

ответчик: ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси»

квартал 5, 1-й микрорайон, д. 7,

г. Лыткарино,

г. Московская область, 140082

лицо, обладающее
сведениями: ООО «Веррус»

ул. Южнобутовская, д. 101,
офис 18

г. Москва, 117042

заявитель: ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус»

а/я 241,

Гоголевский бульвар, д. 3,

г. Москва, 110019

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ №08-21/18-18

Резолютивная часть решения оглашена 26 февраля 2019 г.

«26» февраля 2019 года г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Московской области (далее - Управление) по рассмотрению дел по признакам нарушения антимонопольного законодательства Российской Федерации (далее – Комиссия) в составе:

<...> – <...>;

<...> – <...>;

<...> – <...>,

рассмотрев дело № 08-21/18-18, возбужденное по признакам нарушения части 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции), выразившегося в совершении 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 присутствии представителя ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус» <...> (<...>),

в присутствии представителя ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» <...> (<...>),

в отсутствие представителя ООО «Веррус»,

УСТАНОВИЛА:

В Московское областное УФАС России поступило обращение компании Сен-Гобен Вебер и ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус» (далее – Заявители), переданное письмом ФАС России (вх. № 5504/18 от 28.02.2018) о признаках нарушения пункта 1 статьи 14.1, пункта 3 статьи 14.2, статьи 14.6 Закона о защите конкуренции в действиях ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси», в части 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.

Согласно обращению, ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус» производит и вводит в гражданский оборот на территории Российской Федерации товар «шпаклевка» с использованием наименования «VETONIT» (далее – «шпаклёвка VETONIT»).

Наименование «VETONIT» является зарегистрированным товарным знаком в отношении товаров 1, 16 классов МКТУ (свидетельство на товарный знак № 197898 от 21.12.2000), товаров 2, 19, 37 классов МКТУ (свидетельство на товарный знак № 246276 от 16.05.2003). Наименование «ВЕТОНИТ» является зарегистрированным товарным знаком в отношении товаров 2, 19, 37 классов МКТУ (свидетельство на товарный знак № 246277 от 16.05.2003).

Правообладателем товарных знаков «VETONIT» и «ВЕТОНИТ», согласно Открытому реестру товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации является компания Сен-Гобен Вебер. ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус» является лицензиатом в отношении указанных товарных знаков.

ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» производит и вводит в гражданский оборот товар «шпаклевка» с использованием наименования «\VERSHPATEL LR+» (далее – «шпаклевка VERSHPATEL LR+»).

Согласно позиции Заявителей, указанной в обращении, внешний вид упаковки «шпаклевки VERSHPATEL LR+» является сходным с упаковкой «шпаклевки VETONIT», что способно привести к смешению указанных товаров.

По мнению Заявителя, сходство упаковок «шпаклевки VETONIT» и «шпаклевки VERSHPATEL LR+» заключается в использовании одинаковой цветовой гаммы, выполнении аналогичных дизайнерских решений: словесные элементы расположены в аналогичных местах упаковки, выполнены сходным шрифтом и одинаковыми цветами, расположение названия продукта, производителя на упаковке, цвет и размеры совпадают, на обеих упаковках использован словесный элемент LR+, не имеющий какого-либо семантического значения.

Согласно позиции Заявителя (вх. № 24194/18 от 03.09.2018), элемент LR+ на упаковке «шпаклевки VETONIT» используется в качестве обозначения производного от обозначения KR, который в свою очередь используется группой компаний Сен-Гобен при производстве шпаклевки «VETONIT KR» как обозначение первого поколения полимерной шпаклевки марки «VETONIT». LR+ - обозначение второго

поколения полимерной шпаклевки «VETONIT».

В ТУ 5745-036-56846022-2012 на Смеси сухие шпаклевочные, утвержденных 03.05.2012 ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус», указано, что указанные ТУ распространяются на смесь сухую шпаклевочную «вебер.ветонит LR+/англ. weber.vetonit LR+».

Согласно позиции ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» (вх. № 9980/18 от 10.04.2018), по вопросу законности и использования словесных и изобразительных элементов упаковки «VERSHPATEL LR+», Ответчик не нарушает исключительных прав ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус», в связи с отсутствием у последнего исключительных прав на товарный знак «VERSHPATEL LR+» и упаковку «шпаклевки VERSHPATEL LR+».

Ответчик указал, что им поданы заявки на регистрацию товарного знака «VERSHPATEL LR+» № 2017709840 с датой приоритета от 17.03.2017 промышленного образца «Упаковка» № 20175018789 с датой приоритета от 25.04.2017.

В письменных пояснениях (вх. № 18375/18 от 02.07.2018), Ответчик указал, что правообладателем патента на промышленный образец в отношении упаковки «шпаклевки VERSHPATEL LR+» (свидетельство на патент № 108131 от 26.04.2018) является <...>, до 23.01.2019 осуществлявший функции единоличного исполнительного органа ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси».

В письменных пояснениях (вх. № 22676/18 от 16.08.2018), Ответчик указал, что техническое задание на разработку упаковки шпаклевки «VERSHPATEL LR+» было сформулировано <...> устно, договор не заключался, акты и иная документация касательно дизайна упаковки не составлялись.

Также Ответчик указал, что аббревиатура LR+ обозначает специальное соединение, входящее в состав шпатлевки, которая придает продукции ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» отличные потребительские свойства. Так L обозначает «lightweight» – легкий, облегченный (вязкостью по части связующего от 500 до 1100 мПа.с), R обозначает «gerol» – марку связующего вещества, редиспергируемый полимерный порошок на основе поливинилацетата и виниловых добавок, применяемого ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси», «+» обозначает возможность применения нескольких (более одного) наименований связующего вещества «gerol» в компонентном составе полимерной шпаклевки в процессе производства.

Также Ответчик указал, что буквенное сочетание LR+ используется различными производителями, что отражено в том числе в Обзоре производства и импорта сухих строительных смесей в России.

В ходе рассмотрения дела Комиссией было подготовлено Заключение об обстоятельствах дела № 08-21/18-18 от 18.02.2019 (далее – Заключение об обстоятельствах дела).

Согласно определению об отложении рассмотрения дела от 18.02.2019, лицам участвующим в деле до заседания Комиссии было необходимо представить документы, письменные объяснения и сведения в отношении обстоятельств, изложенных в Заключении об обстоятельствах дела.

На момент оглашения резолютивной части решения по делу, лицами участвующим в деле письменные позиции относительно обстоятельств, изложенных в Заключении об обстоятельствах дела не представлены. Заявитель поддержал ранее заявленную позицию.

Рассмотрев материалы дела и выслушав доводы лиц, участвующих в деле, Комиссия установила следующее.

ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус» (место нахождения: 140301, Московская область, г. Егорьевск, ул. Смычка, д. 60) является юридическим лицом, действующим на основании устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 04.07.2001, ИНН: 5011020537, ОГРН: 1025001466379.

Согласно выписке из Единого государственного реестра юридических лиц, основным видом деятельности ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус» является производство минеральных тепло- и звукоизоляционных материалов и изделий, идентифицированная кодом 23.99.6 ОКВЭД.

Согласно письменных пояснений, сведений об основных показателях хозяйственной деятельности, обзора производства и импорта сухих строительных смесей ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус» производит и вводит в гражданский оборот товар «шпаклевка VETONIT LR+».

ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» (место нахождения: 140082, Московская область, г. Лыткарино, квартал 5, 1-й микрорайон, д. 7) является юридическим лицом, действующим на основании устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 26.04.2012, ИНН: 5026016558, ОГРН: 1125027006170.

Согласно выписке из Единого государственного реестра юридических лиц, основным видом деятельности ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» является торговля оптовая за вознаграждение или на договорной основе, идентифицированная кодом 46.1 ОКВЭД. Вместе с тем, согласно письменным пояснениям Ответчика (вх. № 22676/18 от 16.08.2018), ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» производит и вводит в гражданский оборот товары, используемые при строительстве, в частности товар «шпаклевка» под товарным наименованием «\VERSHPATEL LR+».

Согласно приказу № 1ПР (о начале производства и реализации продукции) от 28.08.2017, ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» приступило к производству и реализации «шпаклевки VERSHPATEL LR+».

Географическими границами товарного рынка является г. Москва и Московская область.

Таким образом, ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус» и ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» осуществляют деятельность на одном товарном рынке по производству и реализации шпаклевки в географических границах г. Москвы и Московской области и являются конкурентами.

Данный факт сторонами не оспаривается и подтверждается материалами дела № 08-21/18-18.

Предметом рассмотрения настоящего дела является дискредитация в отношении товара «шпаклёвка VETONIT», введение в заблуждение относительно изготовителя товара «шпаклёвка VERSHPATEL LR+», смешение товаров «шпаклёвка VETONIT» и «шпаклёвка VERSHPATEL LR+».

По вопросу введения потребителей в заблуждение относительно изготовителя товара «шпаклёвка VERSHPATEL LR+», Комиссия обращает внимание на признаки состава антимонопольного нарушения, запрещенного статьей 14.2 Закона о защите конкуренции.

В соответствии со статьей 14.2 Закона о защите конкуренции, не допускается недобросовестная конкуренция путем введения в заблуждение.

Согласно пункту 9.2 письма ФАС России от 24.12.2015 № ИА/74666/15 «О применении «четвертого антимонопольного пакета», введение в заблуждение является следствием распространения не негативной информации, как в дискредитации, а позитивной, и ее содержание касается деятельности самого распространителя и (или) его товара. Введение в заблуждение относительно изготовителя товара также возможно, как вследствие ложных указаний о происхождении товара, так и вследствие использования обозначений, ассоциирующихся у потребителей с другим лицом.

Целью акта недобросовестной конкуренции, запрещенного статьей 14.2 Закона о защите конкуренции является привлечение покупательского (потребительского) спроса путем введения в заблуждение (обмана) потребителей в отношении предлагаемых им товаров (работ, услуг). Хозяйствующий субъект создает у третьих лиц ложное представление о тех или иных качествах реализуемого им товара, а также о своей квалификации как участника рынка.

Такие действия отвлекают клиентуру от добросовестных субъектов предпринимательства и дезинформируют потребителей о реальном положении на рынке.

Таким образом, при применении положений статьи 14.2 Закона о защите конкуренции, необходимо выяснять, порождает ли подобное действие у участников рынка некие ожидания, которые могут отвлечь клиентов в том или ином сегменте рынка и сосредоточить их интересы в нужном для недобросовестного участника направлении.

Согласно письму ФАС России от 22.08.2018 № АД/66643/18 «По вопросу о разграничении применения статей 14.2 и 14.6 Закона о защите конкуренции» (далее – Письмо ФАС России от 22.08.2018 № АД/66643/18) при введении в заблуждение исключительные права на средства индивидуализации юридического лица, товаров, работ и услуг не нарушаются и иные обозначения, имеющие функцию индивидуализации товара конкурента, не используются, но, тем не менее, действия хозяйствующего субъекта способны создать ошибочное представление о свойствах и характеристиках товара либо его потребительских качествах.

Письмо ФАС России от 22.08.2018 № АД/66643/18 обращает внимание на то, что запрет на введение в заблуждение относится прежде всего к информации о товаре, распространяемой различными способами.

Таким образом, квалификация действий ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» как введения в заблуждение относительно продавца товара «шпаклевка VERSHPATEL LR+» является ошибочной.

Вместе с тем, Комиссия отмечает, что ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» введен в гражданский оборот товар «шпаклевка VERSHPATEL LR+», производителем которого указан «ВЕРРУС/VERRUS СУХИЕ СТРОИТЕЛЬНЫЕ СМЕСИ ООО «АМПИР».

Согласно устным пояснениям Ответчика, указание на упаковке в качестве производителя ООО «АМПИР» вызвано технической ошибкой, в связи с тем, что на макетах упаковки товара производителем указано ООО «АМПИР».

В ходе рассмотрения дела не подтвердились обстоятельства, свидетельствующие о наличии у ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» цели направленной на введение в заблуждение относительно изготовителя товара «шпаклевка VERSHPATEL LR+».

В ходе рассмотрения дела № 08-21/18-18 о нарушении антимонопольного законодательства, в действиях ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» установлены признаки нарушения пункта 1 статьи 14.1 Закона о защите конкуренции, выразившиеся в размещении на интернет-страницах доменов «verputz.ru», «verrus.company» в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» сравнительной таблицы шпаклевок, содержащей недостоверные сведения относительно технических характеристик товара «шпаклевка VETONIT LR+».

В связи с установлением признаков нарушения пункта 1 статьи 14.1 Закона о защите конкуренции, Комиссией выдано Предупреждение № 08-21/ПРЗ-19 о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства (исх. № ДС/1484/19 от 05.02.2019) (далее – Предупреждение № 08-21/ПРЗ-19), согласно которому у ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» надлежало прекратить размещение на интернет-страницах доменов «http://verputz.ru/», «http://verrus.company/» в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» и любыми иными способами ложных, неточных или искаженных сведений в отношении товара «шпаклевка VETONIT LR+», производителем которого является ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус».

Предупреждение № 08-21/ПРЗ-19 Ответчиком исполнено, в связи с чем у Управления отсутствуют основания для принятия мер антимонопольного реагирования в части нарушения ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» требований части 1 статьи 14.1 Закона о защите конкуренции.

Факт введения товара «шпаклевка VETONIT» в гражданский оборот подтверждается представленными товарными накладными с 2015 года по 2018 год включительно. Так самой ранней товарной накладной, отображающей указанный товар, является товарная накладная № 85822998 от 12.01.2015.

Согласно представленным материалам ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус» прилагаало усилия для продвижения товара, что подтверждается в частности фотоматериалами рекламы, размещенной на рекламных конструкциях. Вместе с

тем, в материалах дела отсутствует подтверждение размещения указанной рекламы, что делает невозможным установление временного периода размещения рекламы.

Также ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус» в целях продвижения товара «шпаклевка VETONIT» разместило обзорные материалы в форме видео «Как выровнять стену в 2 этапа с помощью финишной шпаклевки weber.vetonit LR+» на домене «www.youtube.com» на интернет-странице «<https://www.youtube.com/watch?v=L8yXbWHg5mg>» в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» (дата опубликования: 11.09.2013). Так в период с 00:56 по 01:04 в указанном видео демонстрируется лицевая сторона упаковки товара «шпаклевка VETONIT».

Упаковка «шпаклевки VETONIT», являющаяся предметом рассмотрения настоящего дела о нарушении антимонопольного законодательства разработана ООО «Профи-Коммуникации» на основании договора № 12-11-07/01 от 07.11.2012 на оказание услуг (выполнение работ), заключенного с ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус».

Вместе с тем, согласно презентации изменения упаковки «шпаклевки VETONIT», спорный дизайн упаковки используется при производстве товара с 2010 года по 2017 год.

Согласно дополнительному соглашению № 403 от 30.03.2017 к договору № 5/13 от 19.06.2013, между ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус» и ООО «АРТФИЛД», начата разработка новой упаковки «шпаклевки VETONIT», отличной от предыдущей.

Таким образом, в 2017 году Заявителем прекращено производство «шпаклевки VETONIT» в упаковке 2010 – 2017 гг. Вместе с тем, указанный товар в старой упаковке присутствует в гражданском обороте.

ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» ввел товар «шпаклевка VERSHPATEL LR+» в гражданский оборот в 2017 году.

Ответчик является производителем товара «шпаклевка VERSHPATEL LR+», что косвенно подтверждается наличием ТУ 574500-005-37618060-2017 на «Смесь сухая полимерная шпатлевочная марки VERSHPATEL LR+», утвержденным 27.08.2017.

Использование Ответчиком упаковки «шпаклевки VERSHPATEL LR+», являющейся предметом рассмотрения настоящего дела, произведена Монди Вежбица СП.з.о.о. во исполнение контракта № 140747/2017 от 22.05.2017, что также подтверждается макетом упаковки.

Доказательством ввода в гражданский оборот являются, представленные ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси», Сведения об основных показателях хозяйственной деятельности в 2017 году. Так в 2017 году Ответчиком произведено 29439 штук «шпаклевки VERSHPATEL LR+».

Стоит отметить, что на сайте Ответчика «<http://verputz.ru/>» в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» размещен Сертификат соответствия № РОСС RU.АГ.19Н02254, выданный ООО «Веррус», что подтверждается Протоколом

нотариального осмотра интернет-страницы от 19.10.2017.

Согласно позиции Ответчика, упаковка «шпаклевки VERSHPATEL LR+» разработана в 2017 году по заказу <...>.

Таким образом, на товарном рынке шпаклевки в период с 2017 года существуют товары в упаковке, которая является предметом рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Товар «шпаклевка VETONIT» представляет собой бумажный мешок массой 25 кг, примерной формой мешка является параллелепипед. Центральная часть упаковки выполнена на белом фоне. Верх и дно мешка, верхняя и нижняя части лицевой стороны мешка выполнены в салатовом цвете. В левой половине лицевой стороны мешка сверху вниз размещена полоса, выполненная в салатовом и черном цвете. На указанной полосе размещен текст «weber.wetonit LR+» (текст «weber.wetonit» выполнен на черном фоне желтыми буквами латинского алфавита, текст «LR+» выполнен на салатовом фоне черными буквами латинского алфавита). В верхней части лицевой стороны упаковки на белом фоне расположен текст «VETONIT» выполненный черными буквами латинского алфавита, ниже размещен текст «шпаклевка финишная белая» выполненный черными буквами кириллицы, ниже размещен текст «finishing plaster white» выполненный черными буквами латинского алфавита. В центре расположен желтый элемент, на котором размещен текст «финишное выравнивание стен и потолка» выполненный черными буквами кириллицы. В нижней части лицевой стороны размещен текст «WEBER saint-goban» выполненный черными буквами латинского алфавита. В правой части лицевой стороны размещено указание на массу товара, под массой размещен QR-код.

Товар «шпаклевка VERSHPATEL LR+» представляет собой бумажный мешок массой 25 кг, примерной формой мешка является параллелепипед. Центральная часть упаковки выполнена на белом фоне. Верх и дно мешка, верхняя и нижняя части лицевой стороны мешка выполнены в зеленом цвете. В правой половине лицевой стороны мешка сверху вниз размещена полоса, выполненная в зеленом и черном цвете. На указанной полосе размещен текст «vershpatel LR+» (текст «vershpatel» выполнен на черном фоне желтыми буквами латинского алфавита, текст «LR+» выполнен на зеленом фоне черными буквами латинского алфавита). В верхней части лицевой стороны упаковки на белом фоне расположен текст «VERSHPATEL LR+» выполненный черными буквами латинского алфавита, ниже размещен текст «шпаклевка финишная белая полимерная» выполненный черными буквами кириллицы. В центре расположен желтый элемент, на котором размещен текст «финишное выравнивание стен и потолка» выполненный черными буквами кириллицы. Также в центре размещен графический элемент «свиток» зеленого цвета, на котором расположено две красных полосы. В нижней части лицевой стороны размещен текст «VERRUS сухие строительные смеси» выполненный черными буквами латинского алфавита. В правом нижнем лицевой стороны размещено указание на массу товара, под массой размещен QR-код.

Согласно правовой позиции Президиума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации, отраженной в Постановлении № 3691/06 от 18.07.2006, наличие более 20 % потребителей, которые не могут однозначно отличить товарные знаки конкурентов, влияет на продвижение товара на определенном сегменте рынка и является внушительным результатом.

Заявителем представлено исследование фонда «ВЦИОМ» (основные результаты указаны в таблице 1), целью которого являлось определение мнения респондентов о различительной способности обозначения LR+, а также сходстве/различии упаковок «шпаклевки VETONIT», с одной стороны, и «шпаклевки VERSHPATEL LR+», с другой стороны, и возможности введения в заблуждение потребителей относительно их производителей.

Таблица 1

	Схожи	Скорее схожи	Скорее не схожи	Не схожи
Посмотрите на упаковки «шпаклевка VETONIT» и «шпаклевка VERSHPATEL LR+». По вашему мнению, они схожи или не схожи между собой по внешнему виду?	38 %	30 %	9 %	22 %
Как вы думаете, данные товары выпускает один производитель, производители в сотрудничестве друг с другом или разные производители?	Один производитель	Производители в сотрудничестве друг с другом	Разные, не связанные между собой производители	Затрудняюсь ответить
	30 %	13 %	49 %	8 %
Если бы в магазине вы увидели данные товары, стоящие рядом на одной полке, Вы могли бы или не могли бы воспринять их как линейку продукции одного производителя?	Да, мог(-ла) бы	Скорее мог(ла) бы	Скорее не мог(-ла) бы	Нет, не могла(-ла) бы
	42 %	23 %	11 %	22 %
Если бы вы собирались приобрести в магазине шпаклевку в упаковке № 1, Вы могли бы или не могли бы по ошибке приобрести шпаклевку № 2?	Да, мог(-ла) бы	Скорее мог(-ла) бы	Скорее не мог(-ла) бы	Нет, не мог (-ла) бы
	32 %	20 %	11 %	36 %

Ответчиком представлено исследование ООО «МАЗМ» («Маркетинговое агентство ZOOM MARKET» (основные результаты указаны в таблице 2), целью которого являлось визуальное сравнение логотипов и дизайна упаковок «шпаклевки VERSHPATEL LR+» и «шпаклевки VETONIT».

**Таблица
2**

Посмотрите, пожалуйста, на два изображения (изображение упаковок «шпаклевки VETONIT» и «шпаклевки VERSHPATEL LR+»). По Вашему мнению, упаковки визуально схожи?	Да	Нет
	23 %	77 %
Посмотрите, пожалуйста, на два изображения (изображения упаковок «шпаклевки VETONIT» и «шпаклевки VERSHPATEL LR+»). Скажите, их можно случайно перепутать при покупке?	Да	Нет
	16 %	84 %
Посмотрите на два изображения (изображения упаковок «шпаклевки VETONIT» и «шпаклевки VERSHPATEL LR+»). По вашему мнению, принадлежат ли данные продукты к одной торговой марке?	Да	Нет
	14%	86 %

После ознакомления с исследованием ООО «МАЗМ», ООО «Сен-Гобен» представило Экспертное заключение № 3/18 на отчет фонда «ВЦИОМ» и отчет маркетингового агентства «ZOOM MARKET».

Согласно Экспертному заключению № 3/18, подготовленному ст.н.с. ФГБУН «ФНИСЦ РАН» <...>, отчет маркетингового агентства «ZOOM MARKET» не может считаться достоверным, в связи с серьезными методологическими ошибками.

Результаты социологических исследований демонстрируют, что потребители считают упаковки «шпаклевка VETONIT» и «шпаклевка VERSHPATEL LR+» схожими.

Ответчиком представлены материалы касающиеся регистрации промышленного образца «Упаковка» № 20175018789 с датой приоритета от 25.04.2017.

Так Предварительным отчетом о патентно-информационном поиске на тему по промышленному образцу: «Упаковка» от 22.03.2017, подготовленным ООО «Сен Мишель Групп Интернешнл» установлено, что упаковка «шпаклевки VERSHPATEL LR+» соответствует критериям патентоспособности «новизна» и «оригинальность».

Вместе с тем, в указанном отчете не отражено, проводился ли поиск не только по зарегистрированным объектам интеллектуальной собственности и сравнивался ли промышленный образец с упаковкой «шпаклевки VETONIT».

Согласно «Обзору производства и импорта сухих строительных смесей в России. 2012-2016 гг. Дополнение. Рынки товарных групп ССС», подготовленный компанией «Строительная информация», и «Обзору производства и импорта сухих строительных смесей в России. 2012-2017 гг. Дополнение. Рынки товарных групп ССС», подготовленным компанией «Строительная информация», Заявитель является одним из крупнейших производителей сухих строительных смесей и одним из ключевых участников товарного рынка на территории Российской Федерации.

ООО «Веррус Сухие Строительные смеси», являясь профессиональным участником товарного рынка могло обладать информацией о внешнем виде упаковок хозяйствующих субъектов-конкурентов.

Учитывая изложенное, Комиссия считает, что Ответчиком не были предприняты необходимые меры для проверки «новизны» и «оригинальности» упаковки «шпаклевки VERSHPATEL LR+».

В соответствии со статьей 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883 актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. В частности, подлежат запрету все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной, или торговой деятельности конкурента.

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

Согласно части 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции не допускается недобросовестная конкуренция, 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.

Согласно Письму ФАС России от 22.08.2018 № АД/66643/18 «По вопросу разграничения применения статей 14.2 и 14.6 Закона о защите конкуренции», под смешением в целом следует понимать ситуацию, когда потребитель одного товара отождествляет его с товаром другого производителя, либо допускает, несмотря на имеющиеся отличия, вероятность производства указанных товаров одним лицом. Последствием такого поведения на рынке является возможное перераспределение потребительского спроса от производителя оригинального товара в пользу товара конкурента-нарушителя в результате ошибочного приобретения товаров нарушителя, поскольку сходство упаковки создает ошибочное впечатление о принадлежности товаров одному производителю.

Согласно Письму ФАС России от 30.06.2017 № АК/44651/17 «О практике доказывания нарушений, квалифицируемых в соответствии с пунктом 2 статьи 14.6 «О защите конкуренции», объектами несанкционированное использование которых способно вызвать смешение, могут быть только те, которые способны нести функцию индивидуализации: обладают различительной способностью либо приобрели ее в силу использования.

Согласно Письму ФАС России от 24.12.2015 № ИА/74666/15 «О применении «четвертого антимонопольного пакета», не может признаваться неправомерным копирование (имитация) внешнего вида изделия или его частей, если такое копирование обусловлено исключительно их функциональным применением.

В ходе социологических исследований установлено, что у потребителей может сложиться впечатление о принадлежности товаров «шпаклевка VETONIT» и «шпаклевка VERSHPATEL LR+» одному производителю.

Сходство до степени смешения упаковок обусловлено совокупным сходством

формы упаковки, композиционного построения основных элементов дизайна упаковки, наименований (логотипов) продуктов, цветового решения дизайна упаковки, а именно: упаковки идентичны по форме, объему и размеру, сходное расположение графических и словесных элементов (в частности, тождественное расположение наименований продуктов по вертикали), использование обозначения LR+ на обеих упаковках.

Сходство до степени смешения упаковок товаров «шпаклевка VETONIT» и «шпаклевка VERSHPATEL LR+» не обусловлено объективными причинами функциональными особенностями упаковки, так как Ответчик имел возможность применить иные художественные решения в отношении упаковки товара.

Анализируя внешний вид упаковок продукции Заявителя и Ответчика, Комиссия полагает необходимым исходить из аналогии, применив правила определения тождественности и сходства до степени смешения товарных знаков и обозначений, к отношениям, связанным с копированием и имитацией внешнего вида упаковки товаров.

Рассмотрев внешний вид упаковок продукции Заявителя и Ответчика и представленные ими доказательства в совокупности, Комиссия 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.

Согласно абзацу второму пункта 14 Правил составления, подачи и рассмотрения документов, являющихся основанием для совершения юридически значимых действий по государственной регистрации товарных знаков, знаков обслуживания, коллективных знаков, утвержденных приказом Минэкономразвития России от 20.07.2015 № 482, обозначение считается сходным до степени смешения с другим обозначением (товарным знаком), если оно ассоциируется с ним в целом, несмотря на их отдельные отличия.

В соответствии с разделом IV 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, утверждённым Приказом Роспатента от 24.07.2018 № 128, вывод о сходстве до степени смешения обозначений делается на основе восприятия не отдельных элементов, а общего впечатления, которое производят это обозначение и товарный знак в целом на среднего потребителя соответствующих товаров или услуг.

Оценка сходства обозначений производится на основе общего впечатления, формируемого, в том числе с учетом неохранных элементов, которые могут присутствовать в составе заявленного обозначения. При этом формирование общего впечатления может происходить под воздействием любых особенностей обозначений, в том числе доминирующих словесных или графических элементов, их композиционного и цветового решения.

Согласно пункту 13 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13.12.2007 № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности», вопрос о сходстве до степени смешения обозначений является вопросом факта и по общему правилу может быть разрешен с позиции рядового потребителя и специальных знаний не требует.

Согласно Письму ФАС России от 24.12.2015 № ИА/74666/15 «О применении «четвертого антимонопольного пакета», имитация внешнего вида товара представляет собой своеобразное подражание товару конкурента с целью создания у покупателей впечатления о принадлежности таких товаров линейке имитируемых товаров.

Для решения вопроса о нарушении хозяйствующим субъектом антимонопольного законодательства необходимо, чтобы действия указанного субъекта содержали все необходимые признаки недобросовестной конкуренции, а именно:

1. совершались хозяйствующим субъектом-конкурентом;
2. были направлены на получение преимущества в предпринимательской деятельности;
3. противоречат положениям действующего законодательства, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;
4. причинили или были способны причинить убытки другому хозяйствующему субъекту-конкуренту, либо нанесли ущерб его деловой репутации.

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

В соответствии с пунктом 7 статьи 4 Закона о защите конкуренции конкуренция

определяется как соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем рынке.

ООО «Сен-Гобен Строительная Продукция Рус» и ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» осуществляют деятельность на одном товарном рынке по производству и реализации шпаклевки в географических границах г. Москвы и Московской области и являются конкурентами.

Смешение упаковок продукции Заявителя и Ответчика создает угрозу перераспределения потребительского спроса от товара Заявителя к товару Ответчика, что создает преимущество ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» в предпринимательской деятельности.

Комиссия отмечает, что добросовестный производитель при выборе вариантов оформления производимой продукции учитывает наличие особенностей товара, которые могут повлечь сходство с иными аналогичными товарами, в том числе сходство используемой упаковки. Действия хозяйствующего субъекта, который при выборе варианта оформления выбирает 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 массированного продвижения на рынке), действия такого хозяйствующего субъекта 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.

Таким образом, введение в гражданский оборот товара в упаковке сходной с упаковкой товара конкурента не отвечает требованиям добропорядочности, предъявляемым к участникам гражданского оборота.

Также направленность на получение преимуществ проявилась в том, что не установлены затраты ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» на разработку собственных дизайнерских решений упаковки, то есть Ответчик получил возможность получения преимуществ в привлечении новых покупателей.

Введение в гражданский оборот товара в упаковке сходной с упаковкой товара конкурента не отвечает требованиям добропорядочности, предъявляемым к участникам гражданского оборота.

Способность причинения убытков конкуренту выразилась в том, что в результате введения ООО «Веррус Сухие Строительные смеси» возможно смешение товаров Заявителя и Ответчика.

В действиях ООО «Веррус Сухие Строительные смеси» присутствуют все признаки недобросовестной конкуренции, указанные в пункте 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции.

Учитывая изложенное, Комиссия Московского областного УФАС России по рассмотрению дела № 08-21/18-18 о нарушении антимонопольного законодательства, учитывая совокупность доказательств, приобщенных к

материалам дела, приходит к выводу о необходимости квалифицировать действия ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» по части 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

Руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1 – 4 статьи 41, статьей 48, частью 1 статьи 49 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

РЕШИЛА:

1. Признать в действиях ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» нарушение части 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», в части совершения хозяйствующим субъектом действий (бездействия), способных вызвать смешение товаров «шпаклевка VETONIT» и «шпаклевка VERSHPATEL LR+», выразившихся в имитации внешнего вида «шпаклевка VETONIT».
2. Выдать ООО «Веррус Сухие Строительные Смеси» предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства Российской Федерации.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Управления Федеральной антимонопольной службы по Московской области для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 05 марта 2019 г.

Решение может быть обжаловано в суд в порядке, предусмотренном ст. 19.8 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии <...>

<...>

Члены Комиссии

<...>