РЕШЕНИЕ
по делу № 063/01/14.6-189/2019
о нарушении антимонопольного законодательства

г. Самара

Резолютивная часть решения оглашена «13» мая 2020 года.
В полном объеме решение изготовлено «27» мая 2020 года.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Самарской области (далее - Самарское УФАС России) по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, в составе:

председатель Комиссии: заместитель руководителя Самарского УФАС России
<...>;

члены Комиссии: начальник отдела контроля рекламного законодательства
<...>; главный специалист-эксперт отдела контроля рекламного
законодательства <...> (далее - Комиссия),

рассмотрев путем использования систем видеоконференц-связи материалы дела
№ 063/01/14.6-189/2019 по признакам нарушения ООО «МК
«Николаевский» пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ
«О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции),

в присутствии представителей:

заявителя - АО «Тольяттимолоко» – Д.Э.А. по доверенности от 01.01.2020г. № 10/20,
М. А. В. по доверенности от 01.01.2020г. № 2/20,

ответчика - ООО «МК «Николаевский» – Г.Г.В. по доверенности от 15.04.2019г. б/н,
руководствуясь статьей 49 Закона о защите конкуренции,

УСТАНОВИЛА:

В соответствии с положениями пункта 3 части 2 статьи 39 Закона о защите конкуренции основанием для возбуждения и рассмотрения настоящего дела явилось обнаружение антимонопольным органом признаков нарушения антимонопольного законодательства, а именно, по заявлению АО «Тольяттимолоко» (далее - Заявитель) (исх. № 98 от 05.09.2019 г. / вх. № 7223 от 05.09.2019г.) о наличии признаков недобросовестной конкуренции в действиях ООО «МК «Николаевский». Из заявления следовало, что АО «Тольяттимолоко» осуществляет деятельность по производству и реализации молочной продукции.

Одним из наиболее популярных продуктов среди потребителей являются творожные сырки, которые относятся к продуктам творожной группы и представляют собой сладкую творожную массу с различными наполнителями.

С 2014 г. по настоящее время АО «Тольяттимолоко» осуществляет изготовление творожной продукции – «Сырок ваниль» и реализует в специально разработанной дизайнерской упаковке.

Дизайн упаковки был разработан на основании Договора № 196 на разработку дизайна упаковки от 01.07.2014г.

Между ООО «Регион» и АО «Тольяттимолоко» заключен договор № 6 от 18.03.2013г. по изготовлению этикеток для продукции АО «Тольяттимолоко».

29.10.2014г. была подана заявка на изготовление ленты этикированной «Сырок творожный с ванилью» и с 29.12.2014 г. по товарной накладной № 449 получена этикетка с разработанным дизайном. Товарные накладные (с 2014г. по настоящее

время) свидетельствуют о получении данных этикеток АО «Тольяттимолоко» для упаковки товара и его дальнейшей реализации.

Основную массу творожных сырков АО «Тольяттимолоко» реализует в городах и населенных пунктах Самарской и Ульяновской областях, что подтверждается договорами поставки и товарными накладными к ним, которые были представлены Заявителем при обращении с Заявлением (вх. № 7223 от 05.09.2019г.) (том 2, л.д. 1-95), списком грузополучателей (представлен в рамках «Для служебного пользования»).

Многие производители творожных сырков, используют непрозрачный этикет в виде синтетической бумаги за исключением товара производства АО «Тольяттимолоко». Также форма творожного сырка и способ его упаковки явно отличаются от форм и способов упаковки других производителей.

Производитель Товар Вес Примерная стоимость

Тольяттимолоко 125 г. 31,6 руб.

Пестровка 200 г. 59,9 руб.

Вкуснотеево 180 г. 48,2 руб.

Благодя 200 г. 63,4 руб.

Творожный продукт «Сырок ваниль» зарекомендовал себя, как качественный товар. В 2014 г. ОАО «Тольяттимолоко» награждено золотой медалью на XVI Поволжской агропромышленной выставке – 2014 проводимой Министерством сельского хозяйства и продовольствия Самарской области в номинации лучший вид творожных изделий – за сырок творожный с ванилью.

В целях реализации и повышения узнаваемости товара – «Сырок ваниль 4,5%» было проведено большое количество рекламных компаний с участием данного товара в различных акциях, мероприятиях в торговых сетях, направленных на привлечение внимания покупателя к продукции «Сырок ваниль 4,5%» производства АО «Тольяттимолоко», что подтверждается договором от 25.12.2015г. № 63/12/15 с ООО «ВИКО-РАДИО» (том 1 л.д. 235-237), каталогами продукции торговых сетей: «Пятерочка», «Миндаль», «Купи тут», «Пеликан», «Гуливер», «Остап», «Перекресток» и др. (том 1 л.д. 134-234).

Кроме того, на дизайн упаковок АО «Тольяттимолоко» были поданы заявки для государственной регистрации соответствующих обозначений в качестве товарных знаков на территории Российской Федерации.

За АО «Тольяттимолоко» зарегистрированы товарные знаки:

1. 17.02.2020г. № 747465 в отношении 29,35 Классов МКТУ в белом, синем и красном цветах;

2. 19.02.2020г. № 747632 в отношении 29,35 Классов МКТУ в белом, синем, красном, темно-оранжевом цветах;

3. 19.02.220г. № 747631 в отношении 29,35 Классов МКТУ в белом, синем, красном цветах.

29 Класс МКТУ - молочные продукты с использованием заменителей молочного жира, а именно сырки творожные.

35 Класс МКТУ - агентства по импорту-экспорту; изучение общественного мнения; изучение рынка; информация и советы коммерческие потребителям в области выбора товаров и услуг; маркетинг; организация выставок в коммерческих или рекламных целях; организация торговых ярмарок в коммерческих или рекламных целях; презентация товаров на всех медиасредствах с целью розничной продажи; продвижение продаж для третьих лиц; продвижение товаров и услуг через спонсорство спортивных мероприятий; распространение образцов; распространение рекламных материалов; рассылка рекламных материалов; реклама.

В марте 2019 г. АО «Тольяттимолоко» стало известно о том, что на территории г. Самара и ряде других городов Самарской и Ульяновской областях реализуется творожный товар – «Сырок с ванилином 4,5%» "Из Николаевки" ООО «МК «Николаевский» (443022, г. Самара, Заводское шоссе, д. 20, офис 104, фактический адрес: 404032 Волгоградская обл., Николаевский р-н, г. Николаевск, ул. Пролетарская, 131 в упаковке, сходной по дизайну с упаковкой товара – «Сырок ваниль 4,5%» АО «Тольяттимолоко».

Ранее АО «Тольяттимолоко» обращалось с жалобой в Самарское УФАС России с аналогичными доводами, однако письмом (исх. № 66 от 07.06.2019г.) уведомило антимонопольный орган о том, что на сегодняшний день спор между АО «Тольяттимолоко» и ООО «Молочный комбинат Николаевский» отсутствует, АО «Тольяттимолоко» претензий к ООО «Молочный комбинат Николаевский» не имеет и просит рассмотрение заявления (исх. № 53 от 24.04.2019 г.) прекратить.

17.06.2019г. Самарское УФАС России прекратило рассмотрение заявления АО «Тольяттимолоко», о чем уведомило Заявителя в письменном виде (исх. № 6787/8 от 17.06.2019г.).

Однако, как следует из заявления, ООО «МК Николаевский» внося небольшие изменения в ранее неправомерно используемый дизайн упаковки, снова запустило производство и реализацию товара «Сырок с ванилином 4,5%» из «Николаевки».

Производство ООО «МК «Николаевский» творожного продукта «Сырок с ванилином 4,5%», «Сырок с курагой 4,5 %» "Из Николаевки" подтверждается справкой представленной Ответчиком в качестве приложения письму (вх. № 283-з от 17.01.2020г.), техническими условиями и рецептурой (представлены в рамках «Для служебного пользования» вх. № ДСП-258 от 6.10.2019г.).

По мнению Заявителя, ООО «МК «Николаевский» не пытается разработать новый дизайн упаковки, не делая особых различий ни по дизайну, ни по форме товара, ни по весу товара (сырок Заявителя 125 гр., сырок Ответчика 100 гр.), ни по названию, ни по материалу упаковки, ни по способу упаковки (и у Заявителя и у Ответчика пергаментная упаковка), ни по географии продаж (Самарская и Ульяновская области), а целенаправленно преследует цель воспользоваться репутацией АО «Тольяттимолоко», известностью продукции, использовать упаковку, сходную с упаковкой товара АО «Тольяттимолоко», что является нарушением действующего законодательства о конкуренции.

Более того, АО «Тольяттимолоко» выпускает и реализует творожные сырки трёх видов вкуса «ваниль», «изюм» и «абрикос» в упаковках с дизайном этикеток, выполненными в едином стиле:

ООО «МК «Николаевский» имитирует всю линейку творожных сырков Заявителя.

Упаковки творожных сырков АО «Тольяттимолоко» представляют собой этикетку, имеющую несколько частей, выделенных в отдельные композиционные элементы с помощью рамок прямоугольной формы со скругленными углами. Центральная часть этикетки включает название продукта "СЫРОК" (крупный шрифт), надписи "ваниль" / "абрикос" / "с изюмом", "125 г", "4,5 %" (средний шрифт), очень мелким шрифтом: "Молокосодержащий продукт с заменителем молочного жира", "Изготовитель: АО «Тольяттимолоко» 445043, Россия, Самарская обл., у. Коммунальная, 26. Тел. (8482) 79-04-79, факс (8482) 39-23-26, www.tltmilk.ru ".

Изобразительные элементы - стилизованные изображения цветов ванили / плодов абрикоса - располагаются в верхней части, частично перекрывая рамку. Изобразительный элемент - улыбающийся котенок сидит рядом с чашкой - располагается в правой части обозначения. Ниже располагаются одно под другим слова "ТОЛЬЯТТИ МОЛОКО". Боковые части этикетки располагаются по обеим сторонам от центральной, составляют примерно 1/2 площади центральной части, включают в себя информационные тексты о составе продукта, сроке хранения, дате изготовления, производителе, штрих-код и пр. Надписи выполнены мелким шрифтом синего цвета, за исключением слова «СЫРОК» сверху левой боковой части.

Габаритные размеры развернутой упаковки - прямоугольник:

Ширина пергаменты (пергаментной ленты): 190 мм;

Длина пергаменты (нарезка для упаковывания): 140 мм;

Габаритные размеры упаковки в свернутом виде - параллелепипед:

Ширина 50 мм; Длина 75 мм; Высота 30 мм

Вес упакованного изделия - 125 г.

Продукт фасуется в пергаментные упаковки белого полупрозрачного цвета, далее все упаковывается в прозрачные боксы по 10 штук в два ряда.

Упаковки творожных сырков ООО «МК «Николаевский» представляют собой этикетку, имеющую несколько частей, выделенных в отдельные композиционные элементы с помощью рамок прямоугольной формы со скругленными углами. Центральная часть этикетки включает название продукта "СЫРОК" (крупный шрифт), надписи: «Молочный комбинат «Николаевский», «с ванилином м.д.ж. 4,5 %» / «с курагой м.д.ж. 4,5 %» / «с изюмом м.д.ж. 4,5 %» (средний шрифт), очень мелким шрифтом: «Молокосодержащий продукт с заменителем молочного жира, произведенный по технологии творожного сырка «с ванилином» / «с курагой» / «с изюмом», «Масса нетто 100 г. Массовая доля жира 4,5 %, в т.ч. растительного жира 2,25 %». Изобразительные элементы - стилизованные изображения цветов ванили / плодов абрикоса / гроздей винограда — располагаются справа и слева в верхней части, частично перекрывая рамку. Изобразительный элемент - корова, жующая пучок травы - располагается в правой части обозначения. Ниже под чертой красного цвета располагаются слова "Из Николаевки", ниже очень мелкий орнамент синего цвета в виде полуокружностей, в центре которых маленькие кружочки. Боковые части этикетки располагаются по обеим сторонам от центральной, составляют примерно 1/2 площади центральной части, включают в себя информационные тексты о составе продукта, сроке хранения, дате изготовления, производителе, штрих-код и пр. Надписи выполнены мелким шрифтом.

Габаритные размеры развернутой упаковки - прямоугольник:

Ширина пергаменты (пергаментной ленты): 170 мм;

Длина пергаменты (нарезка для упаковывания): 140 мм;

Габаритные размеры упаковки в свернутом виде - параллелепипед:

Ширина 50 мм; Длина 75 мм; Высота 30 мм;

Вес упакованного изделия - 100 г.

Продукт фасуется в пергаментные упаковки белого полупрозрачного цвета, далее все упаковывается в прозрачные боксы по 6 штук в два ряда.

В случае если действия хозяйствующего субъекта создают возможность смешения его товара с товаром конкурента, то в результате такого смешения потребитель при приобретении товара ошибочно принимает новый товар за давно ему известный, ориентируясь на знакомый ему внешний вид, что вызывает отток

потребительского спроса от товара конкурента к товару, оформленному с использованием его элементов дизайна.

Имеются случаи смешения потребителями данных товаров, так, на официальном интернет-сайте АО «Тольяттимолоко» <http://www.titmilk.ru/qa/quest> было оставлено обращение потребителя, о том, что в результате смешения упаковок покупателем вместо сырка АО «Тольяттимолоко» был приобретён сырок ООО «МК «Николаевский» (том 3 л.д. 77, 78).

Комиссия Самарского УФАС России по рассмотрению дела № 063/01/14.6-189/2019 о нарушении антимонопольного законодательства, проанализировав все имеющиеся в материалах дела доказательства в совокупности, выслушав представителей лиц, участвующих в рассмотрении дела, установила следующие обстоятельства.

Приказом руководителя Самарского УФАС России № 127 от 20.09.2019г. возбуждено дело № 063/01/14.6-189/2019 в отношении ООО «МК «Николаевский» по признакам нарушения п. 2 ст. 14.6 Закона о защите конкуренции.

Согласно письму (исх. № АК/106185/19 от 03.12.2019г.), ФАС России наделила Самарское УФАС России полномочиями по рассмотрению дела № 063/01/14.6-189/2019 в отношении ООО «МК «Николаевский» по признакам нарушения пункта 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

Законом о защите конкуренции установлен запрет на недобросовестную конкуренцию путём совершения хозяйствующим субъектом действий, способных вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами, вводимыми хозяйствующим субъектом-конкурентом в гражданский оборот на территории Российской Федерации.

Российская Федерация является участником Парижской конвенции по охране промышленной собственности, статья 10 bis которой возлагает на страны-участницы обязанность обеспечить гражданам стран, участвующих в союзе, эффективную защиту от недобросовестной конкуренции. Одной из форм недобросовестной конкуренции, предусмотренной в данной конвенции, являются все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов, промышленной или торговой деятельности конкурента.

Предметом нарушения является изготовление и реализация ООО «МК «Николаевский» товара, внешне сходного с товаром АО «Тольяттимолоко», под которым понимается в совокупности, как форма товара, дизайн упаковки, материал упаковки, цветовая гамма, шрифт текста, расположение элементов и дизайнерское решение в целом.

Согласно договору № 196 на разработку дизайна упаковки от 01 июля 2014г., исключительное право на дизайн отчуждается в полном объёме в пользу АО «Тольяттимолоко».

На основании ст. 1229 ГК РФ правообладатель вправе использовать дизайн по своему усмотрению любым, не противоречащим закону, способом. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на дизайн и может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам его использование. При этом отсутствие запрета не считается согласием (разрешением).

Таким образом, использование дизайна упаковки «Сырок ваниль 4,5%» без согласия правообладателя – АО «Тольяттимолоко», не допускается.

Правообладатель АО «Тольяттимолоко» не предоставляло ООО «МК «Николаевский» право на использование дизайна упаковки, разработанного и переданного Заявителю, не наделяло его никакими правами на его переработку

либо на создание производного дизайна.

Под производным дизайном понимается такой дизайн, который представляет собой переработку другого дизайна. При создании производного дизайна должны соблюдаться права правообладателя оригинального дизайна, используемого в этом процессе. Правомочие на переработку дизайна входит в содержание исключительного права на такой дизайн, что означает необходимость волеизъявления правообладателя на использование дизайна указанным способом.

Таким образом, сходство товаров – это следствие того, что дизайн упаковки АО «Тольяттимолоко» был использован ООО «МК «Николаевский» в переработке.

Факт того, что АО «Тольяттимолоко» является лицом, которое первым ввело в оборот продукцию в спорной упаковке, установлен Договором № 196 на разработку дизайна от 14 июля 2014 г.

Материалы дела содержат Экспертное заключение патентного поверенного Российской Федерации, Евразийского патентного поверенного Г.А.П. от 31.08.2019г. № 122 (1162) (том 3 л.д. 31-64) (данный специалист имеет общий стаж работы в области интеллектуальной собственности 41 год, стаж экспертной работы 36 лет). Согласно общим выводам Заключения установлено следующее:

при покупке товаров Ответчика существует большая вероятность введения потребителя (покупателя) в заблуждение, покупатель совершенно спокойно может подумать, что он покупает товар Заявителя (ответ на вопрос 2 Заключения);

ответчиком нарушаются права на интеллектуальную собственность, принадлежащую Заявителю, а именно авторские права на этикетку, упаковку (дизайн) (ответ на вопрос 3 Заключения);

дизайны упаковок Ответчика имитируют дизайны упаковок Заявителя (ответ на вопрос 4 Заключения);

имеются очевидные признаки переработки дизайнов Заявителя в дизайнах Ответчика, заключающиеся в примитивном изменении местоположения элементов дизайна и изменении цвета на упаковке (ответ на вопрос 5 Заключения);

дизайны упаковок Ответчика выполнены с существенными элементами сходства с дизайнами Заявителя. Это означает, что дизайнеру была поставлена прямая задача по имитации дизайнов Заявителя без нарушения прав на зарегистрированный товарный знак (ответ на вопрос 6 Заключения).

При определении сходства изобразительных и объемных обозначений наиболее важным является первое впечатление, так как именно оно наиболее близко к восприятию потребителями, уже приобретавшими ранее такой товар. Следовательно, если при первом впечатлении сравниваемые обозначения представляются сходными, а последующий анализ выявит отличие обозначений за счёт расхождения отдельных элементов, то при оценке сходства обозначений целесообразно руководствоваться первым впечатлением (Постановление Московского областного УФАС России от 10.07.2019 № 050/04/14.33-2113/2019).

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.

Согласно письму ФАС России от 30.06.2017 № АК/44651/17 «О практике доказывания нарушений, квалифицируемых в соответствии с п. 2 ст. 14.6 «О защите конкуренции», индивидуализировать продукцию могут как конкретные обозначения, не зарегистрированные в качестве товарных знаков, так и общий

внешний вид, элементы оформления упаковки и другие средства.

Имитация внешнего вида товара представляет собой своеобразное подражание товару конкурента с целью создания у покупателей впечатления о принадлежности таких товаров линейке имитируемых товаров.

Согласно письму ФАС России от 22.08.2018 № АД/66643/18 «ПБ», 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.

Заявитель и Ответчик являются производителями однородных товаров – Сырки творожные. В соответствии с п. 162 Постановления Пленума ВС РФ № 10 однородность товаров устанавливается исходя из принципиальной возможности возникновения у обычного потребителя соответствующего товара представления о принадлежности этих товаров одному производителю. При этом суд учитывает род (вид) товаров, их назначение, вид материала, из которого они изготовлены, условия сбыта товаров, круг потребителей, взаимодополняемость или взаимозаменяемость и другие обстоятельства.

Согласно постановлению Президиума Суда по интеллектуальным правам от 21.01.2019 по делу № СИП-497/2017 под получением преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, связанных с использованием результатов интеллектуальной деятельности по смыслу п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции такие преимущества могут быть связаны как с получением прямой экономической выгоды, так и с причинением убытков или нанесением вреда деловой репутации правообладателя либо с угрозой такого причинения.

29.11.2019г. в Самарском УФАС России проходило очередное очное заседание Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции (далее - ЭС), в рамках которого на обозрение присутствующих членов ЭС были представлены спорные упаковки творожной продукции АО «Тольяттимолоко» и ООО «МК Николаевский», в целях проведения очного голосования по следующим вопросам:

1. Являются упаковки сырков «с ванилином», «с изюмом», «с курагой», производства ООО «МК Николаевский» сходными до степени смешения с упаковками сырков «ваниль», «изюм» и «абрикос», производства АО «Тольяттимолоко»?
2. Могли бы Вы перепутать данные сырки при покупке?
3. Создается впечатление, что данные товары одного производителя?

В голосовании приняли участие 16 членов ЭС, из них по первому поставленному вопросу:

- 7 (44%) членов ЭС согласились с утверждением о том, что упаковка сырка «с ванилином», производства ООО «МК «Николаевский» является сходной до степени смешения с упаковкой сырка «ваниль», производства АО «Тольяттимолоко»;

- 8 (50%) членов Экспертного совета посчитали, что данная упаковка сырка «с ванилином», производства ООО «МК «Николаевский» не является сходной до степени смешения с упаковкой сырка «ваниль», производства АО «Тольяттимолоко»;

- 1 член ЭС воздержался от голосования по данному вопросу.

По второму поставленному вопросу:

- 5 (31%) членов ЭС посчитали, что могли бы перепутать данные сырки при покупке;
- 10 (62%) членов ЭС посчитали, что не смогли бы перепутать данные сырки при покупке;
- 1 член ЭС воздержался от голосования по данному вопросу.

По третьему поставленному вопросу:

- 6 (37%) членов ЭС посчитали, что создается впечатление, что данные товары одного производителя;
- 9 (56%) члена ЭС посчитали, что такое впечатление не создается;
- 1 член ЭС воздержался от голосования по данному вопросу.

Мнения членов Экспертного совета отражены в Приложении к протоколу.

По итогам голосования Члены ЭС решили признать упаковки творожной продукции (сырков «с ванилином», «с изюмом», «с курагой») ООО «МК «Николаевский» соответствующей требованиям законодательства Российской Федерации о защите конкуренции, учесть мнение ЭС при рассмотрении дела, возбужденного в отношении ООО «МК «Николаевский» по признакам нарушения Федерального закона о защите конкуренции.

Экспертный совет образован в целях рассмотрения вопросов, связанных, в том числе, с применением законодательства Российской Федерации о защите конкуренции, а также выработки предложений по его совершенствованию. Он является консультативно-совещательным органом при Самарском УФАС России. В состав Экспертного совета входят специалисты антимонопольного органа, представители органов исполнительной власти Самарской области, профессиональные участники рекламного рынка, эксперты и специалисты в отдельных областях знаний.

Для установления факта сходства достаточно уже самой опасности, а не реального смешения обычным потребителем соответствующих товаров (определение Верховного Суда Российской Федерации от 27.06.2016 № 307-ЭС16-881 по делу № А56-62226/2014).

Сходство - одинаковость, подобие, соответствие в чем-нибудь с кем-чем-нибудь (Источник: Толковый словарь русского языка Ушакова).

Подобие - сходство, согласие, одновидность, схожесть. И подобия нет подлинника. Вещь, сделанная по образцу или в подражанье; изображение чего; образ чего-либо. Иссеченное из камня подобие человека. Весьма неудачное подобие, подражанье. Подобный, похожий на что, схожий с чем, близкий, подходящий, одного вида, образа, свойств или качеств (Источник: Толковый словарь Даля).

Потребитель - гражданин, имеющий намерение заказать или приобрести либо заказывающий, приобретающий или использующий товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности (Закон РФ от 07.02.1992 N 2300-1 "О защите прав потребителей").

При выявлении сходства учитывается общее впечатление, которое производят упаковки товаров в целом на рядового/каждодневного потребителя соответствующих товаров.

Результаты ЭС совета свидетельствуют о наличии потребителей, которые могли бы перепутать упаковки творожной продукции ООО «МК «Николаевский» с упаковками творожной продукции АО «Тольяттимолоко».

Ответы членов ЭС согласуются с мнением патентного поверенного РФ и ЕАПО Г.А.П., который в своем заключении (исх. № 122 (1162) от 31.08.2019) в ответе на вопрос № 5 указал следующее: «Имеются очевидные признаки переработки дизайна изделий, заключающиеся в примитивном изменении местоположения

ключевых элементов дизайна (смещение, зеркальное расположение изобразительных элементов), изменение цвета на упаковке».

Г.А.П. предположил, что перед дизайнером была поставлена задача, заключающаяся не в создании нового дизайна упаковки для продукта, в имитации ранее известного потребителям дизайна упаковки с использованием узнаваемых элементов дизайна упаковки.

В подтверждение отсутствия смешения упаковок ответчик представил в материалы дела социологическое исследование на тему «Социологическая экспертиза по выявлению наличия сходства упаковок продукции заказчика и конкурента до степени смешения», подготовленное ООО «Ключевые Бизнес Решения» (исх. б/н от ноября 2019г.).

Комиссия Самарского УФАС России скептически относится к данному доказательству, поскольку согласно представленным Заявителем CD-диску и акту о проведении телефонного разговора от 13.02.2020г. следует, что ООО «Ключевые Бизнес Решения» всегда действует в сторону клиента (Заказчика) и вопросы анкеты составляются так, чтобы как можно лучше получить результат в пользу Заказчика.

Более того, согласно выводам исследования упаковки творожного продукта – «Сырок с изюмом 4,5 %» производства «МК Николаевский» не являются сходными с упаковками творожного продукта – «Сырок с изюмом 4,5 %» производства АО «Тольяттимолоко» ввиду отсутствия сходства внешнего вида, цветовой гаммы, изображения животных, символики вкуса.

В отношении упаковок творожного продукта – «Сырок с ванилином 4,5%» и «Сырок с курагой 4,5 %» производства «МК Николаевский» и упаковок творожного продукта – «Сырок ваниль 4,5%» и «Сырок абрикос 4,5%» производства АО «Тольяттимолоко» мнение респондентов распределились следующим образом:

1. на вопрос Q5 «По Вашему мнению, упаковки линейки «А» одинаковы или различны с упаковками линейки «Б» по внешнему виду» ответили:

- Точно различные и скорее различные - 76,9%, скорее одинаковые и точно одинаковые - 23,1% (ВАНИЛЬ);
- Точно различные и скорее различные - 79,3%, скорее одинаковые и точно одинаковые - 20,7% (АБРИКОС).

2. на вопрос Q6 «По Вашему мнению, упаковки линейки «А» одинаковы или различны с упаковками линейки «Б» по цветовой гамме» ответили:

- Точно различные и скорее различные - 88,0%, скорее одинаковые и точно одинаковые - 12,0% (ВАНИЛЬ);
- Точно различные и скорее различные - 84,5%, скорее одинаковые и точно одинаковые - 15,6% (АБРИКОС).

3. на вопрос Q7 «По Вашему мнению, упаковки линейки «А» одинаковы или различны с упаковками линейки «Б» с точки зрения изображения животных» ответили:

- Точно различные и скорее различные - 91,3%; скорее одинаковые и точно одинаковые - 8,8% (ВАНИЛЬ);
- Точно различные и скорее различные - 89,3%; скорее одинаковые и точно одинаковые - 10,3% (АБРИКОС).

4. на вопрос Q8 «По Вашему мнению, упаковки линейки «А» одинаковы или различны с упаковками линейки «Б» с точки зрения символики (изображения

фруктов и цветов» ответили:

- Точно различные и скорее различные - 38,8%; скорее одинаковые и точно одинаковые - 61,2% (ВАНИЛЬ).

Кроме того, данный вывод также содержится в экспертном заключении патентного поверенного Г.А.П. (представлен Заявителем), который указывает на то, что при поисковом запросе «цветы ванили рисунки» Интернет находит большой выбор разнообразных изображений цветков ванили, однако в Изделии 2 (упаковка «СЫРОК с ванилином», производитель ООО «МК Николаевский») изображены идентичные рисунки, совпадающие до мельчайших подробностей при наложении двух изображений.

- Точно различные и скорее различные - 40,2%; скорее одинаковые и точно одинаковые - 59,9% (АБРИКОС).

Данный вывод также содержится в экспертном заключении патентного поверенного Г.А.П., который указывает на то, что при поисковом запросе «плоды абрикоса рисунки» Интернет находит большой выбор разнообразных изображений плодов абрикоса, однако в Изделии 4 (упаковка «СЫРОК с курагой», производитель ООО «МК Николаевский») изображены идентичные рисунки, совпадающие до мельчайших подробностей при наложении двух изображений (с учетом зеркального отражения).

5. на вопрос Q9 «По Вашему мнению, упаковки линейки «А» одинаковы или различны с упаковками линейки «Б с точки зрения использованных шрифтов» ответили:

- Точно различные и скорее различные - 45,7%; скорее одинаковые и точно одинаковые - 54,2% (ВАНИЛЬ);

- Точно различные и скорее различные - 43,3%; скорее одинаковые и точно одинаковые - 56,7% (АБРИКОС).

6. на вопрос Q10 «По Вашему мнению, упаковки линейки «А» одинаковы или различны с упаковками линейки «Б с точки зрения текстовой информации, размещенной на упаковке» ответили:

- Точно различные и скорее различные - 50,8%; скорее одинаковые и точно одинаковые - 49,2% (ВАНИЛЬ);

- Точно различные и скорее различные - 51,1%; скорее одинаковые и точно одинаковые - 48,9% (АБРИКОС).

Таким образом, рисунок, шрифт, текст с точки зрения респондентов наиболее очевидные вещи, которые бросаются в глаза потребителям.

7. на вопрос Q11 «По Вашему мнению, товар в упаковках линейки «А» и «Б произведен одним и тем же производителем или двумя разными производителями» ответили:

- Точно различные и скорее различные - 84,8%; скорее одинаковые и точно одинаковые - 15,2% (ВАНИЛЬ);

- Точно различные и скорее различные - 86,0%; скорее одинаковые и точно одинаковые - 14,0% (АБРИКОС).

8. на вопрос Q12 «Если бы Вы покупали подобный «сырок», то какова вероятность, что Вы бы перепутали между собой упаковки линейки «А» и линейки «Б» ответили:

- Точно различные и скорее различные - 78,0%; скорее одинаковые и точно одинаковые - 22,0% (ВАНИЛЬ);

- Точно различные и скорее различные - 75,2%; скорее одинаковые и точно одинаковые - 24,8% (АБРИКОС).

Таким образом по пяти из восьми показателей процентное соотношение сомневающихся превышает 20%.

Согласно Постановлению Президиума Высшего арбитражного суда РФ от 18.07.2006 № 3691/2006 следует, что для признания сходства товарных знаков (в данном случае упаковок товара) достаточно уже самой опасности, а не реального смешения в глазах потребителей, а о том, что опасность смешения существует, свидетельствуют данные социологических опросов. Президиум ВАС РФ устанавливает, что если от 20% опрошенных потребителей не смогли однозначно отличить товарные знаки (в данном случае - упаковки товаров) конкурентов, то это является весьма внушительным результатом, влияющим на продвижение товара на определённом сегменте рынка. Пороговый критерий, установленный Президиумом ВАС РФ, хорошо согласуется с порогом, экспериментально установленным социологическими методами.

Критерий 20% прямо применялся для установления наличия опасности смешения во многих делах, например, А40-78755/2010, А45-12802/2011, А40-18801/2011, А57-9186/2016. Показатели, превышающие 20%, также рассматривались судами как свидетельствующие о сходстве до степени смешения. Так, в деле А23-1145/2006 согласно данным социологического опроса около 30% респондентов принимали продукт ответчика за продукт истца, что было сочтено результатом, влияющим на продвижение товара.

Статистическое обобщение данных о социологических исследованиях, на сегодняшний день проверенных и надёжно установивших наличие или отсутствие опасности сходства до степени смешения, позволяют считать, что пороговым значением в этом вопросе является уровень в 20%. Показатели, превышающие 20% свидетельствуют о социологических признаках наличия опасности или о социологических признаках наличия самого сходства до степени смешения.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу о наличии смешения в глазах потребителей упаковок творожного товара – «Сырок с ванилином 4,5%», «Сырок с курагой 4,5 %», «Сырок с изюмом 4,5%» "Из Николаевки" ООО «МК «Николаевский» с упаковками «Сырок ваниль 4,5%» и «Сырок абрикос 4,5%», «Сырок с изюмом 4,5%» АО «Тольяттимолоко».

Пунктом 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции установлен запрет на недобросовестную конкуренцию путём копирования или имитации внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом-конкурентом, упаковки такого товара, его этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом (в совокупности фирменной одежды, оформления торгового зала, витрины) или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товар.

Имитация внешнего вида товара представляет собой своеобразное подражание товару конкурента с целью создания у покупателей впечатления о принадлежности таких товаров линейке имитируемых товаров. Причём индивидуализировать продукцию могут, как конкретные обозначения, так и общий внешний вид, элементы оформления упаковки и другие средства.

Заявитель АО «Тольяттимолоко» и ООО «МК «Николаевский» являются хозяйствующими субъектами-конкурентами, так как осуществляют деятельность на товарном рынке молочной продукции, в географических границах Российской Федерации, а товары относятся к параллельной продуктовой линейке и являются взаимозаменяемыми.

ООО «МК «Николаевский» изготавливает и вводит товар в гражданский оборот,

который впоследствии реализуется через магазины, принадлежащие индивидуальным предпринимателям в Самарской и Ульяновской областях, что подтверждается письменными пояснениями Ответчика (исх. № 11/10-1 от 11.10.2019г. / вх. № 9617-з от 11.10.2019г.) и приложенным к ним договором поставки № МКН12/03/19-14 от 12.03.2019г. и товарными накладными к договору (том 4 л.д. 12-18); чеком ккм от 16.09.2019г., товарным чеком № 2 от 16.09.2019г., чеком ккм от 09.08.2019г., товарным чеком № 40 от 09.08.2019г., чеком ккм от 11.07.2019г., товарным чеком от 11.07.2018г., чеком ккм от 26.06.2019г., товарным чеком от 24.06.2019г., товарным чеком от 28.05.2014г. (том 4 л.д. 48-54); договором поставки от 12.03.2019г. № МКН 12/03/19-14 от 12.03.2019г.; договором поставки от 01.03.2019г. № МКН 01/03/19-1 (том 4 л.д. 67-73).

Следует отметить, что при установлении факта введения товара в оборот стоит руководствоваться правовой позицией, изложенной в определении Верховного суда Российской Федерации от 9 декабря 2015 г. № 304-КГ15-8874 по делу № А67-4453/2014, согласно которому не только продажа и обмен товара, но и любое иное введение в гражданский оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности является недобросовестной конкуренцией (производство, предложение к продаже, демонстрация товара на выставках и ярмарках, на интернет-сайте) может повлечь нарушение исключительных прав правообладателя, поскольку продвижение товара является неотъемлемой частью введения товара в гражданский оборот.

На сегодняшний день вследствие многолетнего периода производства и продаж, проведения рекламы, печати товара в каталогах, участия в выставках, у потребителя творожных сырков установилась стойкая ассоциация дизайна упаковки Сырка ваниль, абрикос, изюм с определенным производителем – АО «Тольяттимолоко», а действия производителя ООО «МК Николаевский», имитирующего дизайн упаковки, направлены на получение необоснованных преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности.

В результате неправомерных действий ООО «МК Николаевский» причиняется ущерб заявителю – АО «Тольяттимолоко». Важным показателем для доказывания направленности действий на причинение ущерба конкуренту, а также обосновывать наличие ущерба либо угрозы причинения такого ущерба является динамика продаж соответствующих товаров заявителя АО «Тольяттимолоко» и нарушителя ООО «МК «Николаевский» за спорные периоды.

С момента начала реализации сырков производителя ООО «МК Николаевский» снизились продажи на сырки производителя АО «Тольяттимолоко», о чём свидетельствуют показатели отгрузки товара (материалы представлены в рамках ДСП (вх. № ДСП-256 от 15.10.2019г.), справками об объемах продаж за 2018-2019гг. (том 5 л.д. 144-146).

Таким образом, действия ООО «МК «Николаевский» влекут перераспределение спроса на соответствующем товарном рынке в связи с оттоком потребителей от продукции одного производителя к продукции другого, противоречат обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности и справедливости, а также ведут к снижению доходов и ожидаемой прибыли АО «Тольяттимолоко». Недобросовестная конкуренция приводит к присвоению ООО «МК «Николаевский» прибыли, обеспечиваемой чужим объектом интеллектуальной собственности.

Также следует учитывать, что имитация товара нарушителем ООО «МК «Николаевский» в некоторых случаях может повлечь не только (и не столько) перераспределение спроса на рынке, сколько угрожать деловой репутации АО «Тольяттимолоко» в случае, если изготовителем товара (поставщиком услуги) не поддерживаются требования к качеству товара, на которые рассчитывает

потребитель, введенный в заблуждение фактом копирования элементов индивидуализации другого участника рынка (решение ФАС России по делу № 1-14-65/00-08-16).

Из определения недобросовестной конкуренции, содержащегося в п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции следует, что для признания действий недобросовестной конкуренцией они должны одновременно соответствовать нескольким условиям, а именно:

- совершаться хозяйствующими субъектами (группой лиц);
- быть направленными на получение преимуществ в предпринимательской деятельности;
- противоречить законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;
- причинить или быть способны причинить убытки другому хозяйствующему субъекту-конкуренту, либо нанести ущерб его деловой репутации (причинение вреда).

Таким образом, все признаки недобросовестной конкуренции, содержащиеся в пункте 9 части 4 Закона о защите конкуренции, присутствуют в действиях Общества:

1. Направленность на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности выразилась в производстве и реализации всей линейки творожной продукции – «Сырок с ванилином 4,5%», «Сырок с курагой 4,5 %», «Сырок с изюмом 4,5%» "Из Николаевки", производства ООО «МК «Николаевский» в упаковках, сходных по дизайну с упаковками продуктовой линейки творожного продукта – «Сырок ваниль 4,5%», «Сырок абрикос 4,5%», «Сырок с изюмом 4,5%» производства АО «Тольяттимолоко», как следствие возможность привести к смешению с товаром Заявителя, результатом чего может являться ошибочный выбор потребителя при приобретении товара, когда он принимает новый товар как новую линейку давно ему известной продукции.

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

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

Согласно краткому аналитическому отчету по анализу состояния конкурентной среды на рынке по производству и реализации творожной продукции следует, что основанием для изучения состояния конкуренции на рынке производства и реализации творожной продукции является наличие в действиях ООО «МК «Николаевский» признаков нарушения антимонопольного законодательства.

Целью анализа является определение продуктовых границ рынка, определение географических границ товарного рынка.

При проведении данного анализа Самарское УФАС России руководствовалось Приказом ФАС России от 28.04.2010 г. № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке» (далее – Порядок).

В качестве источников исходной информации об исследуемом рынке использовались следующие нормативно-правовые документы: Закон о защите конкуренции; Интернет-пространство; предоставленные документы и сведения.

Временной интервал исследования с 05 сентября 2018 года по 05 сентября 2019 года (за год до даты подачи заявления).

Продуктовые границы товарного рынка определяются, исходя из вида деятельности, возможности взаимозаменяемости услуг и товаров.

Как следует из открытых источников, а именно сети – Интернет и материалов, которые представлены Заявителем на территории РФ, в том числе на территории Самарской области имеется не менее 10 организаций, на рынке производства и реализации творожной продукции, в том числе «Сырок Ваниль».

Исходя из вышеизложенного, продуктовые границы рынка можно определить, как рынок производства и реализации творожной продукции, в том числе «Сырок Ваниль».

Из представленных АО «Тольяттимолоко» материалов следует, что услуги на данном товарном рынке оказывались на территории Российской Федерации.

Таким образом, исходя из вышеизложенного, географическими границами рассматриваемого товарного рынка являются границы Российской Федерации.

В установленных географических границах рассматриваемого рынка АО «Тольяттимолоко» и ООО «МК «Николаевский» не являются единственными производителями и продавцами на товарном рынке производства и реализации творожной продукции, в том числе - «Сырок Ваниль», поскольку согласно данным из информационно - коммуникационной сети «Интернет» на территории Российской Федерации действует не менее 10 хозяйствующих субъектов, при этом с учетом географических границ число хозяйствующих субъектов значительно превышает данное значение.

При указанных обстоятельствах, Комиссия приходит к выводу, что действия ООО «МК «Николаевский» по реализации творожного продукта – «Сырок с ванилином 4,5%», «Сырок с курагой 4,5 %», «Сырок с изюмом 4,5%» "Из Николаевки", производства ООО «МК «Николаевский» в упаковках, сходных с упаковками творожного продукта «Сырок ваниль 4,5%», «Сырок абрикос 4,5%», «Сырок с изюмом 4,5%», производства АО «Тольяттимолоко» свидетельствуют о нарушении пункта 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

В соответствии со статьей 48.1 Закона о защите конкуренции Комиссия Самарского УФАС России приняла заключение об обстоятельствах дела и направила его копии в адрес Заявителя и Ответчика.

Согласно части 5 статьи 48.1 Закона о защите конкуренции лица, участвующие в деле, вправе представить комиссии пояснения, доказательства и приводить доводы в письменной форме в отношении обстоятельств, изложенных в заключении об обстоятельствах дела, до окончания рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства и оглашения резолютивной части решения по нему на заседании комиссии.

От Заявителя и Ответчика поступили пояснения относительно доводов, изложенных в заключении об обстоятельствах дела, которые приобщены к материалам дела.

Доводы Заявителя и Ответчика относительно авторского права, Комиссия Самарского УФАС России считает не подлежащими рассмотрению, поскольку рассмотрение данных вопросов не отнесено к компетенции антимонопольного органа.

Доводы Ответчика об отсутствии в действиях ООО «МК «Николаевский» недобросовестной конкуренции в виду отсутствия смешения опровергаются материалами настоящего дела.

Принимая во внимание упомянутые обстоятельства, и руководствуясь частью 3 статьи 10bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883, пунктом 2 статьи 14.6, статьей 23, частями 1 и 2 статьи 41, частью 2 статьи 45, статьей 49 Закона о защите конкуренции, Комиссия Самарского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Основания для прекращения рассмотрения дела отсутствуют.
2. Признать действия ООО «МК «Николаевский» (443022, г. Самара, Заводское шоссе, д. 20, офис 104, ИНН 6319212113, ОГРН 1166313147220), выразившиеся во введении в гражданский оборот на территории Российской Федерации творожного продукта – «Сырок с ванилином 4,5%», «Сырок с курагой 4,5 %», «Сырок с изюмом 4,5%» "Из Николаевки" в упаковках, оформление которых имитирует оформление упаковок творожного продукта - «Сырок ваниль 4,5%», «Сырок абрикос 4,5%», «Сырок с изюмом 4,5%», производства АО «Тольяттимолоко», нарушающими пункт 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.
2. Выдать ООО «МК «Николаевский» (443022, г. Самара, Заводское шоссе, д. 20, офис 104, ИНН 6319212113, ОГРН 1166313147220) предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.
3. Передать материалы дела № 063/01/14.6-189/2019 уполномоченному должностному лицу Самарского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении в отношении ООО «МК «Николаевский» и его должностного лица.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

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