потребления согласно классификации товаров, приведенной Филиппом Котлером в труде «Основы маркетинга», о котором упоминалось выше, подразделяется на следующие виды:

товары повседневного спроса;

товары предварительного выбора;

товары особого спроса;

товары пассивного спроса.

Товары повседневного спроса, как следует из их названия, нужны потребителям каждый день и покупаются ими по уже сформировавшимся, установившимся стереотипам без особых раздумий и сравнений при выборе.

Основные товары повседневного спроса покупаются людьми регулярно, иногда ежедневно. К ним относятся основные продукты питания (не деликатесы) — овощи, хлеб, молоко, мясо, крупы, макаронные изделия и др. Сюда относятся также мыло, стиральные порошки и т.п.

Товары предварительного выбора приобретаются редко и практически всегда рассчитаны на длительное применение. К ним относятся одежда, обувь, мебель, автомобили, электробытовые приборы (холодильники, стиральные машины,

микроволновые печи и др.). Выбирая их, потребитель обычно тратит много времени и сил на сравнение различных марок, моделей, стремясь совершить наиболее выгодную для себя покупку с точки зрения качества, цены, соответствия функциональных характеристик товара своим потребностям.

Кроме того, в рассматриваемом деле оценка дается упаковке товара и возможности выявить отличия между упаковками товаров, а не самим товарам, в то время как сходство автомобилей и смартфонов продемонстрировано за счет сходства самих товаров.

Единственный слайд, имеющий отношение к предмету рассмотрения, посвящен шампуням, хотя четыре товара из пяти являются гелями для душа.

В данном случае Комиссия ФАС России полагает правомерным сослаться на презентацию «Существенные ограничения исследования Рефакта, не позволяющие полагаться на данное исследование как репрезентативное», подготовленную ООО «Юнилевер Русь» для заседания Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе и приобщенную к материалам дела № 1-14-47/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства.

Два слайда указанной презентации посвящены женским гелям для душа, изображения которых размещены в презентации «Морфогенез. Зарождение и развитие форм». Приведенный в презентации ТОП-20 продуктов на рынке женских гелей для душа в 2017 году показывает разнообразие многоцветных дизайнов упаковок разной формы, а не только белых тонов и овального силуэта, которые представлены в презентации «Морфогенез. Зарождение и развитие форм». Таким образом, неизбежным является вывод о том, что образцы женских гелей для душа специально подбирались необходимого дизайна для подтверждения позиции Ответчика, но не для иллюстрации реально существующей ситуации на соответствующем товарном рынке.

В материалах дела также имеются статистические данные (предположительно компании AC Nielsen), представленные Ответчиком, об объеме выручки (в тыс. рублей) и объемах продаж в упаковках (в тыс. шт.) дезодорантов, туалетного мыла за период август 2016 – июль 2017, гелей для душа в период сентябрь 2016 – август 2017, которые, по мнению Ответчика, доказывают отсутствие у Заявителей убытков вследствие выхода на товарный рынок продукции Ответчика. При этом спрос на товары Заявителя не растёт, а находится примерно на том же уровне, на котором он находился в момент выхода товара на рынок.

Кроме того, Ответчиком в опровержение представленных Заявителем доказательств было приобщено в материалы дела экспертное заключение <...> на исследования, проведенные маркетинговым агентством «Практика», согласно которому гипотеза о том, что продукты конкурентов умышленно имитируют соответствующие марки, выпускаемые Заявителем, не проверена, а вывод о смешении потребителями продуктов не может считаться обоснованным.

В опровержение представленных Ответчиком документов Заявитель представил экспертное заключение <...> на исследование, проведенное компанией ООО «Опинион» «Оценка степени сходства и различия упаковок на полке в товарных

категориях», согласно которому эксперт пришел к выводу, что исследование не является точным и надежным, а представленные в нем выводы обоснованными. Представленная в нем методология и используемая методика и техника исследования не соответствуют научным стандартам для проведения исследований такого рода и методическим рекомендациям. Приведенные в отчете данные содержат неточности, некорректные обобщения, выводы, которые не подтверждаются данными исследования.

Кроме того, Заявитель представил в материалы дела рецензию <...> на экспертное заключение <...> о четырех исследованиях, проведенных маркетинговым агентством МА «Практика», согласно которой был сделан вывод, что экспертное заключение <...> не является полным, всесторонним и объективным, выводы научно и методологически не обоснованы, текст экспертизы содержит множество небрежностей и ошибок, таких как неточные и искаженные цитирования, ошибки в наименованиях, также нарушенные причинно-следственные связи. Какие-либо ссылки на правовые, методологические, научные материалы или нормы, которые бы подтверждали анализ или выводы эксперта, отсутствуют. Таким образом, данное экспертное заключение не может быть использовано для оценки качества обсуждаемых исследований, проведенных исследовательским агентством «МА Практика».

Вместе с тем, сами тесты исследовательского маркетингового агентства «Практика» отвечают заданной цели по определению степени схожести дизайнов упаковок продуктов, не содержат существенных недостатков и их результаты могут быть использованы в качестве доказательства фактов наличия или отсутствия смешения дизайнов среди соответствующих групп потребителей.

Ответчик представил в материалы дела ответ ООО «Опинион» на экспертное заключение Уральского федерального университета имени первого Президента России Б.Н. Ельцина.

В материалах дела также имеется отзыв <...> и <...> на рецензию <...> на экспертное заключение <...>, согласно которому был сделан вывод, что аргументы <...>, приводимые ею в обоснование валидности и надежности выводов проведенной маркетинговым агентством «Практика» серии исследований, следует признать неубедительными, а сами выводы несостоятельными.

Ответчик также приобщил в материалы дела рецензию <...> и <...> на экспертное заключение от 07.09.2017 кандидата философских наук <...> «О четырех исследованиях, проведенных маркетинговым агентством «Практика» для компании «Unilever» с марта 2016 по февраль 2017 года, а также экспертное заключение ЗАО «Рефакта» от 10.11.2017 о серии социологических исследований сходства торговых марок, проведенных МА «Практика» с февраля (марта) 2016 года по февраль 2017 года, согласно которой был сделан вывод, что рецензируемое <...> исследование следует признать не соответствующим современным психологическим и социологическим методологическим стандартам, а выводы такого исследования - не обоснованными.

В соответствии с экспертным заключением <...> и <...> был сделан вывод, что в целом, вся серия исследований маркетингового агентства «Практика», организованных по трафаретному признаку, выполнена на весьма низком профессиональном уровне. Авторам исследования не хватает компетентности в

области когнитивной и экспериментальной психологии, в которых разработаны основные подходы подобных экспериментальных планов. При этом полученные в ходе исследования выводы не обоснованы, но даже если бы они были обоснованы, их нельзя переносить на всю совокупность российских потребителей.

Однако все представленные лицами, участвующими в рассмотрении дела, экспертные заключения, рецензии и отзывы, дающие оценку имеющимся в деле доказательствам, Комиссия ФАС России не может рассматривать в качестве доказательств, поскольку они не содержат свидетельств, относящихся к предмету рассмотрения дела № 1-14-47/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства, а также заказываются для того, чтобы опровергнуть или поставить под сомнение выводы представленного доказательства. Цель подобных заключений, рецензий и отзывов не позволяет рассматривать их в качестве объективного свидетельства, поскольку указанные документы представляют собой мнение одного лица, высказывавшего свое профессиональное суждение по поставленному вопросу.

Вместе с тем, для рассматриваемого дела имеют значение исследования, в том числе социологические, со значительной репрезентативной выборкой, на основании которых можно получить широкий срез общественного мнения потребителей косметической продукции о возможности наличия смешения на рынке при введении в гражданский оборот товаров Заявителя и Ответчика.

Учитывая наличие в материалах дела разнонаправленных доказательств, Комиссия ФАС России определением от 14.11.2017 приостановила рассмотрение дела № 1-14-47/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства в связи с необходимостью вынести вопрос о возможности смешения на рынке при введении в оборот товаров производства ООО «Юнилевер Русь» и ООО «Стокист», а также об осуществлении ООО «Стокист» тактики, связанной с использованием дизайнерских решений: композиционного построения, элементов, шрифта, фактуры и цветовой гаммы, присущей продукции ООО «Юнилевер Русь», на заседании Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе.

Согласно пункту IV Протокола от 21.05.2018 № 1 заседания Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе в результате обсуждения Экспертный совет пришел к следующим выводам:

1. Отметить, что при анализе сходства брендов значение имеет цвет, форма, изображение символов и надписи, при этом цвет является ключевым фактором, на что изначально обращают внимание потребители.
2. Отметить, что продукция ООО «Стокист» совпадает с продукцией ООО «Юнилевер Русь» по цвету, форме, символам и надписям.
3. Обратить внимание, что бизнес-модель ООО «Стокист» характеризуется подражанием дизайнам наиболее ходовых позиций товаров разных производителей.

- Признать возможность смешения на рынке при введении в оборот товаров ООО «Стокист» и ООО «Юнилевер Русь».

В отношении остальных доказательств, представленных лицами, участвующими в рассмотрении дела, и заявленных Ответчиком доводов необходимо отметить следующее.

21.06.2018 Комиссией ФАС России принято заключение об обстоятельствах дела № 1-14-47/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства. По мнению Ответчика, заключение не соответствует требованиям статьи 48.1 Закона «О защите конкуренции», пункт 2 части 1 которой говорит о том, что заключение об обстоятельствах должно содержать доказательства, на которых основаны выводы комиссии об обстоятельствах дела, мотивы, по которым комиссия отвергла те или иные доказательства, приняла или отклонила приведенные в обоснование своих требований и возражений доводы лиц, участвующих в деле. По мнению Ответчика, в заключении не отражено, какие доводы Ответчика были приняты или отклонены, а также мотивы принятия или отклонения доводов Ответчика.

Однако Комиссия ФАС России полагает данный довод безосновательным, поскольку все представленные Ответчиком доказательства и доводы Комиссией ФАС России были приняты. В то же время согласно части 1 статьи 49 Закона «О защите конкуренции» оценка доказательствам и доводам, представленным лицами, участвующими в деле, дается комиссией при принятии решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Как указано в заключении об обстоятельствах дела № 1-14-47/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства все представленные лицами, участвующими в деле, экспертные заключения, рецензии и отзывы, дающие оценку имеющимся в деле доказательствам, Комиссия ФАС России не может расценивать в качестве доказательств, поскольку они не содержат свидетельств, относящихся к предмету рассмотрения дела № 1-14-47/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства. Данный вывод Комиссии ФАС России соответствует требованиям статьи 48.1 Закона «О защите конкуренции».

Однако Ответчик с вышеуказанным мотивом отклонения представленных им доказательств, в том числе экспертного заключения <...> и <...> о серии социологических исследований сходства торговых марок (холл-тестов), проведенных маркетинговым агентством «Практика», не согласен со ссылкой на статью 45.1 Закона «О защите конкуренции», в соответствии с которой под доказательствами по делу о нарушении антимонопольного законодательства понимаются сведения о фактах, которые получены в установленном настоящим Федеральным законом порядке и на основании которых комиссия устанавливает наличие либо отсутствие нарушения антимонопольного законодательства, обоснованность доводов лиц, участвующих в деле, а также иные обстоятельства, имеющие значение для полного и всестороннего рассмотрения дела.

Однако Комиссия ФАС России полагает необходимым обратить внимание на то, что под доказательствами по смыслу вышеприведенной нормы понимаются сведения о фактах, которые необходимо отграничивать от оценочных суждений, мнений, убеждений частных лиц.

В связи с этим Комиссия ФАС России считает обоснованным и правомерным учитывать в том числе правовой подход, изложенный в пункте 9 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.02.2005 № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц», в соответствии с которым следует различать имеющие место утверждения о фактах, соответствие действительности которых можно проверить, и оценочные суждения, мнения, убеждения, которые не являются предметом судебной защиты в порядке статьи 152 Гражданского кодекса Российской Федерации, поскольку, являясь выражением субъективного мнения и взглядов ответчика, не могут быть проверены на предмет соответствия их действительности.

Вместе с тем, анализируя представленные социологические исследования Комиссия ФАС России полагает необходимым отметить, что вопросы, поставленные в рамках маркетинговых исследований, проведенных маркетинговым агентством «Практика», наиболее соответствуют целям рассмотрения настоящего дела, поскольку в данном деле имеют значение исследования, в том числе социологические, со значительной репрезентативной выборкой, на основании которых можно получить широкий срез общественного мнения потребителей соответствующих товаров о наличии либо отсутствии сходства рассматриваемых товаров.

Представленные Заявителем маркетинговые исследования содержат результаты опроса, отражающего мнение потребителей: о внешнем сходстве противопоставленной продукции в целом; о сходстве отдельных элементов оформления; о принадлежности противопоставленной продукции к линейке одного производителя; о возможности совершения ошибки при покупке; о снижении степени доверия потребителей к продукции Заявителя в результате ошибочной покупки.

Выводы данного исследования подтверждаются выводами, содержащимися в отчете «Идентификаторы товара на полке», подготовленном ООО «Опинион», согласно которому 40% потребителей приобретали товары по ошибке, путая их по внешнему виду с товарами другого производителя.

В то же время недостатки, выявленные при изучении представленных Ответчиком социологических исследований, подробно описаны выше.

В отношении представленных Ответчиком статистических данных необходимо отметить, что представленные данные не оформлены в виде документа, отсутствуют реквизиты и подпись должностного лица, а также ссылка на источник получения данных (предположительно компания AC Nielsen). Вместе с тем, представленные статистические данные представляют объем продаж и объем выручки по соответствующим брендам: «AXE», «CARELAX», «Dove» и «Delicare». Показатели в отношении товаров «Лесной бальзам» и «Таежные рецепты» отсутствуют, а в отношении бренда «AXE» и «CARELAX» необходимо отметить, что общие сведения о продажах товаров, относящихся к данному бренду, не могут рассматриваться в качестве сведений о конкретных товарах, являющихся предметом рассмотрения в данном деле – мужских дезодорантов и гелей для душа под брендами «AXE» и «CARELAX». Аналогичная ситуация прослеживается с брендами «Dove» и «Delicare». Так, к бренду «AXE» относятся не только дезодоранты «AXE» аэрозольные объемом 150 мл (предмет рассмотрения настоящего дела), но

и аналогичные средства шариковые или карандаш объемом 50 мл. При этом к мужским гелям для душа бренда «АХЕ» относятся также гели для душа других линеек, не являющихся предметом рассмотрения настоящего дела. К дезодорантам бренда «CARELAX» также относятся женские дезодоранты аэрозольные и шариковые объемом 150 и 50 мл соответственно, не являющиеся предметом рассмотрения настоящего дела.

Что касается туалетного крем-мыла и крем-гелей для душа бренда «Dove», к данному бренду относятся не только крем-мыла объемом 135 грамм (предмет рассмотрения настоящего дела), но и жидкие туалетные крем-мыла объемом 250 мл с помповым дозатором различных линеек, а также гели для душа для мужчин. Вместе с тем, к туалетным мылам и гелям для душа бренда «CARELAX» относятся также жидкие туалетные крем-мыла объемом 500 мл в упаковках дой-пак, а также гели для душа объемом 250 мл с помповым дозатором и гели для душа цилиндрической формы объемом 250 мл с крышкой цилиндрической формы, не являющиеся предметом рассмотрения настоящего дела.

В связи с изложенным представленные статистические данные не могут быть признаны релевантными в качестве доказательства причинения (либо отсутствия причинения) убытков Заявителю деятельностью Ответчика.

В отношении довода Ответчика о нарушении Комиссией ФАС России срока рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства необходимо отметить следующее. Настоящее дело возбуждено 13.06.2017. Определением ФАС России от 14.11.2017 рассмотрение дела было приостановлено в связи с необходимостью вынести вопрос о возможности смешения на рынке при введении в оборот товаров производства ООО «Юнилевер Русь» и товаров производства ООО «Стокист» на обсуждение Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе. Вынесение вопросов на обсуждение Экспертного совета является обычной практикой по данной категории дел при наличии разнонаправленных доказательств (результатов социологических опросов). Как правило, в таких случаях рассмотрение дела приостанавливается.

Кроме того, перечень оснований прекращения рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, содержащийся в части 1 статьи 48 Закона «О защите конкуренции» и являющийся закрытым, не содержит такого основания прекращения рассмотрения, как истечение срока рассмотрения дела. Единственное основание, связанное с истечением срока, - это истечение срока давности, предусмотренного статьей 41.1 Закона «О защите конкуренции». Однако действия Ответчика, рассматриваемые в рамках настоящего дела, подпадают под срок давности рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

В связи с этим Комиссия ФАС России не усматривает оснований для прекращения рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

В связи с изложенным и на основании статьи 48.1 Закона «О защите конкуренции» Комиссией ФАС России было принято заключение об обстоятельствах дела (письмо от 21.06.2018 № 08/46292/18), копии которого были вручены лицам, участвующим в деле, и направлены в их адреса посредством почты России.

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.

Согласно пункту 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.

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.

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, что действия Ответчика по введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации мужских дезодорантов в ассортименте под брендом «CARELAX», гелей для душа в ассортименте под брендом «CARELAX», туалетного крем-мыла, крем-геля для душа в ассортименте под брендом «Delicare», зубных паст, ополаскивателей для рта под брендом «Таежные Рецепты» приводят к смешению с мужскими дезодорантами в ассортименте, гелями для душа под брендом «АХЕ», туалетного крем-мыла, крем-гелей для душа «Dove», зубных паст, ополаскивателей для рта «Лесной Бальзам» производства Заявителя в связи с использованием дизайнерских решений, используемых при оформлении продукции Заявителя. При этом Ответчик имеет возможность продавать свою продукцию по ценам, ниже цен на продукцию Заявителей, в связи с отсутствием необходимости нести затраты на продвижение своей продукции, используя сложившуюся за долгие годы присутствия на российском рынке репутацию Заявителей и высокую степень узнаваемости имитируемых товаров, сформированную за счет широкомасштабной рекламной компании по продвижению рассматриваемых товаров Заявителя.

Элементы упаковки, цветовые комбинации, используемые в течение долгого

времени Заявителем, ставшие привычными для покупателя, воспроизведенные в сходном порядке на сходной упаковке конкурента, приводят к смешению продукции различных производителей, и, как следствие, к уменьшению прибыли, на которую мог бы рассчитывать Заявитель при обычных условиях гражданского оборота.

Комбинация цветов, упаковка и размер упаковки – это вид товарной упаковки, которая включает в себя все отличительные черты товара, позволяющие отграничить товар одного производителя от товара другого производителя. Использование упаковки, имитирующей уже признанную, известную на рынке упаковку, позволяет конкуренту воспользоваться репутацией хозяйствующего субъекта, завоевавшего на рынке лидирующие позиции.

При этом Комиссия ФАС России учитывает, что рассматриваемые товары относятся к товаром повседневного спроса и низкой ценовой категории, приобретение такого товара не предполагает высокой степени внимательности и осмотрительности со стороны покупателя, что при таком уровне сходства создает вероятность неосознанного выбора в пользу товара конкурента. В этом случае потребитель при приобретении товара ошибочно принимает новый товар за давно ему известный, ориентируясь на знакомый ему внешний вид (в том числе благодаря рекламе), либо полагает, что оба продукта производятся одним производителем, что вызывает отток потребительского спроса от товара конкурента к товару, оформленному с использованием элементов дизайна его упаковки.

Исходя из изложенного, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что все признаки недобросовестной конкуренции, содержащиеся в пункте 9 части 4 Закона «О защите конкуренции», присутствуют в действиях Ответчика:

1. Направленность на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности выразилось в использовании при оформлении внешнего вида упаковки производимой и реализуемой ООО «Стокист» продукции композиционного построения, в том числе идентичного цветового решения отдельных словесных и изобразительных элементов, с оформлением упаковки продукции производства Заявителя, 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, а также к снижению затрат на введение нового товара на рынок и увеличения объема его продаж вследствие переключения части потребителей товаров Заявителя на продукцию ООО «Стокист» в результате их внешнего сходства и более низкой цены, а также возможности без дополнительных вложений в рекламу реализовывать свою продукцию.

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 ООО «Стокист» 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.

Вместе с тем, в ходе рассмотрения дела Обществом были разработаны комплексные изменения в дизайн упаковок спорной продукции, в подтверждение чего Ответчиком был приобщен в материалы дела приказ № 30/06 от 30.06.2017 об утверждении нового дизайна зубных паст «Таежные рецепты», ополаскивателей для полости рта «Таежные рецепты», гелей для душа «Carelax», крем-гелей для душа «Delicare», туалетного мыла «Delicare», мужских дезодорантов «Carelax».

При указанных обстоятельствах Комиссия ФАС России полагает, что основания для выдачи предписания Ответчика о прекращении действий, нарушающих антимонопольное законодательство, отсутствуют.

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 «Стокист» (ОГРН 1089847366289, ИНН 7810530930, адрес: 196105, г. Санкт-Петербург, проспект Московский, д. 158, литера Б, пом. 155-160, 163), выразившиеся в введении в гражданский оборот на территории Российской Федерации мужских дезодорантов, гелей для душа в ассортименте под брендом «CARELAX», имитирующих продукцию ООО «Юнилевер Русь»: мужские дезодоранты, гели для душа в ассортименте под брендом «АХЕ», актом недобросовестной конкуренции, противоречащим пункту 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции».
3. Признать действия ООО «Стокист» (ОГРН 1089847366289, ИНН 7810530930, адрес: 196105, г. Санкт-Петербург, проспект Московский, д. 158, литера Б, пом. 155-160, 163), выразившиеся в введении в гражданский оборот на территории Российской Федерации туалетного крем-мыла в ассортименте под брендом «Delicare», имитирующих продукцию ООО «Юнилевер Русь»: туалетные крем-мыла «Dove», актом недобросовестной конкуренции, противоречащим пункту 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции».
4. Признать действия ООО «Стокист» (ОГРН 1089847366289, ИНН 7810530930, адрес: 196105, г. Санкт-Петербург, проспект Московский, д. 158, литера Б, пом. 155-160, 163), выразившиеся в введении в гражданский оборот на территории Российской Федерации крем-геля для душа в ассортименте под брендом «Delicare», имитирующих продукцию ООО «Юнилевер Русь»: крем-гели для душа «Dove», актом недобросовестной конкуренции, противоречащим пункту 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции».

5. Признать действия ООО «Стокист» (ОГРН 1089847366289, ИНН 7810530930, адрес: 196105, г. Санкт-Петербург, проспект Московский, д. 158, литера Б, пом. 155-160, 163), выразившиеся в введении в гражданский оборот на территории Российской Федерации зубных паст, ополаскивателей для рта под брендом «Таежные Рецепты», имитирующих продукцию ООО «Юнилевер Русь»: зубные пасты, ополаскиватели для рта под брендом «Лесной бальзам», актом недобросовестной конкуренции, противоречащим пункту 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции».

6. Основания для выдачи предписания ООО «Стокист» (ОГРН 1089847366289, ИНН 7810530930, адрес: 196105, г. Санкт-Петербург, проспект Московский, д. 158, литера Б, пом. 155-160, 163) о прекращении действий, нарушающих антимонопольное законодательство, отсутствуют.

7. Передать материалы дела № 1-14-47/00-08-17 уполномоченному должностному лицу ФАС России для решения вопроса о возбуждении в отношении ООО «Стокист» 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.