

ЗАО «Круг»  
ул. Подольская, д. 18,  
г. Москва, 109651

ООО «Фили-Бейкер»  
Береговой проезд, д. 4/6, стр. 4,  
г. Москва, 121087

## **РЕШЕНИЕ**

по делу № 1-14-155/00-08-17

о нарушении антимонопольного законодательства

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «04» июня 2018 г.

В полном объеме решение изготовлено «16» июля 2018 г.

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела № 1-14-155/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

<...>

дело № 1-14-155/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения ООО «Фили-Бейкер» (121087, Москва, Береговой проезд, д. 4/6, стр. 4; ОГРН/ИНН 1027739478227/10209063) 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 ЗАО «Круг» (далее – Заявитель) о нарушении антимонопольного законодательства со стороны ООО «Фили-Бейкер» (далее - Ответчик), выразившемся во введении в гражданский оборот на территории Российской Федерации десертных пирогов «Шарлотка» с использованием в оформлении дизайнерских решений, применяемых ЗАО «Круг» при производстве продукции «Тирольские пироги».

ЗАО «Круг» осуществляет деятельность на товарном рынке хлебопекарной и кондитерской продукции на территории Российской Федерации. В частности, Заявитель с 2004 года по настоящее время осуществляет поэтапное введение в гражданский оборот на территории Российской Федерации десертных пирогов под торговой маркой «Тирольские пироги».

ООО «Фили-Бейкер» с 2007 года осуществляет деятельность по производству и введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации десертных пирогов «Шарлотка».

Заявитель вводит в гражданский оборот на территории Российской Федерации десертные пироги под обозначением «Тирольские пироги» следующих видов:

- «Ягодная поляна»,
- «Малиновый»,
- «Клубничный»,
- «Вишневый»,
- «Йогурт-тропик»,
- «Черри-бренди»,
- «Творожный»,
- «Тирамису»,
- «Йогурт с мандаринами»,
- «Груша в коньяке»,
- «Профитроли»,
- «Сметанный с ананасами»,
- «Чизкейк»,
- «Персик-клубника»,
- «Малина-шоколад».

Ответчик вводит в гражданский оборот на территории Российской Федерации десертные пироги «Шарлотка» следующих видов:

- «Шарлотка лесная ягода»,

- «Шарлотка малиновая»,
- «Шарлотка клубничная»,
- «Шарлотка вишневая»,
- «Шарлотка тропическая»,
- «Шарлотка шоколадная с черешней»,
- «Шарлотка творожная»,
- «Шарлотка панчо»,
- «Шарлотка с черной смородиной».

При этом, по мнению Заявителя, Ответчиком скопированы следующие внешние характеристики товара Заявителя:

- композиционное построение;
- идентичное цветовое решение ключевых элементов упаковки;
- геометрическая форма этикетки со специфическим уголком в ее правой нижней части;
- характерные оригинальные изобразительные элементы.

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 № 1-14-155/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства, из которых усматривается следующая позиция Ответчика.

Продукция Заявителя и Ответчика – пироги, имеющие круглую форму. Круглая упаковка однозначно обусловлена функциональным применением. Ребристость, «фактурность» крышки обусловлена необходимостью обеспечить жесткость конструкции. Упаковка заказывается Ответчиком у одного из крупных российских производителей упаковки (ООО «ТСК Комус») на основе образцов, предлагаемых производителем к свободной продаже на всей территории Российской Федерации. По заказу Ответчика в стандартную упаковку вносятся изменения, направленные на индивидуализацию продукции ООО «Фили Бейкер». Прозрачная крышка, коричневое дно, ребра жесткости такой формы являются стандартными.

Названия товаров Заявителя «Тирольские пироги» и Ответчика «Шарлотка» крупно изображены на этикетках, боковых этикетках («ободках»). Вторая часть названия – название вкуса, которые являются классическими названиями.

На этикетке размещена предусмотренная действующим законодательством информация о продукции. Размещение этикетки в центре крышки также является общепринятым. Форма этикетки, используемой Ответчиком, продиктована формой

кондитерского изделия (круг) и удобством наклейки (угол). Таким образом, способ размещения этикетки на продукции Заявителя и Ответчика и форма этикетки обусловлены функциональным применением.

Использование боковой ленты само по себе не является оригинальным и применяется при оформлении продукции не только Заявителем и Ответчиком. На боковой ленте изделий «Шарлотка» воспроизводится наименование «Фили Бейкер» и «Шарлотка», то есть данный элемент позволяет идентифицировать производителя и продукцию, а не смешать ее с иной подобной продукцией.

Цветовое решение ключевых элементов продукции Заявителя и Ответчика отличаются друг от друга.

Таким образом, схожими являются элементы и характеристики продукции, не несущие функцию индивидуализации и являющимися общераспространенными (круглая форма, внешний вид пирога, плоская упаковка, прозрачная крышка, размещение этикетки по центру крышки и пр.), что не может трактоваться как нарушение пункта 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции».

Комиссия ФАС России по рассмотрению дела № 1-14-155/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства, проанализировав все имеющиеся в материалах дела доказательства в совокупности, выслушав представителей лиц, участвующих в рассмотрении дела, установила следующие обстоятельства.

ЗАО «Круг» осуществляет деятельность на товарном рынке хлебопекарной и кондитерской продукции на территории Российской Федерации. В частности, Заявитель с 2004 года по настоящее время осуществляет поэтапное введение в гражданский оборот на территории Российской Федерации десертных пирогов под торговой маркой «Тирольские пироги».

ООО «Фили-Бейкер» с 2007 года осуществляет деятельность по производству и введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации десертных пирогов «Шарлотка».

Таким образом, Заявитель и Ответчик осуществляют деятельность на одном товарном рынке, то есть являются хозяйствующими субъектами-конкурентами.

При этом марки «Тирольские пироги» и «Шарлотка» входят в тройку лидеров категории по осведомленности и потреблению.

Заявитель вводит в гражданский оборот на территории Российской Федерации десертные пироги под обозначением «Тирольские пироги» следующих видов:

- «Ягодная поляна»,
- «Малиновый»,
- «Клубничный»,
- «Вишневый»,
- «Йогурт-тропик»,

- «Черри-бренди»,
- «Творожный»,
- «Тирамису»,
- «Йогурт с мандаринами»,
- «Груша в коньяке»,
- «Профитроли»,
- «Сметанный с ананасами»,
- «Чизкейк»,
- «Персик-клубника»,
- «Черничный»,

а также является правообладателем товарных знаков № 320162 с датой приоритета от 01.11.2005, № 440026 с датой приоритета от 03.02.2010, № 502654 с датой приоритета от 13.02.2012 и промышленного образца № 84071 с датой приоритета от 13.02.2012.

Ответчик вводит в гражданский оборот на территории Российской Федерации десертные пироги «Шарлотка» следующих видов:

- «Шарлотка лесная ягода»,
- «Шарлотка малиновая»,
- «Шарлотка клубничная»,
- «Шарлотка вишневая»,
- «Шарлотка тропическая»,
- «Шарлотка шоколадная с черешней»,
- «Шарлотка панчо»,
- «Шарлотка с черносливом».

Анализ внешнего вида продукции Заявителя и Ответчика показал, что сами пироги выглядят идентично, а именно: коричневая бумажная подложка, в которой находится пирог, сам продукт содержит сверху ягоды, фрукты (в зависимости от вида пирога), покрытые желе.

Упаковка рассматриваемых пирогов также имеет ряд схожих черт, а именно:

- композиционное построение элементов дизайна;
- схожее цветовое решение некоторых элементов упаковки (поддон, верхняя этикетка и т.д.);

- геометрическая форма этикетки со специфическим уголком в ее правой нижней части;

- оригинальная этикетка, опоясывающая упаковку пирога.

В целях сравнения внешнего вида упаковок пирогов Заявителем в ФАС России было представлено маркетинговое исследование «Определение мнения московских покупателей тортов и десертных пирогов о возможности введения в заблуждение относительно производителя продукции «Тирольские пироги» и «Шарлотка», подготовленное 2-7 июня 2017 г. ООО «Маркетинговое агентство «Сканмаркет» по результатам очного опроса 420 жителей г. Москвы в возрасте 18-65 лет, покупавших торты или десертные пироги в течение 2-х месяцев. Указанное исследование показало, что каждый из упомянутых вариантов производимой указанными организациями продукции обладают сходными существенными признаками. Названные признаки индивидуализируют форму, специфику изображенного товара, формируют характерный зрительный образ, при этом имеющиеся отличительные особенности упаковок не участвуют в формировании общего зрительного впечатления.

Так, данным маркетинговым исследованием установлено следующее:

- 69% респондентов считают упаковки пирогов под торговой маркой «Тирольские пироги» и десертных пирогов под торговой маркой «Шарлотка» схожими по внешнему виду. Среди наиболее схожих элементов упаковок респондентами были названы (по степени схожести «Одинаковы» и «Похожи» совокупно) следующие элементы:

\* 99% - коробка, т.е. внешняя упаковка,

\* 86% - внешний вид продукта,

\* 84% - боковой ободок,

\* 71% - названия продуктов,

\* 57% - этикетка.

- 63% респондентов полагают, что десертные пироги под торговой маркой «Тирольские пироги» и под торговой маркой «Шарлотка», являются видами продукции одного производителя.

Таким образом, в одинаковой степени путаются в марках и лояльные покупатели, и нелояльные покупатели этих марок.

- Абсолютное большинство опрошенных (82%) считает, что сходство упаковок может ввести покупателя в заблуждение относительно производителя рассматриваемых десертных пирогов.

- 38% опрошенных указали, что при недостаточном качестве десертных пирогов под торговой маркой «Шарлотка», они перенесут негативное восприятие на десертные пироги под торговой маркой «Тирольские пироги».

Указанное обстоятельство в результате перераспределения спроса может

привести к сокращению объема продаж десертных пирогов бренда «Тирольские пироги», а в случае нестабильности качества товара — нанести ущерб деловой репутации ЗАО «Круг».

При этом большинство потребителей считает, что указанные упаковки намеренно сделаны схожими (64% опрошенных), при этом мнение большинства потребителей (60% опрошенных) указывает, что упаковка «Шарлотка» копирует упаковку «Тирольские пироги».

- 69% респондентов указали, что демонстрируемые упаковки пирогов «Похожи. Можно перепутать», при этом 21% из указанного числа считают эти упаковки одинаковыми и указывают на высокую вероятность смешения.

В материалах заявления также имеется письмо гражданина – потребителя продукции Заявителя о том, что им был приобретен пирог «Шарлотка» «Лесная ягода», и качество товара не соответствовало ранее приобретаемой продукции ЗАО «Круг».

При этом, как следует из маркетингового исследования, продукция «Тирольские пироги» более узнаваема, чем продукция «Шарлотка», и стаж их покупки потребителями более продолжительный.

В подтверждение указанного обстоятельства Заявителем представлены данные о своих расходах, связанных с продвижением и рекламированием товара «Тирольские пироги» с 2005 по 2016 года. Так, за указанный период общая сумма расходов по указанной статье составила почти 600 000 000 руб.

Кроме того, Заявителем представлен отчет по исследованию представлений потребителей о сходстве/различии упаковок десертных пирогов «Шарлотка» и товарных знаков/упаковок десертных пирогов «Тирольские пироги», а также возможности введения в заблуждение относительно производителя десертных пирогов «Шарлотка», проведенному Аналитическим Центром Юрия Левады 7-26 февраля 2018 года по результатам опроса 1501 респондентов в возрасте от 18 лет и старше, проживающих в Москве, Санкт-Петербурге, Нижнем Новгороде, Владимире, Костроме, Рязани, - потребителей десертных пирогов, тортов, покупка с периодичностью раз в 2-3 месяца или чаще.

Проведенный социологический опрос дал следующие результаты:

1. Большинству опрошенных известны десертные пироги в упаковках «Тирольские пироги» и «Шарлотка»; о том, что им известен десертный пирог «Тирольские пироги», заявили три четверти опрошенных (75%), о том, что известен десертный пирог «Шарлотка» - 61% опрошенных респондентов.

2. Большинство опрошенных (53%) считает, что в оформлении упаковок десертных пирогов «Шарлотка» используется товарный знак № 440026, а почти две трети опрошенных (65%) считают, что в оформлении упаковок десертных пирогов «Шарлотка» используется товарный знак № 502654.

3. При более детальном изучении вопроса обнаружилось, что подавляющее большинство потребителей (82%) считает, что упаковки десертных пирогов «Шарлотка» и «Тирольские пироги» сходны между собой. Так, 71% потребителей, считающих, что упаковки сходны между собой, указали на сходство формы

упаковок, 44% указали на сходство в дизайне «каплевидной» этикетки в центре упаковок, 39% указали на сходство в дизайне волнообразной ленты, опоясывающей упаковки, около пятой части ответили, что видят сходство в цветовом оформлении этикеток/декоративных лент (20%), расположении графических/текстовых элементов на этикетах/декоративных лентах (19%).

4. Большинство российских потребителей десертных пирогов считают, что десертные пироги «Шарлотка» и «Тирольские пироги» выпускаются одной компанией или разными, но связанными между собой компаниями. Так, о том, что представленные на изображении (фотографии) витрины десертные пироги «Шарлотка» и «Тирольские пироги» выпускаются одной компанией, заявили 70% опрошенных, 61% также считает, что среди шести представленных на изображении десертных пирогов различных производителей, среди которых также присутствуют десертный пирог «Тирольские пироги» и «Шарлотка», именно данные десертные пироги выпускаются одним производителем.

5. 62% опрошенных считают, что десертные пироги «Шарлотка» и «Тирольские пироги» выпускаются одной компанией или разными, но связанными между собой компаниями, а 64% опрошенных могли бы в той или иной мере воспринять десертные пироги «Шарлотка» и «Тирольские пироги» как линейку товаров одного производителя, если бы увидели данные упаковки, лежащие рядом друг с другом в магазине.

6. Почти три четверти (74%) потенциальных потребителей утверждают, что могли бы при покупке перепутать и купить вместо десертного пирога «Тирольские пироги» десертный пирог «Шарлотка».

7. Результаты исследования также показали, что почти половина опрошенных (48%) высказалась о том, что в оформлении упаковки десертных пирогов «Тирольские пироги» присутствуют уникальные, отличительные элементы.

В опровержение представленных Заявителем доказательств Ответчиком представлено заключение от 18.01.2018 № 17-2018, подготовленное лабораторией социологической экспертизы ФГБУН Федеральный научно-исследовательский социологический центр РАН, составленное по результатам социологического опроса, проведенного 28.12.2017-15.01.2018 методом интернет-опроса среди пользователей интернет-панели anketer.org - 1000 совершеннолетних жителей Российской Федерации в возрасте от 18 лет и старше, проживающих в 292 городских округах и муниципальных районах в 76 регионах Российской Федерации, – потребителей пирогов.

Проведенный социологический опрос дал следующие результаты:

1. Незначительная доля (12%) респондентов от всей совокупности опрошенных полагают, что они могли бы совершить ошибку, купив вместо пирога из линейки тирольских – пирог из линейки шарлоток, из-за сходства ленток. Аналогичная доля (12%) опрошенных считают, что линейка пирогов (шарлоток) и линейка пирогов (тирольских) изготавливаются одним производителем.

2. Незначительная доля (6%) от общей совокупности опрошенных респондентов полагают, что совершили бы ошибку, купив пирог в упаковке («Шарлотка малиновая») вместо пирога в упаковке (тирольский «Малиновый»), из-за сходства

линеек пирогов. Незначительная доля (14%) опрошенных считают, что пироги в упаковке («Шарлотка малиновая») и пироги в упаковке (тирольский «Малиновый») изготавливаются одним производителем.

3. Подавляющее большинство респондентов ответили, что тестируемая линейка пирогов (тирольских) имеет традиционные характеристики (такие же, как и у многих других производителей пирогов) по внешнему виду (91%), дизайну (89%) и размеру одной упаковки (96%). Подавляющее большинство респондентов ответили, что тестируемая упаковка пирога (тирольский «Малиновый») имеет традиционные характеристики (такие же, как и у многих других производителей пирогов) по внешнему виду (93%), дизайну (90%) и размеру (96%).

4. Доля респондентов, указывающих на наличие копирования или имитации внешнего вида линейки пирогов (тирольских) при создании линейки пирогов (шарлоток), составляет 4% от общего объема выборки, что является неотличимым от 0 результатом с точки зрения теоретической ошибки выборки (6,5%). Доля респондентов, указывающих на наличие копирования или имитации дизайна линейки пирогов (тирольских) при создании линейки пирогов (шарлоток), составляет 3% от общего объема выборки. Доля респондентов, указывающих на наличие копирования или имитации размера (одной упаковки) линейки пирогов (тирольских) при создании линейки пирогов (шарлоток), составляет 1% от общего объема выборки.

5. Доля респондентов, указывающих на наличие копирования или имитации внешнего вида упаковки пирога (тирольский «Малиновый») при создании упаковки пирога («Шарлотка малиновая»), составляет 3% от общего объема выборки, что является неотличимым от 0 результатом с точки зрения теоретической ошибки выборки (6,5%). Доля респондентов, указывающих на наличие копирования или имитации дизайна упаковки пирога (тирольский «Малиновый») при создании упаковки пирога («Шарлотка малиновая»), составляет 2% от общего объема выборки. Доля респондентов, указывающих на наличие признаков копирования или имитации размера упаковки пирога (тирольский «Малиновый») при создании упаковки пирога («Шарлотка малиновая»), составляет 3% от общего объема выборки.

6. Значительная доля респондентов (39%) сумела корректно определить компанию – производителя линейки пирогов (шарлоток) – ООО «Фили-Бейкер». Остальные компании были выбраны существенно меньшей долей респондентов. Компания ЗАО «Круг» была выбрана долей респондентов, не отличимой от 0 (1%).

7. Подавляющее большинство респондентов в возрасте от 23 лет включительно ответили, что на 13-ое февраля 2013 года тестируемая упаковка пирога (тирольский «Малиновый») имела традиционные характеристики (такие же, как и у многих других производителей пирогов) по внешнему виду (86%), дизайну (86%) и размеру (95%).

Анализируя внешний вид упаковок продукции Заявителя и Ответчика и представленные ими доказательства в совокупности, Комиссия ФАС России полагает необходимым руководствоваться пунктом 5.2.1 Методических рекомендаций по проверке заявленных обозначений на тождество и сходство, утвержденных приказом Федеральной службы по интеллектуальной собственности (Роспатент) от 31.12.2009 № 197, согласно которому при определении сходства

изобразительных и объемных обозначений наиболее важным является первое впечатление, получаемое при их сравнении. Именно оно наиболее близко к восприятию товарных знаков потребителями, которые уже приобретали такой товар. Поэтому, если при первом впечатлении сравниваемые обозначения представляются сходными, а последующий анализ выявит отличие обозначений за счет расхождения отдельных элементов, то при оценке сходства обозначений целесообразно руководствоваться первым впечатлением.

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

Необходимо учитывать, что продукция (десертные пироги), внешний вид которой оценивается Комиссией ФАС России в ходе рассмотрения дела, как правило, располагается рядом (иногда в смешанной выкладке, иногда в виде стопки) в одной холодильной витрине с иными кондитерскими изделиями, не относится к товарам высокой ценовой категории и является сравнимой по стоимости с такими кондитерскими изделиями, как пирожные, рулеты, конфеты 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 степень внимательности и осмотрительности, затрачивает на их выбор минимальное время и приобретает их в основном по привычке, основываясь на предыдущем опыте покупки и руководствуясь уже имеющимся впечатлением от внешнего вида товара. На эти же аспекты поведения потребителей при совершении бытовых покупок указывали участники заседания Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе (протокол от 21.05.2018 № 1, вопросы 3-5).

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

Из имеющихся в материалах дела доказательств усматривается следующее.

Из маркетингового исследования ООО «Маркетинговое агентство «Сканмаркет» следует, что при демонстрации респондентам реальных образцов упаковок десертных пирогов «Тирольские пироги» и «Шарлотка» 69% потребителей посчитали две упаковки схожими, при этом 21% респондентов считает, что они одинаковые, и только 10% считают, что они отличаются.

При демонстрации респондентам двух реальных образцов упаковки и карточки с фотографиями пирогов в упаковке респондентами были названы (по степени схожести «Одинаковы» и «Похожи» совокупно) следующие сходные элементы упаковки и внешнего вида продуктов:

- \* 99% - коробка, т.е. внешняя упаковка,
- \* 86% - внешний вид самого пирога,
- \* 84% - боковой ободок,
- \* 71% - названия продуктов («Ягодная поляна» и «Лесная ягода»),
- \* 57% - этикетка.

Таким образом, все элементы двух упаковок (за исключением названий «Тирольские пироги» и «Шарлотка») большинство потребителей находит схожими.

При этом подавляющее большинство потребителей (82%) считает, что сходство упаковок может ввести покупателя в заблуждение относительно производителя.

Вышеописанные результаты подтверждаются данными отчета Аналитического Центра Юрия Левады, согласно которому 82% респондентов считает, что упаковки десертных пирогов «Шарлотка» и «Тирольские пироги» сходны между собой («Очень похожи» и «Довольно похожи»). Из потребителей, высказавших свое мнение о сходстве упаковок, указали на следующие элементы сходства:

- 71% - форма;
- 44% - дизайн «каплевидной» этикетки в центре упаковок (на прозрачной крышке);
- 39% - волнообразный дизайн декоративной ленты, опоясывающей упаковки;
- 20% - цвет/цветовое оформление этикеток/декоративных лент;
- 19% - расположение графических, текстовых элементов на этикетках/опоясывающих лентах.

71% респондентов считают, что представленные на фотографии витрины десертные пироги «Шарлотка» и «Тирольские пироги» выпускаются одной компанией или разными, но связанными между собой компаниями. При этом при демонстрации карточки с изображением шести десертных пирогов различных производителей, среди которых изображены десертные пироги «Шарлотка» и «Тирольские пироги» 61% опрошенных указали именно на данные десертные пироги, как на выпускаемые одним производителем. 64% опрошенных могли бы в той или иной мере воспринять десертные пироги «Шарлотка» и «Тирольские пироги» как линейку товаров одного производителя, если бы увидели данные упаковки, лежащие рядом друг с другом в магазине.

74% потенциальных потребителей утверждают, что могли бы при покупке перепутать и купить вместо десертного пирога «Тирольские пироги» десертный пирог «Шарлотка».

социологической экспертизы от 18.01.2018 № 17-2018 показал следующее.

Согласно анкете социологического исследования перед прохождением интернет-опроса респондентам, прошедшим фильтр-вопросы, дали зачитать следующее определение: «Линейка пирогов» - это пироги одного производителя, удовлетворяющие схожие потребности потребителей».

Таким образом, отвечая на последовавшие вопросы интервьюера, респонденты уже были проинформированы о том, что под «линейкой пирогов шарлоток» подразумевается продукция одного производителя, а под «линейкой пирогов тирольских» - другого производителя, что, во многом, и предопределило дальнейшие ответы.

При этом представляется не имеющим объяснения построение исследования на том, что сначала респонденты отвечают на вопросы в отношении линеек пирогов «Тирольские пироги» и «Шарлотка» в целом, а затем на те же вопросы в отношении одного вида пирога «Малиновый» из обеих линеек десертных пирогов.

На вопрос: «Предположим, что Вы хотите приобрести пирог из данной линейки (линейка пирогов тирольских). Могли бы Вы вместо него, по ошибке, приобрести пирог из данной линейки (линейка пирогов шарлоток)?» респонденты дали следующие ответы:

65% - нет, не мог(ла) бы;

35% - да, мог(ла) бы.

Таким образом, 35% опрошенных потребителей, желая приобрести десертный пирог «Тирольские пироги», могли бы приобрести по ошибке десертный пирог «Шарлотка» (в отношении десертного пирога «Малиновый» по непонятным причинам доля давших такой ответ составляет 25%).

На вопрос: «По какой причине Вы могли бы совершить эту ошибку?» ответы распределились следующим образом (в % от утвердительно ответивших на предыдущий вопрос):

36% - из-за сходства линеек пирогов;

24% – потому что для меня не очень важно, какой пирог покупать;

20% - из-за случайности;

17% - потому, что я не очень внимателен(льна) при покупке;

3% - из-за недобросовестности продавца.

Исследователь делает вывод о том, что только 12% (124 человека) из совокупности всех опрошенных указали на сходство до степени смешения между тестируемыми линейками.

В отношении десертного пирога «Малиновый» ответы распределились следующим образом:

26% - из-за случайности;

25% - потому, что я не очень внимателен(льна) при покупке;

22% - из-за сходства линейек пирогов;

22% - потому что для меня не очень важно, какой пирог покупать;

3% - из-за недобросовестности продавца;

2% - по другой причине.

Исследователь делает вывод о том, что 6% (55 респондентов) из совокупности всех опрошенных указали на сходство до степени смешения между десертным пирогом «Тирольский малиновым» и десертным пирогом «Шарлотка малиновая».

Однако Комиссия ФАС России не может признать данный вывод релевантным полученным в результате опроса данным, исходя из следующего.

36% покупателей из сообщивших о возможной ошибке при покупке, желая купить пирог бренда «Тирольские пироги», могут купить пирог «Шарлотка» из-за сходства линейек порогов. В то же время такая же ошибка (при желании купить пирог бренда «Тирольские пироги») у 20% покупателей могла произойти из-за случайности и еще у 17% - из-за невнимательности. Однако с учетом поведения потребителей при совершении бытовых покупок (о чем шла речь выше) причиной ошибки в результате случайности или невнимательности могут быть только два обстоятельства: сходство оформления между желаемым и приобретенным по ошибке товаром и нахождение их в непосредственной близости друг от друга в месте продажи. Представляется крайне маловероятным, что, желая купить пирог бренда «Тирольские пироги», покупатель по случайности или из-за невнимательности приобретет, например, набор эклеров, либо торт «Киевский» производства Ответчика, либо десертный пирог бренда «Faretti». Первые два из указанных товаров отличаются от желаемого, в том числе по оформлению, хотя и находятся в непосредственной близости в холодильной витрине от желаемого товара, а десертный пирог бренда «Faretti», несмотря на наличие схожих элементов в оформлении, не выкладывается в холодильной витрине.

В связи с изложенным Комиссия ФАС России полагает, что оправданным будет учитывать ответы «из-за случайности», «потому, что я не очень внимателен(льна) при покупке» и «из-за сходства линейек пирогов» как совпадающие по причинам ошибки, обусловленной сходством товара. Таким образом, 73% (255 человек) или четвертая часть (25,5%) всей совокупности опрошенных могли бы совершить ошибку при покупке десертных пирогов в пользу десертных пирогов «Шарлотка».

В отношении десертного пирога «Малиновый» получен следующий результат: 73% (183 человека) или 18% всей совокупности опрошенных могли бы совершить ошибку при покупке десертных пирогов в пользу десертного пирога «Шарлотка малиновая».

На вопрос «Как Вы думаете, данная линейка пирогов (линейка пирогов шарлоток) и данная линейка пирогов (линейка пирогов тирольских) производится одной компанией или разными компаниями?» ответы распределились следующим образом:

12% - одной компанией;

87% - разными компаниями.

С учетом сделанного ранее разъяснения того, что имеется в виду под «линейкой пирогов», такое распределение ответов представляется предсказуемым.

Несмотря на поставленный перед исследователями вопрос: «Определение наличия или отсутствия сходства до степени смешения линейки пирогов (шарлоток) производителя ООО «Фили-Бейкер» с линейкой пирогов (тирольских) производителя ЗАО «Круг» с точки зрения потребителей пирогов», в ходе социологического опроса потребителям не задавались вопросы в части сравнения упаковок десертных пирогов «Шарлотка» и «Тирольские пироги» с точки зрения сходства/различия как в целом, так и в отношении отдельных элементов дизайна.

Вместо этого респондентам был задан вопрос «Посмотрите, пожалуйста, на данную линейку пирогов (линейка пирогов тирольских). Как Вы думаете, являются или не являются традиционными у данной линейки пирогов по сравнению с другими присутствующими на рынке упаковками пирогов такие характеристики как: внешний вид, дизайн, размер (одной упаковки)?».

Были получены следующие ответы: являются традиционными: внешний вид – 91%, дизайн – 89%, размер (одной упаковки) – 96%.

На аналогичный вопрос в отношении пирога «Малиновый» были получены следующие ответы: являются традиционными: внешний вид – 93%, дизайн – 90%, размер – 96%.

При этом из формулировки вопроса не представляется возможным установить, какова разница, с точки зрения интервьюера и респондентов, между понятиями «внешний вид» и «дизайн»; какие именно элементы внешнего вида (дизайна) являются традиционными (либо все в совокупности) по сравнению с другими пирогами на рынке. Кроме того, неясна цель вопроса в отношении традиционности размера упаковки, поскольку размер упаковки напрямую зависит от размера самого продукта – пирога. В данном случае размеры упаковок десертных пирогов являются идентичными.

И только тем респондентам, которые дали отрицательный ответ на предыдущий вопрос был задан вопрос: «Как Вы думаете, рассматриваемая линейка пирогов (линейка пирогов шарлоток) и данная линейка пирогов (линейка пирогов тирольских) похожи или не похожи по следующим характеристикам: по внешнему виду, по дизайну, по размеру (одной упаковки)?».

Исходя из полученных результатов исследователь делает вывод о том, что признаки копирования или имитации у линейки пирогов (шарлоток) по отношению к линейке пирогов (тирольских) отсутствуют, то есть исследователь фактически подменяет собой Комиссию ФАС России, цель которой является установить наличие или отсутствие нарушения пункта 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции», запрещающего 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 (в совокупности фирменной одежды, оформления торгового зала, витрины) или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта-

конкурента и (или) его товар.

Более того, исследователь в ходе проведения социологического исследования делает также следующие выводы, относящиеся к области права, но не социологии:

- о нарушении ЗАО «Круг» пункта 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), в соответствии с которым не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции (исключительная компетенция суда);

- об отсутствии ущерба деловой репутации и причинения убытков ЗАО «Круг» (исключительная компетенция суда).

Респондентам также были заданы вопросы на определение производителей тестируемой продукции. На вопрос: «Как Вы думаете, какая компания из перечисленных является производителем пирогов, изображенных на данной линейке (линейка пирогов шарлоток)?» были даны следующие ответы из предложенного списка производителей:

39% - ООО «Фили-Бейкер»;

11% - ООО «Пекарь-М»;

11% - ООО «Раменский кондитерский комбинат»;

7% - АО Комбинат мучнисто-кондитерских изделий «Добрынинский»;

2% - ООО «Валеолог»;

1% - ЗАО «Круг»;

2% - другая компания;

27% - отказ от ответа.

На вопрос: «Как Вы думаете, какая компания из перечисленных является производителем пирогов, изображенных на данной линейке (линейка пирогов тирольских)?» были получены следующие ответы:

15% - ООО «Пекарь-М»;

14% - ООО «Раменский кондитерский комбинат»;

13% - ЗАО «Круг»;

11% - ООО «Фили-Бейкер»;

10% - АО Комбинат мучнисто-кондитерских изделий «Добрынинский»;

3% - ООО «Валеолог»;

4% - другая компания;

30% - отказ от ответа.

Из указанного результата в совокупности с выводами о традиционности используемых компанией ЗАО «Круг» упаковок исследователь делает вывод, что респонденты не могут сделать однозначный вывод о реальном производителе товара, рассматривая упаковки из линейки пирогов тирольских.

Данный вывод представляется Комиссии ФАС России ничем не обоснованным и не соответствующим полученным в результате опроса ответам респондентов. Как уже было отмечено, респонденты были проинформированы, что у «линеек пирогов» разные производители. Даже при низком качестве фотографий продукции на демонстрируемых карточках на упаковках продукции Ответчика «Шарлотка» можно прочесть обозначение «Фили-Бейкер», которое совпадает с названием из предложенного списка производителей. Указанное обстоятельство обуславливает достаточно высокий процент респондентов, правильно указавших на производителя пирогов «Шарлотка», - 39%. Вместе с тем, 11% респондентов все же указали в качестве производителя пирогов «Тирольские пироги» ООО «Фили-Бейкер».

Однако высокий процент респондентов, отказавшихся от ответа, - 27% и 30% (треть всех опрошенных) и практически одинаковое количество голосов, распределившихся между остальными лицами в списке производителей, в ответах на вопрос о пирогах «Тирольские пироги» представляется правомерным расценивать в качестве свидетельства того, что в данном случае (при отсутствии на упаковке пирогов «Тирольские пироги» явно выраженной визуализации наименования производителя) респонденты давали ответ наугад.

Проанализировав вышеописанные доказательства, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что заключение Лаборатории социологической экспертизы от 18.01.2018 № 17-2018 не может рассматриваться в качестве надежного, достоверного и непротиворечивого доказательства, опровергающего выводы маркетингового исследования ООО «Маркетинговое агентство «Сканмаркет» и данные отчета Аналитического Центра Юрия Левады.

Кроме того, согласно полученной по запросу ФАС России справке, являющейся приложением к письму Роспатента от 08.05.2018 № 02/21-7916/08, специалисты Роспатента в результате сравнительного исследования пластиковой упаковки производства ООО «Фили-Бейкер» и пластиковой упаковки производства ЗАО «Круг» пришли к выводу, что пластиковая упаковка производства ООО «Фили-Бейкер» является сходной до степени смешения с пластиковой упаковкой производства ЗАО «Круг», поскольку производит такое же общее впечатление, какое производит пластиковая упаковка производства ЗАО «Круг».

Учитывая наличие в материалах дела социологических опросов с разнонаправленными выводами, Комиссия ФАС России приняла решение о необходимости вынесения вопроса о возможности смешения на товарном рынке при введении в оборот товаров производства ЗАО «Круг» и товаров производства ООО «Фили-Бейкер» на заседание Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе.

Согласно пункту 3 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 использованные ООО «Фили-Бейкер» размер, форма и дизайн упаковки товаров схожи с товарами ЗАО «Круг» и создают впечатление о принадлежности десертных пирогов «Тирольские пироги» и «Шарлотка» к линейке продукции одного производителя.

2. Признать возможность смешения на рынке при введении в оборот товаров ЗАО «Круг» (пироги «Тирольские пироги») и товаров производства ООО «Фили-Бейкер» (пироги «Шарлотка»).

Комиссия ФАС России, учитывая указанные выше обстоятельства и анализируя имеющиеся в материалах дела доказательства, полагает правомерным сделать следующий вывод. Оформление противопоставленной продукции имеет явно выраженные и несомненные черты сходства: форма внешней упаковки, состоящей из коричневого поддона и прозрачной крышки, имеющей идентичные ребра жесткости, идентичность размера внешней упаковки. По мнению Комиссии ФАС России, отсутствуют какие-либо объективные причины для использования поддона именно коричневого цвета (в большинстве случаев на рынке кондитерских изделий используются поддоны белого цвета), однако коричневый цвет поддона достаточно часто встречается при оформлении внешней упаковки продукции. Использование прозрачной крышки является общепринятым приемом оформления внешней упаковки кондитерских изделий. При этом Комиссия ФАС России полагает необходимым отметить, что наличие каких-либо мелких черт сходства в исполнении внешних упаковок (контейнеров) противопоставленной продукции не может иметь сколько-нибудь существенного значения при оценке восприятия потребителями противопоставленной продукции. Как уже было отмечено, на покупку товаров повседневного спроса потребитель затрачивает минимум времени, не склонен проявлять повышенную степень внимания и осуществляет покупки в основном по привычке, руководствуясь ранее приобретенным опытом покупки соответствующего товара. В связи с этим мелкие черты сходства, так же, как и различия, не будут замечены покупателем при выборе товара.

Таким образом, обоснованным будет оценить сходство/различие тех элементов оформления противопоставленных товаров, на которые с большой степенью вероятности будет обращено внимание покупателя при выборе товара. В данном случае это верхняя каплевидная этикетка на прозрачной крышке и боковая волнообразная опоясывающая этикетка («ободок»). Форма указанных этикеток практически совпадает.

Комиссия ФАС России не может принять довод Ответчика о том, что каплевидная форма с характерным прямоугольным выступом в правой нижней части верхней этикетки обусловлена необходимостью размещения штрих-кода и удобством наклейки. Прежде всего следует отметить, что форма верхней этикетки может быть любой, что является очевидным из осмотра верхних прозрачных крышек противопоставленных товаров. Углубление на прозрачной крышке, в которое помещается этикетка, может иметь любую форму, которую задает форма самой этикетки, выбранная заказчиком. Она может быть квадратной, прямоугольной (что без затруднений позволяет вписать в нее штрих-код), круглой в верхней части и прямоугольной в нижней, то есть абсолютно любой. При этом круглая форма упаковки отнюдь не диктует круглую форму этикетки, как, например, в данном случае – этикетка имеет каплевидную форму.

Таким образом, Ответчик, выводя в 2007 году на товарный рынок десертные пироги «Шарлотка», повторил за Заявителем форму верхней этикетки товара, выбрав для нее зелено-желтую цветовую гамму, почти совпадающую с желто-зеленой цветовой гаммой первоначальной этикетки товара Заявителя (товарный знак по свидетельству № 320162 с датой приоритета от 01.11.2005), появившегося на рынке в 2004 году, как это усматривается из представленной Заявителем «Истории изменения упаковки «Тирольских пирогов» и «Шарлотки» (далее – «История изменения»).

Внешний вид верхней этикетки товаров Заявителя изменился в 2009 году, в этикетку была добавлена оранжевая полоса и из нее исчез боковой изобразительный элемент (товарный знак по свидетельству № 440026 с датой приоритета 03.02.2010).

В отношении боковой этикетки необходимо отметить, что ее наличие может быть продиктовано функциональным назначением (в качестве дополнительного индивидуализирующего элемента). Вместе с тем, исходя из определения слова «Функциональный» («Викисловарь»): 1. служащий определенной цели, назначению; 2. вызванный функционированием чего-либо, зависящий от деятельности, а не от структуры, строения чего-либо; 3. полезный, практичный, - волнообразную форму верхней кромки боковой этикетки объяснить функциональным назначением не представляется возможным.

Из «Истории изменения» следует, что ободок на упаковке десертных пирогов «Тирольские пироги» появился в ноябре 2011 года и представляет собой боковую опоясывающую ленту с волнообразной верхней кромкой, выполненную с использованием трех цветов: зеленого, желтого и оранжевого. Этот элемент оформления защищен свидетельством на товарный знак № 502654 с датой приоритета 13.02.2012. При этом данный элемент оформления перекликается с волнообразной лентой верхней этикетки, на которой размещено обозначение «ТИРОЛЬСКИЕ ПИРОГИ» в сочетании с указанием на вид пирога: «Ягодная поляна», «Клубничный», «Малиновый» и проч. Многократно повторенная волнообразная лента верхней этикетки в результате дает верхний волнообразный край ободка на упаковке десертных пирогов «Тирольские пироги».

Из «Истории изменения» и фотографий выкладки десертных пирогов «Шарлотка» за период 2008-2016 годов, представленных Ответчиком (тома 4-7 дела), усматривается, что в 2012 году десертный пирог «Шарлотка» по боковой поверхности был оформлен прямоугольной одноцветной этикеткой (не опоясывающей), которая исчезла с упаковок в 2013 году и вновь появилась в феврале 2017 года в виде боковой опоясывающей ленты с волнообразной верхней кромкой, в оформлении которой использованы три цвета: зеленый, светло-коричневый и желтый.

Довод Ответчика о том, что вышеописанный элемент оформления широко используется на соответствующем товарном рынке, является безосновательным, поскольку единственным производителем десертных пирогов, использующим похожий элемент, является белорусская компания «Регион продукт», выпускающая «Венские пироги». Однако в материалах дела отсутствуют сведения о том, реализуется ли данный товар на территории Российской Федерации, в том числе в тех же торговых сетях, что и продукция производства Заявителя и Ответчика.

Таким образом, Комиссия ФАС России полагает установленным сходство до степени смешения упаковок десертных пирогов бренда «Тирольские пироги» производства Заявителя и десертных пирогов «Шарлотка» производства Ответчика, обусловленное идентичностью самой внешней упаковки (контейнера), а также имитацией Ответчиком элементов оформления десертных пирогов бренда «Тирольские пироги», а именно: каплевидной этикетки на верхней прозрачной крышке и боковой опоясывающей этикетки («ободок») с волнообразной внешней кромкой, выполненных в цветовой гамме, максимально приближенной к цветовой гамме оформления десертных пирогов «Тирольские пироги».

Вместе с тем, Комиссия ФАС России также учитывает высокую известность десертных пирогов «Тирольские пироги». Согласно данным отчета Аналитического Центра Юрия Левады о том, что им известен десертный пирог «Тирольские пироги», заявили 75% опрошенных, о том, что известен десертный пирог «Шарлотка» - 61% респондентов.

Согласно маркетинговому исследованию ООО «Маркетинговое агентство «Сканмаркет» узнаваемость десертных пирогов «Тирольские пироги» составляет 85%, а десертных пирогов «Шарлотка» - 60% респондентов, при этом 58% указали оба продукта. «Тирольские пироги» пробовало значительно больше (71%) опрошенных, чем пирог «Шарлотка» (40%), при этом 34% (подавляющее большинство пробовавших пирог «Шарлотка») опрошенных пробовали оба продукта. Кроме того, десертные пироги «Тирольские пироги» в среднем покупают дольше, чем десертные пироги «Шарлотка», и среди покупателей пирогов «Тирольские пироги» значительно выше доля покупателей с «большим стажем».

Факт высокой узнаваемости десертных пирогов «Тирольские пироги» подтверждается также и представленным Ответчиком заключением от 05.02.2018 № 36-2018, подготовленным лабораторией социологической экспертизы ФГБУН Федеральный научно-исследовательский социологический центр РАН по результатам социологического опроса, проведенного 28.12.2017-24.01.2018 среди совершеннолетних жителей Российской Федерации – потребителей пирогов, согласно которому почти половина (44%) опрошенных впервые увидели пироги, содержащие в оформлении упаковки словесный элемент «Тирольские», по меньшей мере, 13 лет назад.

При этом необходимо отметить, что Заявитель последовательно осуществляет меры по дальнейшему развитию бренда «Тирольские пироги». В настоящее время кроме 15 наименований самих десертных пирогов под брендом «Тирольские пироги» выпускается также 6 видов пирожных в индивидуальных упаковках. Кроме того, в 2012 года Заявитель начал развивать сеть кафе «Кондитерия Тирольские пироги». В настоящее время в Москве открыто 7 кафе под указанным брендом.

В то же время подобный вывод невозможно сделать в отношении десертных пирогов «Шарлотка» производства Ответчика. Прежде всего следует отметить описательность самого обозначения «Шарлотка», поскольку оно указывает на вид товара, предлагаемого к реализации. Данное обстоятельство отмечено в заключении патентного поверенного <...>. На это также было обращено внимание в выступлении представителя Роспатента на заседании Экспертного совета по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе при обсуждении вопроса о возможности возникновения смешения между десертными пирогами

«Тирольские пироги» и «Шарлотка» (протокол от 21.05.2018 № 1, вопрос 3).

Более того, осмотр официального сайта Ответчика показывает, что наряду с десертными пирогами «Шарлотка» в ассортименте продукции имеется другая разновидность десертных пирогов – «Festa», оформление которых отличается от оформления десертных пирогов «Шарлотка» и скорее приближено к оформлению десертных пирогов бренда «Faretti» с теми же потребительскими свойствами (срок хранения 3 месяца, не требует хранения в холодильнике) в отличие от десертных пирогов «Шарлотка» (срок хранения 7 суток в холодильнике).

Заявителем в материалы дела представлены документальные подтверждения вложений, осуществленных в продвижение и популяризацию бренда «Тирольские пироги», включая разработку самой концепции бренда, разработку сайта, дизайна одежды и интерьера для «Кондитерии Тирольские пироги», участие в выставках (например, «World Food – 2014» и «ПРОДЭКСПО-2017», контекстной рекламы в сети Интернет, контента для публикаций в социальных сетях, публикации в средствах массовой информации и специализированных журналах (в материалы дела представлены журналы «Хлебопечение/Кондитерская сфера» № 5(57) 2014, «Российский продовольственный рынок» № 5(158) 2016, «Кондитерская и хлебопекарная промышленность» № 1(68) 2017). Из представленных письменных пояснений Заявителя от 06.04.2018 и реестра расходов на маркетинг следует, что общие затраты на рекламу бренда Заявителя составили 617 712 595,23 руб., из которых расходы на рекламу по увеличению продаж в торговых сетях – 568 738 667,89 руб., маркетинговые расходы (развитие бренда) – 48 973 927,34 руб.

В свою очередь, Ответчиком были представлены документально подтвержденные сведения о понесенных им расходах на продвижение и рекламирование своей продукции, осуществлявшихся согласно имеющимся в материалах дела письменным пояснениям в рамках оказания сетевыми покупателями рекламных и иных услуг (тома 3-7 тома дела) за период с 2008 по 2017 годы. Однако общий расчет понесенных расходов Ответчиком не был представлен.

Вместе с тем, анализ представленных документов показывает, что Ответчиком в основном затрачивались средства на мероприятия по увеличению продаж в торговых сетях, а именно: на выделение определенного товара Ответчика (в том числе десертных пирогов «Шарлотка») специальными ценниками, выкладку товара на торце гондолы, предоставление специальных зон для размещения щитов с информацией, оказание услуг по рекламированию, размещению в журналах и листовках торговой сети и прочее. Из большинства представленных документов практически невозможно вычлнить расходы на рекламирование непосредственно десертных пирогов «Шарлотка»: кроме рассматриваемого товара в документации перечислены иные кондитерские изделия производства Ответчика либо товар, в отношении которого проводится рекламная акция, не указан вовсе. При этом из представленных оригинал-макетов и отчетов о проведении рекламных акций усматривается, что десертный пирог «Шарлотка» на наружной рекламе (билбордах, стелах) у сетевых магазинов (Перекресток, Карусель, Пятерочка) (тома 4, 5 дела), на рекламных плакатах внутри магазинов (Перекресток Экспресс) (том 5 дела) и в публикациях журнала «7 Дней» (том 5 дела) изображался не в том виде, в каком он предлагается к реализации, а в виде пирога в подложке, то есть без потребительской упаковки, но с указанием производителя – «Фили-Бейкер», наряду с другими товарами (тортами) этого же

производителя. Такой прием рекламирования можно отнести только к продвижению и рекламированию самого производителя товара – ООО «Фили-Бейкер», но не конкретного товара - десертных пирогов «Шарлотка».

В рекламных проспектах (листочках) сетевых магазинов (Наш Гипермаркет, БИЛЛА, ДИКСИ, О КЕЙ, СПАР, Лента, Магнолия, Огни Столицы, Авоська, Мой Магазин, Полушка, PRISMA, АЛМИ, Оливье) (тома 5, 6, 7 дела) десертный пирог «Шарлотка» изображается также не в том виде, в каком он предлагается к реализации, а в виде пирога без потребительской упаковки. Причем в некоторых случаях даже отсутствует указание на производителя – ООО «Фили-Бейкер».

В связи с изложенным Комиссия ФАС России лишена возможности установить объем средств, вложенных Ответчиком в продвижение и популяризацию линейки десертных пирогов «Шарлотка», и сравнить его с затратами Заявителя на продвижение бренда «Тирольские пироги».

Таким образом, при вышеописанном способе рекламирования десертного пирога «Шарлотка» (без потребительской упаковки, в которой он предлагается покупателям в магазине), но с указанием на производителя, с учетом идентичности внешнего вида самого продукта (коричневая бумажная подложка, в которой находится пирог, сам продукт содержит сверху ягоды, фрукты, покрытые желе), использования похожих вкусов (лесные ягоды, малина, клубника, вишня, тропические фрукты), использования в оформлении одних и тех же бросающихся в глаза элементов (волнообразная боковая этикетка, каплевидная этикетка на прозрачной крышке, близкая цветовая гамма) практически неизбежным становится возникновение смешения в отношении производителей противопоставленных товаров – конкурентов на товарном рынке кондитерских изделий.

Это подтверждается маркетинговым исследованием ООО «Маркетинговое агентство «Сканмаркет», согласно которому 63% респондентов полагают, что десертные пироги под торговой маркой «Тирольские пироги» и под торговой маркой «Шарлотка» являются видами продукции одного производителя, то есть в одинаковой степени путаются в марках и лояльные покупатели, и нелояльные покупатели этих марок.

Более того, Ответчиком в своих письменных пояснениях от 16.04.2018 приведены отзывы потребителей, которые, по мнению Ответчика, подтверждают, что потребители могут отличить один пирог от другого. Однако один из приведенных трех отзывов (от Christy) свидетельствует о том, что «шарлотка» для покупателя является общим названием, как для «Шарлотки», так и для «Тирольских», товара одного производителя – Фили-Бейкер.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу о том, что действия Ответчика по имитированию элементов дизайна, использованных Заявителем при оформлении десертных пирогов «Тирольские пироги», приводят к возникновению смешения деятельности хозяйствующих субъектов – конкурентов и их продукции.

В отношении остальных доказательств, представленных Ответчиком, необходимо отметить следующее.

Заключение от 25.01.2018 № 22-2018, подготовленное лабораторией социологической экспертизы ФГБУН Федеральный научно-исследовательский социологический центр РАН по результатам социологического опроса, проведенного 28.12.2017-24.01.2018 среди совершеннолетних жителей Российской Федерации – информированных потребителей коробок, ящиков, контейнеров, консервных банок (в том числе жестяных консервных банок), представлено Ответчиком в качестве доказательства отсутствия новизны и оригинальности промышленного образца № 84071, принадлежащего Заявителю.

Однако определение наличия новизны и оригинальности промышленного образца осуществляется федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности при проведении экспертизы заявки на промышленный образец по существу в соответствии с требованиями статьи 1391 ГК РФ. Таким образом, патент на промышленный образец № 84071 прошел указанную проверку на новизну и оригинальность.

Вместе с тем, несоответствие промышленного образца условиям патентоспособности является основанием для признания патента на промышленный образец недействительным (статья 1398 ГК РФ).

По указанному основанию Ответчик 22.05.2018 подал в Роспатент возражение против выдачи патента РФ № 84071 на промышленный образец «Упаковка».

Все вышесказанное относится также к заключению от 25.01.2018 № 23-2018, подготовленному лабораторией социологической экспертизы ФГБУН Федеральный научно-исследовательский социологический центр РАН, подготовленный по результатам социологического опроса, проведенного 28.12.2017-24.01.2018 среди совершеннолетних жителей Российской Федерации – информированных потребителей этикеток (наклеек).

Заключение от 05.02.2018 № 36-2018, подготовленное лабораторией социологической экспертизы ФГБУН Федеральный научно-исследовательский социологический центр РАН, подготовленный по результатам социологического опроса, проведенного 28.12.2017-24.01.2018 среди совершеннолетних жителей Российской Федерации – потребителей пирогов, содержит оценку словесного элемента «Тирольские», являющегося словесным элементом товарных знаков по свидетельствам №№ 320162, 440026 и 502654. Из результатов опроса следует, что исследователь в результате опроса пришел к выводу о том, что словесный элемент «Тирольские» указывает на определенный вид пирогов, а также что этот словесный элемент вошел во всеобщее употребление для обозначения кондитерских изделий определенного вида (пироги десертные особого состава). Таким образом, следует сделать вывод о том, что в ходе проведения социологического опроса словесный элемент «Тирольские» оценивался с точки зрения его различительной способности (пункт 1 статьи 1483 ГК РФ), отсутствие которой является основанием для признания недействительным предоставление правовой охраны товарному знаку (пункт 2 статьи 1512 ГК РФ).

Однако словесный элемент «Тирольские» является составной частью названия продукта Заявителя и частью оформления внешней упаковки товара и сам по себе не является предметом рассмотрения настоящего дела.

В связи с вышеизложенным Комиссия ФАС России полагает обоснованным

признать заключения от 25.01.2018 № 22-2018, от 25.01.2018 № 23-2018 и от 05.02.2018 № 36-2018 не относимыми к рассматриваемому делу.

В ходе рассмотрения дела № 1-14-155/00-08-17 о нарушении антимонопольного законодательства Заявителем было заявлено ходатайство о доквалификации действий Ответчика по признакам нарушения статьи 14.5 и пункта 1 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции». В обоснование своей позиции Заявителем были представлены заключение патентного поверенного <...>, проведенное 21.03-06.04.2018, и заключение патентного поверенного <...>, проведенное 28.03-12.04.2018.

Возражая против удовлетворения ходатайства Заявителя, Ответчиком в подтверждение своей позиции были представлены экспертное исследование патентного поверенного <...>, проведенное 19-22.01.2018, и заключение патентного поверенного <...> по вопросам использования в упаковке пирогов «Шарлотка» ООО «Фили-Бейкер» промышленного образца «Упаковка» по патенту РФ № 84071 (патентообладатель ЗАО «Круг») и сходства средств индивидуализации, использованных ООО «Фили-Бейкер» при оформлении упаковки пирогов «Шарлотка», с товарными знаками по свидетельствам №№ 320162, 440026, 502654 (правообладатель ЗАО «Круг»).

При таких обстоятельствах в целях разрешения заявленного ходатайства Комиссия ФАС России направила запросы в Федеральную службу по интеллектуальной собственности (Роспатент) в целях получения письменной консультации.

В соответствии со справкой, являющейся приложением к письму Роспатента от 28.03.2018 № 02/21-4926/08, на исследование представлена пластиковая упаковка, используемая ООО «Фили Бейкер», состоящая из прозрачной крышки с бумажными этикетками и основания, содержащая следующее:

1) бумажную этикетку, содержащую словесные элементы «ШАРЛОТКА», «Лесная Ягода», выполненные на фоне лент. Словесный элемент «Фили-Бейкер» выполнен в верхней части этикетки, под ним расположены изображение «двух сердечек» и словесный элемент «С ЛЮБОВЬЮ», выполненный на фоне ленты. Изобразительные элементы в виде реалистичных изображений ягод выполнены внизу, в левой части этикетки (далее – обозначение 1). Обозначение 1 выполнено преимущественно на зеленом фоне;

2) пластиковую прозрачную крышку, содержащую словесное обозначение «Фили-Бейкер», выполненное рельефом, а также фигурные элементы с кольцевым выступом, расположенные по окружности; основание упаковки темно-коричневого цвета также содержит фигурные элементы с кольцевым выступом, расположенные по окружности (далее – обозначение 2);

3) бумажную замкнутую волнистую этикетку, содержащую словесный элемент «ШАРЛОТКА», а также словесный элемент «Фили-Бейкер», под ним расположены изображение «двух сердечек» и словесный элемент «С ЛЮБОВЬЮ», выполненный на фоне ленты (далее – обозначение 3). Обозначение 3 выполнено преимущественно на зеленом и желто-золотистом фоне.

Исходя из материалов запроса, представленные обозначения 1-3 используются в отношении товара, для индивидуализации которого зарегистрированы товарные знаки по свидетельствам №№ 320162, 440026, 502654, а именно: товара «пирог», включенного в 30 класс Международной классификации товаров и услуг.

Оценка степени сходства комбинированных обозначений осуществляется с учетом подходов, изложенных в пунктах 14.4.2, 14.4.3 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания, утвержденных приказом Роспатента от 05.03.2003 № 32, применяемых при экспертизе обозначений, заявленных на государственную регистрацию в качестве товарного знака.

В результате проведенного исследования установлено, что представленные обозначения 1-3 не являются сходными до степени смешения с товарными знаками по свидетельствам №№ 320162, 440026, 502654, поскольку не ассоциируются с ними в целом, в силу отсутствия семантического и фонетического сходства/тождества словесных элементов, сходных/тождественных изобразительных элементов, сходного/тождественного цветового сочетания.

В соответствии со справкой, являющейся приложением к письму Роспатента от 08.05.2018 № 02/21-7916/08, специалисты Роспатента, исследовав пластиковую упаковку производства ООО «Фили-Бейкер» (образец изделия № 1) и пластиковую упаковку производства ЗАО «Круг» (образец изделия № 2), по поставленным в запросе ФАС России вопросам пришли к следующим выводам:

По вопросу № 1. По результатам сравнительного анализа установлено, что упаковка, используемая ООО «Фили-Бейкер», не содержит все существенные признаки промышленного образца по патенту № 84071, содержащиеся в перечне существенных признаков и нашедшие отражение на изображениях изделия. В частности, упаковка, используемая ООО «Фили-Бейкер», не характеризуется признаком «оформление отбортовки основания декоративными элементами в виде круглых плашек с изображением товарного знака, расположенными по углам с верхней и нижней сторон». Несмотря на наличие отличительного существенного признака, общее зрительное впечатление, производимое промышленным образом по патенту № 84071 и образцом изделия № 1, совпадает.

По вопросу № 2. Образец изделия № 1 является сходным до степени смешения с промышленным образом по патенту № 84071, поскольку производит такое же общее впечатление, какое производит указанный промышленный образец.

По вопросу № 3. Образец изделия № 1 является сходным до степени смешения с образцом изделия № 2, поскольку производит такое же общее впечатление, какое производит образец изделия № 2.

Из представленной справки Роспатента следует, что упаковка Ответчика не содержит все существенные признаки промышленного образца по патенту № 84071, однако общее зрительное впечатление, производимое промышленным образом по патенту № 84071 и упаковкой Ответчика, совпадает. Вместе с тем, копирование или имитация внешнего вида товара конкурента является признаком действий, квалифицируемых в качестве нарушения пункта 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции».

Исходя из вышеизложенного, Комиссия ФАС России пришла к выводу об отклонении ходатайства Заявителя о дополнительной квалификации действий Ответчика как нарушающих запрет, установленный статьей 14.5 Закона «О защите конкуренции», а также о доквалификации действий Ответчика в качестве нарушающих пункт 1 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции», оставив неизменной квалификацию действий Ответчика в качестве нарушения запрета, установленного пунктом 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции».

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.

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 сходство оформления десертных пирогов «Тирольские пироги» производства Заявителя и десертных пирогов «Шарлотка» производства Ответчика. Сходство индивидуализирующих элементов оформления (верхняя каплевидная этикетка, боковая опоясывающая этикетка с волнообразной верхней кромкой, близкая цветовая гамма) многократно усиливается за счет практически полной идентичности внешней пластиковой упаковки (идентичные размеры, коричневый поддон, прозрачная крышка с ребрами жесткости, каплевидная выемка под верхнюю этикетку) и сходством внешнего вида самого продукта (коричневая бумажная подложка, в которой находится пирог, сам продукт содержит сверху ягоды, фрукты, покрытые желе).

При этом Комиссия ФАС России учитывает, что десертные пироги 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 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, 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.

Десертные пироги «Тирольские пироги» известны на товарном рынке Российской Федерации с 2004 года и обладают высокой узнаваемостью со стороны потребителя, что подтверждается результатами социологического опроса Аналитического Центра Юрия Левады, маркетинговым исследованием ООО «Маркетинговое агентство «Сканмаркет» и заключением лаборатории социологической экспертизы ФГБУН Федеральный научно-исследовательский социологический центр РАН от 05.02.2018 № 36-2018.

В то же время действия Ответчика по введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации своего товара относятся к 2007 году. При этом за период с 2007 года по настоящее время Ответчиком был произведен ряд последовательных действий, направленных на достижение как можно большего сходства оформления десертных пирогов «Шарлотка» с оформлением десертных пирогов Заявителя, что подтверждается не только представленной Заявителем «Историей изменения упаковки «Тирольских пирогов» и «Шарлотки», но и иными материалами дела, представленными Ответчиком. Каких-либо убедительных доводов, объясняющих данные действия, Ответчиком не представлено, равно как и доказательств, опровергающих вышеуказанные утверждения Заявителя.

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

1. Направленность на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности выразилась во введении в гражданский оборот на территории Российской Федерации десертных пирогов «Шарлотка», имитирующих оформление упаковок десертных пирогов «Тирольские пироги», что способно привести к смешению с товаром Заявителя, результатом чего является ошибочный выбор потребителя при приобретении товара, когда он принимает товар одного производителя за товар другого производителя, либо полагает, что оба товара производит одно лицо.

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

3. Указанные действия Ответчика способны причинить убытки Заявителю, поскольку создание смешения на рынке влечет отток потребительского спроса от товара Заявителя к товару конкурента, оформление которого имитирует элементы оформления товаров Заявителя, и, как следствие, уменьшение прибыли, на которую мог бы рассчитывать Заявитель при обычных условиях гражданского

оборота. Кроме того, Заявитель не получает ожидаемой отдачи от понесенных им затрат на развитие и продвижение своего бренда, поскольку за счет вложенных средств осуществляется также и продвижение товара конкурента, вызванное смешением в отношении хозяйствующих субъектов – производителей товара.

Принимая 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 «Фили-Бейкер» (121087, Москва, Береговой проезд, д. 4/6, стр. 4; ОГРН/ИНН 1027739478227/10209063), выразившиеся во введении в гражданский оборот на территории Российской Федерации десертных пирогов «Шарлотка», оформление которых имитирует оформление десертных пирогов «Тирольские пироги», нарушающими пункт 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции».
3. Выдать ООО «Фили-Бейкер» (121087, Москва, Береговой проезд, д. 4/6, стр. 4; ОГРН/ИНН 1027739478227/10209063) предписание о прекращении действий, нарушающих антимонопольное законодательство.
4. Передать материалы дела № 1-14-155/00-08-17 уполномоченному должностному лицу ФАС России для решения вопроса о возбуждении в отношении ООО «Фили-Бейкер» 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.

2018-82322(1)

2018-82322(1)