

## РЕШЕНИЕ

г. Челябинск

Резолютивная часть решения оглашена 14 июля 2021 года

В полном объеме решение изготовлено 06 августа 2021 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее – Челябинское УФАС России) по рассмотрению дела № № 074/01/14.6-1857/2020 о нарушении антимонопольного законодательства (далее – Комиссия) в составе:

Председателя <...  
Комиссии: > - руководителя Челябинского УФАС России;  
Членов <... заместителя руководителя управления - начальника отдела  
Комиссии: > - антимонопольного контроля Челябинского УФАС России;  
<... главного специалиста-эксперта отдела антимонопольного  
> - контроля Челябинского УФАС России,

рассмотрев дело № 074/01/14.6-1857/2020 по признакам нарушения ООО «Фламинго-маркет» пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции»,

в присутствии представителей компании Бальзен ГмбХ унд Ко. КГ (Bahlsen GmbH & Co. KG),

в присутствии представителей ООО «Фламинго-маркет»,

### **УСТАНОВИЛА:**

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее – Челябинское УФАС России) из ФАС России поступило заявление компании Бальзен ГмбХ унд Ко. КГ (Bahlsen GmbH & Co. KG) (далее - Заявитель) в отношении ООО «Фламинго-маркет» (456501, Челябинская обл., Сосновский р-н, пос. Новый Кременкуль, ул. Солнечный бульвар, д. 1) по признакам нарушения пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» по факту имитации упаковок товаров, наименований, цветовой гаммы, иных индивидуализирующих элементов, размещенных на упаковках товаров, вводимых в гражданский оборот Заявителем.

Так, в заявлении указано, что Заявитель является производителем линейки кондитерских мучнистых изделий (печенье) «Leibniz» и правообладателем товарных знаков по международной регистрации № 555079 LEIBNIZ, № 651230 Leibniz Minis, № 646337 Leibniz Schokomonster, № 648856 Leibniz Happy Mix, № 646337 Leibniz Schokomonster, № 648856 Leibniz Happy Mix, № 679291 LEIBNIZ и товарного знака «ZOO» по свидетельству № 682340.

Кондитерские изделия «Leibniz», «Leibniz ZOO», «Leibniz Minis» и т.д. на территории Российской Федерации реализуются в том числе в розничных сетях магазинов

«Ашан», «Дикси», «Магнит», «Лента», «Торговый Дом «Перекресток», «Азбука вкуса», а также в магазинах сети АЗС Шелл, АЗС Газпромнефть и т.д.

Ответчик является производителем кондитерских изделий (печенье) «Кременкульское», «Кременкульское ЗОО» (ЗОО ХРУМ), «Кременкульское Мини» (Minis Мини) и т.д., которые реализуются в розничных магазинах городов РФ. С 2018 года Ответчик изменил упаковку своей продукции таким образом, что она стала имитировать упаковку продукции Заявителя.

Заявитель указывает, что в одном из комментариев для СМИ Ответчик сообщил: «Мы с компанией Bahlsen производим одинаковый вид печенья и являемся прямыми конкурентами в премиум-сегменте. Наше аналогичное печенье сопоставимо по качеству, но в разы дешевле, поэтому легко вытесняет с полки именитых немецких производителей».

Заявитель считает, что на соответствующем товарном рынке имеется множество примеров упаковок иных цветов (OREO, Milka, Merba, Любятово, Юбилейное, Акульчев, Посиделкино и др.), выполненных в желтом цвете, но которые имеют существенные отличия от упаковок Заявителя (за счет иных оттенков основной цветовой гаммы, иных второстепенных цветов упаковки и принципов цветового кодирования; иной формы упаковки и т.д.) без их имитации. Упаковки печенья Ответчика характеризуются имитацией индивидуализирующих элементов упаковок печенья Заявителя: характер исполнения основного бренда продукции (оригинальным шрифтом в синем цвете с белой окантовкой, подчеркнутого тонкой красной линией); характер исполнения второстепенного бренда, указывающего на серию продукции; колористическое решение, объединенное с формой: яркий желтый цвет фронтальных поверхностей и дополнительный яркий цвет (красный, коричневый и т.п.), нанесенный на боковую грань упаковки (на прямоугольной упаковке) или на верхнюю кромку упаковки (на упаковке форме пакета); композиционное, стилистическое и колористическое выполнение изобразительных элементов упаковки; колористическое решение информационных надписей, нанесенных на упаковку; композиционное выполнение словесных и изобразительных элементов упаковок относительно друг друга. В упаковках Заявителя и Ответчика совпадают не только основные индивидуализирующие элементы (колористические, композиционные, стилистические решения и т.п.), но и отдельные фантазийные элементы дизайна, например, стилизованные изображения животных на упаковках печенья «ЗОО» и «Зоохрум», выполнены практически идентично. Ответчиком выбраны те же самые виды африканских животных (обезьяны и слоны), которые изображены ровно в тех же окрасах и позах, что и животные на упаковках Заявителя.

По мнению Заявителя, в действиях ООО «Фламинго-маркет» содержится акт недобросовестной конкуренции, запрещенный статьей 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции».

ООО «Фламинго-маркет» в письменных пояснениях указало, что в начале 2000 годов у общества появилась идея производить затяжное печенье, с 2008 года общество запустило производство такого печенья, которое реализовывалось на развес. Для реализации продукции через розничные сети необходима была упаковка и с 01.10.2017 на основании служебного задания была разработана не только упаковка, но и фирменный стиль компании, выбраны фирменные цвета желтый и синий. Сувенирная продукция общества: ручки, календари, конверты,

визитки, флешки и т.п. выполнены в том же цвете. Общество является правообладателем товарного знака «Зоохрум» по свидетельству № 602297, товарного знака «Кременкульское» по свидетельству № 678231, товарного знака «Кременкульское» по свидетельству № 389200. По мнению ООО «Фламинго-маркет», в его действиях отсутствуют признаки недобросовестной конкуренции.

*Рассмотрение материалов дела позволяет прийти к следующим выводам.*

В силу статьи 3 Федерального закона «О защите конкуренции» настоящий Федеральный закон распространяется на отношения, которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, и в которых участвуют российские юридические лица и иностранные юридические лица.

В соответствии с частью 1 статьи 1222 ГК РФ к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции, применяется право страны, рынок которой затронут или может быть затронут такой конкуренцией, если иное не вытекает из закона или существа обязательства.

По данным свободной энциклопедии «Википедия» Bahlsen - это немецкая продовольственная компания, базирующаяся в Ганновере. Основана в июле 1889 года

Германом Бальсеном как «Hannoversche Cakesfabrik H. Bahlsen». Bahlsen производит ассортимент печенья и тортов. Bahlsen управляет пятью производственными предприятиями в Европе и экспортирует продукцию примерно в 55 стран.

Заявитель - компания Бальзен ГмбХ унд Ко. КГ (Bahlsen GmbH & Co. KG) (Германия) является производителем мучных и шоколадных кондитерских изделий (печенье) под брендом «Leibniz», поставляемых, в том числе в Российскую Федерацию.

Согласно, представленной в материалы дела, удостоверенной копии официальной выписки из торгового реестра районного суда Германии Бальзен ГмбХ унд Ко. КГ (Bahlsen GmbH & Co. KG) (коммандитное товарищество с компанией с ограниченной ответственностью в качестве партнера) номер компании HRA 26026, дата начала деятельности 26.08.1999.

ООО «Фламинго-маркет» является российским производителем мучных кондитерских изделий под брендом «КРЕМЕНКУЛЬСКОЕ», реализуемых во многих субъектах Российской Федерации.

Так, согласно выписке из ЕГРЮЛ ООО «Фламинго-маркет» (ИНН 7447039191, КПП 746001001, ОГРН 1027402337742, юридический адрес: Челябинская область, район Сосновский, поселок Новый Кременкуль) зарегистрировано Межрайонной инспекцией Федеральной налоговой службы № 17 по Челябинской области 30.12.2002 (создание юридического лица до 01.07.2002 Администрацией города Челябинска, Управление государственной регистрации города Челябинска 19.01.1998).

Основным видом деятельности общества является 10.71 Производство хлеба и мучных кондитерских изделий, тортов и пирожных недлительного хранения.

Дополнительные виды деятельности:

10.72 Производство сухарей, печенья и прочих сухарных хлебобулочных изделий, производство мучных кондитерских изделий, тортов, пирожных, пирогов и бисквитов, предназначенных для длительного хранения;

10.82.2 Производство шоколада и сахаристых кондитерских изделий;

46.36.3 Торговля оптовая мучными кондитерскими изделиями;

46.90 Торговля оптовая неспециализированная;

49.4 Деятельность автомобильного грузового транспорта и услуги по перевозкам;

82.92 Деятельность по упаковыванию товаров.

По данным Интернет-сайта <http://www.kremenkul.ru/> Кондитерская фабрика «Кременкульская» — это современное предприятие и производитель печенья в России. Кондитерская фабрика «Кременкульская» работает на рынке кондитерских изделий с 1998 года. Компания производит три группы печенья: затяжное, сахарное, сдобное. Сегодня производственная мощность предприятия составляет 80 тонн в сутки.

В соответствии с частью 5.1 статьи 45 ФЗ «О защите конкуренции» при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

В силу пункта 1.3 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденным Приказом ФАС России от 28.04.2010 №220 (зарегистрирован в Минюсте РФ 02.08.2010 №18026, далее – Порядок) по делам, возбужденным по признакам нарушения статей 14.1 - 14.8 ФЗ «О защите конкуренции», анализ состояния конкуренции на товарном рынке проводится с особенностями, установленными пунктом 10.6 настоящего Порядка.

Согласно пункту 10.6 Порядка анализ состояния конкуренции на товарном рынке включает следующие этапы:

а) определение временного интервала исследования товарного рынка; б) определение продуктовых границ товарного рынка. Определение продуктовых границ товарного рынка может производиться исходя из предмета договоров, заключаемых хозяйствующим субъектом (в том числе в отношении которого поданы в антимонопольный орган заявления, материалы) по поводу товара, предлагаемого им к продаже;

в) определение географических границ товарного рынка;

г) определение состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, в объеме установления фактических конкурентных отношений между хозяйствующим субъектом, в действиях (бездействии) которого обнаружены признаки недобросовестной конкуренции, и хозяйствующим субъектом, которому указанными действиями (бездействием) причинены или могут быть причинены

убытки либо нанесен или может быть нанесен вред его деловой репутации.

**Временной интервал** исследования товарного рынка определен с 01.01.2018 до даты принятия заключения об обстоятельствах дела 14.05.2021.

**Продуктовые границы** рынка установлены в соответствии с Общероссийским классификатором видов экономической деятельности (ОКВЭД) Ответчика.

Согласно ОК 029-2014 (КДЕС Ред. 2). Общероссийский классификатор видов экономической деятельности (утв. Приказом Росстандарта от 31.01.2014 № 14-ст) (ред. от 10.02.2021).

Вид экономической деятельности 10.72 Производство сухарей, печенья и прочих сухарных хлебобулочных изделий, производство мучных кондитерских изделий, тортов, пирожных, пирогов и бисквитов, предназначенных для длительного хранения. Эта группировка включает:

- производство сухарей, печенья и прочих сухарных хлебобулочных изделий;
- производство выпечки и пирожных длительного хранения;
- производство легких закусок (крекеров, печенья, крендельков и т.д.) сладких или соленых.

**Продуктовые границы рынка**, в данном случае, рынок производства печенья.

**Географические границы рынка** – Российская Федерация.

Согласно пункту 4 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции» товарный рынок – сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров (далее – определенный товар), в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами.

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

Из пункта 7 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции» следует, что конкуренция – это соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

В силу указанных положений Заявитель и Ответчик являются хозяйствующими субъектами, осуществляющими аналогичную деятельность на одном товарном

рынке (производство печенья) в пределах одних географических границ Российская Федерация, следовательно, являются конкурентами по отношению друг к другу.

По данным Интернет-ресурса <https://productcenter.ru/> производители печенья в Российской Федерации:

Кондитерское предприятие «Элза»,

ООО Берри,

«Сладости Сибири»,

Кондитерская фабрика «Город Сладкоежек»,

Кондитерская фабрика «ДОБРЫЕ ПЕЧЕНЬКИ»

ТМ ПЕЧЕНЮШ,

Кондитерское предприятие «Щедрый Славичъ»,

Кондитерская фабрика «Брянконфи»,

ООО «Барнаульская халвичная фабрика»,

Компания «Русские Традиции»,

ТМ «ЕДИМ с Юлей»,

Фабрика печенья «Кременкульская»,

Кондитерская фабрика «Братья Грим»,

Кондитерская фабрика «Семеновна»,

Лихачевский кондитерский комбинат,

Производственная компания «Колос»,

Кондитерская фабрика «Любимый Край»,

Кондитерская фабрика «Ламзурь»,

Компания «Ванюшкины Сладости»,

Кондитерская фабрика «Акульчев»,

Кондитерское производство «Профитролио»,

АО «Хлебокомбинат «Георгиевский»,

Кондитерский цех «Фаворит»,

Булочно-кондитерский комбинат «Озеры»,

Продовольственная группа «Русский Хлеб»,

Кондитерская фабрика «Астерик»,  
Кондитерская фабрика «Мичуринское печенье»,  
Кондитерская фабрика «Клема»,  
Продовольственная группа «Русский Хлеб»,  
Производитель ТМ «Любятово»,  
«Смольнинский Хлебозавод»,  
Торгово – производственная компания «Славия»,  
Кондитерская компания «Петра +»,  
«Останкинский завод бараночных изделий»,  
Компания «Кубанская кормилица»,  
Кондитерская фабрика «Заинский крекер»,  
Кондитерская компания «Вымпел»,  
Компания «Архангельскхлеб»,  
Кондитерская фабрика «Arte Bianca»,  
Кондитерская фабрика «ИНЕКС»,  
Группа компаний «Славянка»,  
Кондитерская фабрика «Колос»,  
Кондитерская фабрика «Ленинградская»,  
Кондитерская фабрика «ИНЕКС»,  
ГК «СЛАДКАЯ СКАЗКА»,  
Компания «Петродиаг»,  
ООО «ПК «СУС»,  
Компания «Сладэкс Ко»,  
Кондитерский комбинат «Услада»,  
«Черногорский Кондитерский концерн»,  
«Новоалтайский хлебокомбинат»,  
Кондитерская фабрика «ПекарьМаг»,  
Кондитерская фабрика «ПЯТЬ ХЛЕБОВ»,

Фабрика «Корпорация вкуса» и т.д.

Таким образом, рынок производства печенья является конкурентным на территории Российской Федерации.

Пунктом 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции установлен запрет на недобросовестную конкуренцию **путем 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.

Копированием внешнего вида изделия является воспроизведение внешнего вида изделия другого хозяйствующего субъекта (предпринимателя) и введение его в гражданский оборот.

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

Не может признаваться неправомерным копирование (имитация) внешнего вида изделия или его частей, если такое копирование обусловлено исключительно их функциональным применением.

С учетом изложенного предметом рассмотрения по данной категории дел является не только установление факта копирования (имитации) как таковое, а воздействие такой тактики лица, в отношении которого подано заявление, на конкурентную среду, выражающееся в возможном смешении товаров разных производителей, оформленных с использованием сходных элементов дизайна, цветовой гаммы и т.п.

В результате такого смешения потребитель при приобретении товара ошибочно принимает новый товар за давно ему известный, что вызывает отток потребительского спроса от товара конкурента.

По данным свободной энциклопедии «Википедия» Leibniz («Лайбниц») — торговая марка затяжного печенья, названного в честь Готфрида Вильгельма Лейбница, которое производится немецкой компанией Bahlsen с 1891 года. Современная линейка продукции под данной маркой насчитывает около пятнадцати наименований, среди которых классические Leibniz Butterkeks, вариант с какао Leibniz Kakaokeks, печенье с шоколадом Leibniz Choco и печенье Leibniz Zoo в виде фигурок животных. Оригинальный дизайн Leibniz Butterkeks не менялся с момента появления. Печенье имеет прямоугольную форму, на нём пропечатано «LEIBNIZ BUTTERKEKS», а по краям печенья насчитывается 52 зубчика.

По данным Интернет-сайта <https://www.leibniz.de/de> (в переводе с немецкого):

в 1891 году Германн Бальзен выпускает на рынок печенье Leibniz (Лейбниц);

в 1971 году сливочное печенье Leibniz впервые выходит на рынок в своей неповторимой желтой упаковке;



в 1973 году выходит на рынок печенье Leibniz Шоко;

в 1987 году выходит на рынок печенье Leibniz зерновое;

в 1990 году ассортимент дополняет Leibniz Зоо;

в 1996 году разработано печенье Leibniz Мини и т.д.;

в 2016 году новый логотип Leibniz и дизайн упаковки в 125 - летний юбилей;

в 2017 году выпущено печенье Leibniz ЗОО Сафари и т.д.

Заявитель является правообладателем товарных знаков по международной регистрации:

№ 555079 LEIBNIZ (дата приоритета 25.05.1990, дата регистрации 25.05.1990),

№ 651230 Leibniz Minis (дата приоритета 19.01.1996, дата регистрации 19.01.1996),

№ 646337 Leibniz Schokomonster (дата приоритета 03.11.1995, дата регистрации 03.11.1995),

№ 648856 Leibniz Happy Mix (дата приоритета 23.11.1995, дата регистрации 23.11.1995),

№ 679291 LEIBNIZ (дата приоритета 07.11.2017, дата регистрации 31.10.2018).

Заявитель является правообладателем товарного знака «ZOO» по свидетельству № 682340 (приоритет: 26.02.2018, дата подачи заявки: 26.02.2018).

Заявитель является также правообладателем товарного знака «ZOO» по международной регистрации № **555093** (дата приоритета 25.05.1990, дата регистрации 25.05.1990).

Товарные знаки заявителя зарегистрированы по классу МКТУ и перечня товаров и/или услуг:

30 - кофе; чай; какао; сахар; рис; тапиока; саго; заменители кофе; мука пищевая; продукты зерновые; хлеб; изделия кондитерские мучные; сладости; лед пищевой; мед; сироп золотой; дрожжи; порошки пекарские; соль; горчица; уксус; соусы (приправы); пряности; мороженое; печенье; печенье для аперитива; изделия кондитерские из сладкого теста, преимущественно с начинкой; шоколад; кондитерские изделия на основе шоколада; батончики шоколадные; пралине; конфеты; марципан; снеки зерновые экструдированные; снеки рисовые экструдированные; снеки кукурузные экструдированные; снеки из воздушной кукурузы; вафли.

Согласно, представленной Заявителем, сводной таблице по объемам ввоза продукции Leibniz за 2007-2017 гг. Заявителем на территорию Российской Федерации была ввезена продукция «Leibniz» в количестве 106 601, 5 кг на сумму 304 984, 3 евро.

В соответствии с письмом ООО «Торговая компания ИНАГРО» исх. № И10/20 от 27.03.2020 общество с 2007 года осуществляет реализацию на территории

Российской Федерации продукции Заявителя с обозначением Leibniz (Лейбниц).

За период с 2007 года по 01 января 2020 года была реализована продукция Заявителя «Leibniz» на общую сумму 2 024 065 856, 53 рублей. Из них через основные розничные сети, такие как Ашан, Дикси, Магнит, Лента и др., на сумму 1 895 134 221, 68 руб.

В соответствии с письмом ООО «Сервисная компания «Молочный Мир» исх. № 196 от 17.03.2020 начиная с 2005 года общество закупает продукцию Бальзен ГмбХ унд Ко. КГ у ООО «Милк» и осуществляет ее реализацию на территории Российской Федерации.

С 01.01.2005 до 01.03.2020 общество реализовало продукцию «Leibniz» на общую сумму 1 485 570 310 рублей. Из них через основные розничные сети на территории Российской Федерации, такие как: Торговый дом Перекресток, Ашан и т.д. на сумму 1 288 005 764 руб.

В соответствии с письмом ЗАО «Денди» исх. № 54 от 11.03.2020 общество закупает продукцию Бальзен ГмбХ унд Ко. КГ с 2010 года у ООО «Сервисная компания «Молочный Мир». С 2010 года по 01 января 2020 года была реализована продукция «Leibniz» на общую сумму **87 518 977 рублей**. Из них через основные розничные сети на территории Российской Федерации, такие как: Азбука вкуса, АЗС Шелл, АЗС Газпромнефть и т.д. на сумму 68 246 934 руб.

Изложенное позволяет сделать выводы, что с 2005 года продукция Заявителя, в данном случае печенье Leibniz (Лейбниц), присутствует на рынке на территории Российской Федерации.

Компания Бальзен ГмбХ унд Ко. КГ (Bahlsen GmbH & Co. KG) представила в материалы дела письмом вх. № 13574 от 29.09.2020 продукцию Заявителя и Ответчика в упаковке, а именно:

- 1) «Leibniz butter biscuit»,
- 2) «Leibniz cocoa biscuit»,
- 3) «Leibniz wholemeal biscuit»,
- 4) «Leibniz ZOO jungle»,
- 5) «Leibniz ZOO country»,
- 6) «Leibniz ZOO original»,
- 7) «Leibniz Minis butter biscuit»,
- 8) «Leibniz Minis choco»,
- 9) «Кременкульское сливочное»,
- 10) «Кременкульское в глазури»,
- 11) «Кременкульское ЗООХРУМ»,

12) «Кременкульское ЗООХРУМ в глазури»,

13) «Кременкульское ЗОО хрум»,

14) «Кременкульское Мини со вкусом сыра».

Всего 14 упаковок.

Специалистами Челябинского УФАС России осуществлен осмотр вышеуказанных упаковок, в ходе которого составлен акт осмотра от 12 ноября 2020 года.

Внешний вид (описание) упаковок Заявителя следующий:

1. «Leibniz butter biscuit» (цвет упаковки желтый, красный элемент на упаковке, красные бока, рисунок печенья на упаковке, размещение надписей и картинок, синий цвет надписи «Leibniz», красная черта под надписью «Leibniz», логотип «Bahlzen», прямоугольная форма упаковки, вес упаковки, граммовка 200 гр, флаг страны производителя на упаковке, дата изготовления 30.08.2019, срок годности 29.08.2020 и т.п.),

2. «Leibniz cocoa biscuit» (цвет упаковки желтый, коричневый элемент на упаковке, коричневые бока, рисунок печенья на упаковке, размещение надписей и картинок, синий цвет надписи «Leibniz», красная черта под надписью «Leibniz», логотип «Bahlzen», прямоугольная форма упаковки, вес упаковки, граммовка 200 гр, флаг страны производителя на упаковке, дата изготовления 20.11.2018, срок годности 19.11.2019 и т.п.),

3. «Leibniz wholemeal biscuit» (цвет упаковки желтый, зеленый элемент на упаковке, зеленые бока, рисунок печенья на упаковке, размещение надписей и картинок, синий цвет надписи «Leibniz», красная черта под надписью «Leibniz», логотип «Bahlzen», прямоугольная форма упаковки, вес упаковки, граммовка 200 гр, флаг страны производителя на упаковке, дата изготовления 31.07.2019, срок годности 30.07.2020 и т.п.),

4. «Leibniz ZOO jungle» (цвет упаковки желтый, коричневая полоса сверху, желтый фон, коричневая запайка, рисунки печенья в форме фигурок животных, картинка со слоном, форма упаковки - пакет, мягкая упаковка, надпись ZOO, флаг страны производителя на упаковке, логотип «Bahlzen», граммовка 100 гр., дата изготовления 20.05.2017, срок годности 19.05.2018 и т.п.),

5. «Leibniz ZOO country» (цвет упаковки желтый, зеленая полоса сверху, желтый фон, зеленая запайка, рисунки печенья в форме фигурок животных, форма упаковки-пакет, мягкая упаковка, надпись ZOO, флаг страны производителя на упаковке, логотип «Bahlzen», граммовка 100 гр., дата изготовления 13.04.2017, срок годности 12.04.2018 и т.п.),

6. «Leibniz ZOO original» (цвет упаковки желтый, красная полоса сверху, желтый фон, красная запайка, рисунки печенья в форме фигурок животных, картинка с обезьяной, форма упаковки-пакет, мягкая упаковка, надпись ZOO, флаг страны производителя на упаковке, логотип «Bahlzen», граммовка 100 гр., дата изготовления 15.01.2019, срок годности 14.01.2020 и т.п.),

7. «Leibniz Minis butter biscuit» (цвет упаковки желтый, красная полоса сверху, желтый

фон, красная запайка, рисунки печенья, форма упаковки - пакет, мягкая упаковка, синий цвет надписи «Leibniz», красная черта под надписью «Leibniz», логотип «Bahlzen», флаг страны производителя на упаковке, граммовка 100 гр., дата изготовления 15.11.2018, срок годности 14.11.2019 и т.п.),

8. «Leibniz Minis choco» (цвет упаковки желтый, синяя полоса сверху, желтый фон, синяя запайка, рисунки печенья, форма упаковки - пакет, мягкая упаковка, флаг страны производителя на упаковке, граммовка 100 гр., дата изготовления 04.11.2019, срок годности 03.11.2020 и т.п.).

Внешний вид (описание) упаковок Ответчика следующий:

9. «Кременкульское сливочное» (цвет упаковки желтый, красный элемент на упаковке, красный бок, рисунок печенья на упаковке, размещение надписей и картинок, синий цвет надписи «Кременкульское», красная черта под надписью «Кременкульское», прямоугольная форма упаковки, вес упаковки, граммовка 180 гр, флаг страны производителя на упаковке, дата изготовления 01.06.2020 и т.п.),

10. «Кременкульское в глазури» (цвет упаковки желтый, коричневый элемент на упаковке, коричневый бок, рисунок печенья на упаковке, размещение надписей и картинок, синий цвет надписи «Кременкульское», красная черта под надписью «Кременкульское», прямоугольная форма упаковки, вес упаковки, граммовка 230 гр, флаг страны производителя, дата изготовления 23.03.2020 и т.п.),

11. «Кременкульское ЗООХРУМ в глазури» (цвет упаковки желтый, коричневая полоса сверху, желтый фон, коричневая запайка, рисунки печенья в форме фигурок животных, картинка со слоном, форма упаковки - пакет, мягкая упаковка, надпись ЗОО, синий цвет надписи «Кременкульское», красная черта под надписью «Кременкульское», флаг страны производителя на упаковке, граммовка 200 гр., дата изготовления 26.06.2020 и т.п.),

12. «Кременкульское ЗООХРУМ» (цвет упаковки желтый, красная полоса сверху, желтый фон, красная запайка, рисунки печенья в форме фигурок животных, картинка с обезьянкой, форма упаковки - пакет, мягкая упаковка, надпись ЗОО, синий цвет надписи, «Кременкульское», красная черта под надписью «Кременкульское», флаг страны производителя на упаковке, граммовка 300 гр., дата изготовления 13.07.2020 и т.п.),

13. «Кременкульское ЗОО хрум» (цвет упаковки желтый, красная полоса сверху, желтый фон, красная запайка, рисунки печенья в форме фигурок животных, картинка с обезьянкой, форма упаковки - пакет, мягкая упаковка, надпись ЗОО, синий цвет надписи «Кременкульское», красная черта под надписью «Кременкульское», флаг страны производителя на упаковке, граммовка 300 гр., дата изготовления 29.03.2018 и т.п.),

14. «Кременкульское Мини со вкусом сыра» (цвет упаковки желтый, красная полоса сверху, желтый фон, красная запайка, рисунки печенья форма упаковки - пакет, мягкая упаковка, надпись МИНИ, синий цвет надписи «Кременкульское», красная черта под надписью «Кременкульское», флаг страны производителя на упаковке, граммовка 300 гр., дата изготовления 24.09.2018 и т.п.).

Таким образом, упаковка линейки продукции Заявителя содержит обозначение

«Leibniz» синего цвета, логотип «Bahlzen» в разных исполнениях. Цветовая гамма с преобладанием желтого цвета и нанесением дополнительных цветов (красного, синего, коричневого и т.п.).

Печенье упаковывается как в классическую жесткую упаковку прямоугольной формы, так и в мягкую упаковку в форме пакета квадратной формы во фронтальной проекции.

Товары Заявителя в указанных упаковках, в частности, **классическое печенье «Leibniz» в прямоугольной упаковке и печенье серий «ZOO» и «MINIS» в упаковке в форме пакета**, поставляются на российский рынок с 2007 года, что подтверждается в том числе транспортными накладными (выборочно за период с 2007 по 2017 годы).

Продукция Заявителя в упаковках с обозначением «Leibniz» реализуется в России через сеть дистрибьюторов в торговых сетях (Ашан, Дикси, Магнит, Лента и др.), что подтверждается материалами, представленными Заявителем.

Изложенное позволяет сделать выводы о том, что Заявитель вводит в оборот продукцию «Leibniz» в рассматриваемой в настоящей деле упаковке с 2007 года.

Признак известности используемой Заявителем упаковки продукции подтверждается длительным периодом с 2007 года ее реализации на территории Российской Федерации.

Ответчик является правообладателем следующих словесных товарных знаков:

1. «Зоохрум» по свидетельству № 602297 (приоритет 15.12.2015, дата государственной регистрации: 19.01.2017).

Согласно заявке товарный знак представляет собой словесное обозначение «Зоохрум», выполненное традиционным шрифтом русского (кириллического) алфавита. Заявленное обозначение является фантазийным и состоит из двух слов «зоо» и «хрум». Товарный знак представляет собой сложное слово, оценка которого должна производиться на основании общего зрительного впечатления.

Указание цвета или цветового сочетания: не указано.

Товарный знак Ответчика зарегистрирован по классу МКТУ и перечню товаров и/или услуг:

30 - изделия кондитерские; изделия кондитерские для украшения новогодних елок; изделия кондитерские из сладкого теста, преимущественно с начинкой; изделия кондитерские мучные; изделия кондитерские на основе арахиса; изделия кондитерские на основе миндаля; конфеты; крекеры; печенье; печенье сухое; шоколад.

2. «Кременкульское» по свидетельству № 678231 (приоритет: 29.12.2017, дата государственной регистрации 26.10.2018).

Графический товарный знак представляет собой **словесное обозначение «Кременкульское»**, выполненное шрифтом **синего цвета**, под которым расположена красная черта в совокупности с неохраняемыми элементами товарного знака:

слова и цифры «Производим с 1998 года», «Вкусное печенье!».

Указание цвета или цветового сочетания: **желтый, синий, красный**.

Товарный знак Ответчика зарегистрирован по классу МКТУ и перечню товаров и/или услуг:

30 - изделия кондитерские; изделия кондитерские для украшения новогодних елок; изделия кондитерские из сладкого теста, преимущественно с начинкой; изделия кондитерские мучные; изделия кондитерские на основе арахиса; изделия кондитерские на основе миндаля; конфеты; крекеры; печенье; печенье сухое; шоколад. 3. «Кременкульское» по свидетельству № 389200 (приоритет 13.02.2008, дата государственной регистрации 11.09.2009). Комбинированный товарный знак представляет собой словесное обозначение «Кременкульское», выполненное художественным шрифтом красного цвета с контурной проработкой двойной линией светло-коричневого и темно-коричневого тонов. В нижней части расположены три колоска в бело-светло-коричневой тональности. Указание цвета или цветового сочетания: белый, красный, светло-коричневый, темно-коричневый, бело-светло-коричневый. Товарный знак Ответчика зарегистрирован по классу МКТУ и перечню товаров и/или услуг: 30 - ароматизаторы; бисквиты; блины; бриоши; булки; ванилин (заменитель ванили); ваниль (ароматическое вещество); вафли; вермишель; вещества ароматические кофейные; вещества подслащивающие натуральные; глюкоза пищевая; загустители для пищевых продуктов; заменители кофе; изделия кондитерские; изделия кондитерские для украшения новогодних елок; изделия кондитерские желеобразные; изделия кондитерские из сладкого теста преимущественно с начинкой; изделия кондитерские мучные; изделия кондитерские на основе арахиса; изделия кондитерские на основе миндаля; изделия макаронные; изделия пирожковые; йогурт замороженный; какао; какао-продукты; карамели; клейковина пищевая; конфеты; конфеты лакричные; конфеты мятные; кофе; кофе-сырец; крахмал пищевой; крекеры; крупа кукурузная, кукуруза молотая; кукуруза поджаренная; кулебяки; куркума пищевая; кускус; кушанья мучные; лапша; леденцы; мальтоза; мармелад (кондитерские изделия); марципаны; масса сладкая молочная для кондитерских изделий (заварной крем); мед; молочко маточное пчелиное (за исключением используемого для медицинских целей); мороженое; мороженое фруктовое; мука; мюсли; мята для кондитерских изделий; напитки какао-молочные; напитки кофейно-молочные; напитки кофейные; напитки на основе чая; напитки шоколадно-молочные; напитки шоколадные; овес дробленый; овес очищенный; орех мускатный; пастилки (кондитерские изделия); патока; петифуры; печенье; пироги; пицца; помадки (кондитерские изделия); попкорн; пралине; продукты зерновые; продукты мучные; пряники; пряности; пудинги; пудра для кондитерских изделий из сладкого сдобного теста; равиоли; сахар, семя анисовое; сладкое сдобное тесто для кондитерских изделий; сладости; солод; спагетти; специи; стабилизаторы для взбитых сливок; сухари; сухари панировочные; суши; сэндвичи; таблетки дрожжевые (за исключением используемых для лечебных целей); тапиока; тесто миндальное; торты фруктово-ягодные; украшения съедобные для кондитерских изделий из сладкого сдобного теста; ферменты для теста; халва; хлеб; хлеб из пресного теста; хлопья из зерновых продуктов; цикорий; чай; шоколад; экстракт солодовый; эссенции пищевые (за исключением эфирных эссенций и эфирных масел).

Письмом вх. № 13664 от 30.09.2020 ООО «Фламинго-маркет» представило в материалы дела:

пленку упаковок печенья «Кременкульское» с 2018 года, а именно: сливочное, в глазури, сэндвич с клубничной начинкой, сэндвич со сливочной начинкой, печенье сахарное к кофе с ароматом топленного молока, Зоохрум в глазури, Зоохрум, мини в глазури;

копии каталога с изображением упаковок печенья «Кременкульское»;

копии пленок упаковок печенья «Кременкульское» до 2018 года:

затяжное, мини со вкусом сыра, печенье затяжное зоохрум, сахарное, сахарное к кофе с ароматом топленного молока;

копию договора поставки от 01.09.2017,

копию служебного задания от 01.10.2017,

договор № 256 О/М от 28.05.2018 поставки печатной упаковочной продукции;

дипломы и др. документы.

Представленные документы позволяют Комиссии сделать следующие выводы.

Д о **конца 2017 года** продукция «Кремкульское»: печенье затяжное «Зоохрум», печенье затяжное, печенье затяжное «Мини со вкусом сыра», печенье сахарное, печенье сахарное с ароматом топленного молока «К кофе» выпускалось в упаковке, на которой использовался товарный знак «Кременкульское» по свидетельству № 389200, в том виде в котором он был зарегистрирован, а именно: **словесное обозначение «Кременкульское»**, выполненное художественным шрифтом **красного цвета** с контурной проработкой двойной линией светло-коричневого и темно-коричневого тонов. В нижней части расположены три колоска в бело-светло-коричневой тональности.

Товарный знак «Зоохрум» по свидетельству № 602297, в том виде в котором он зарегистрирован не использовался, поскольку на упаковке печенья затяжное «Зоохрум» присутствовало слово «Зоохрум» художественным шрифтом в кавычках, выполненное в синем цвете, тогда как товарный знак является словесным обозначение «Зоохрум», выполненное традиционным шрифтом русского (кириллического) алфавита без указания цвета или цветового сочетания.

В конце 2017 году дизайн упаковки печенья «Кременкульское» изменился и в 2018 году продукция Ответчика стала выпускаться в упаковке с новым дизайном. Так, товарные знаки Ответчика «Зоохрум» по свидетельству № 602297 и «Кременкульское» по свидетельству № 389200 на упаковке продукции в 2018 году уже не используются, содержится изображение товарного знака «Кременкульское» по свидетельству № 678231 и др. элементы, цвет упаковки изменен на более яркий желтый цвет.

Как усматривается из приложения № 1 к служебному заданию на разработку дизайна и логотипа упаковки от 01.10.2017 ООО «Фламинго-маркет» одним из требований к разработке нового дизайна являлся показатель «На полке стоим

рядом с» - «...Лейбниц...».

Акт о выполнении служебного задания подписан 01.11.2017.

Однако, разработанные и утвержденные заказчиком, в данном случае ООО «Фламинго-маркет», макеты (либо их файлы в эл.виде) нового дизайна в материалы дела не представлены.

Согласно договору № 256 О/М от 28.05.2018 поставки печатной упаковочной продукции между ООО «НТЛ» и ООО «Фламинго-маркет» и приложениям № 1, 2,3,4,5 (спецификации) к нему, указаны в том числе технические требования к продукции:

печенье затяжное «Зоохрум» **цвет жемчужный**,

печенье затяжное «Сливочное» **цвет жемчужный**,

печенье затяжное «Зоохрум» в глазури **цвет жемчужный**,

печенье затяжное мини в глазури **цвет жемчужный**,

печенье затяжное Сэндвич с клубничной начинкой **цвет жемчужный**,

печенье затяжное СЭНДВИЧ со сливочной начинкой **цвет жемчужный**,

печенье затяжное СЭНДВИЧ с какао начинкой **цвет жемчужный** и т.д.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу о том, что Заявитель ранее Ответчика стал вводить в гражданский оборот продукцию - печенье в упаковке, являющейся предметом рассмотрения настоящего дела.

Объектами, в отношении которых может быть создано смешение, по смыслу статьи 14.6 Закона о защите конкуренции являются, в том числе принадлежащие хозяйствующему субъекту - конкуренту:

**-упаковка товара;**

- этикетки, цветовая гамма товара, элементы фирменного стиля и иные элементы, которые индивидуализируют хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товар и не являются фирменными наименованиями, товарными знаками и наименованиями места происхождения;

- иные наименования (символы, эмблемы, логотипы, девизы).

В силу статьи 45.1 Федерального закона «О защите конкуренции» под доказательствами по делу о нарушении антимонопольного законодательства понимаются сведения о фактах, которые получены в установленном настоящим Федеральным законом порядке и на основании которых комиссия устанавливает наличие либо отсутствие нарушения антимонопольного законодательства, обоснованность доводов лиц, участвующих в деле, а также иные обстоятельства, имеющие значение для полного и всестороннего рассмотрения дела.

Каждое лицо, участвующее в деле, должно раскрыть доказательства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений, перед другими



лицами, участвующими в деле, в пределах срока, установленного комиссией.

**В обоснование доводов о копировании (имитации) упаковки продукции Заявителя действиями ООО «Фламинго-маркет» Заявителем были представлены следующие доказательства:**

1) социологическое исследование фонда ВЦИОМ «Мнение респондентов о сходстве / различии упаковок печенья «Leibniz» производства компании Бальзен ГмБХ унд Ко. КГ и печенья «Кременкульское» производства ООО «Фламинго-маркет», а также мнение относительно принадлежности тестируемой продукции одному/разным производителям», проведенное в 2019 году (далее - социологическое исследование фонда ВЦИОМ);

2) рецензия НИУ ВШЭ от 31.03.2021 на отчет об исследовании Фонда «ВЦИОМ»;

3) экспертное заключение союза дизайнеров России от 29.09.2020 (далее – заключение союза дизайнеров).

1) Согласно выводам социологическое исследование фонда ВЦИОМ: по результатам исследования упаковок печенья «Кременкульское сливочное» и «Leibniz butter biscuit» большая часть участников опроса (59%) отметили ту или иную степень визуального сходства упаковок печенья, среди них 94% назвали в качестве схожего элемента цветовой сочетание, 43% - графические элементы упаковок, а 35% - текст на упаковках и его оформление (шрифт). Треть респондентов (34%) полагают, что если бы они увидели печенье в тестируемых упаковках на полке магазина, они восприняли бы его как продукцию одного производителя или разных производителей, связанных между собой. Четверть опрошенных (25%) допускают, что могли бы перепутать при покупке печенье в тестируемых упаковках;

по результатам исследования упаковок печенья «Кременкульское 300» и «Leibniz ZOO» подавляющее большинство респондентов (85%) считают тестируемые упаковки печенья схожими в той или иной мере. Среди них 83% говорят о сходстве цветовой гаммы, шесть из десяти (63%) указывают на сходство графических элементов упаковок, а 29% говорят о сходстве текста на упаковках и использованного шрифта. Каждый второй опрошенный (50%) придерживается мнения, что воспринял бы печенье в тестируемых упаковках как продукцию одного производителя или разных, связанных между собой производителей. Чуть меньшее количество респондентов (47%) допускает возможность ошибочной покупки печенья в тестируемых упаковках;

по результатам исследования упаковок печенья «Кременкульское МИНИ» и «Leibniz MINIS» ту или иную меру визуального сходства упаковок отметили две трети опрошенных (64%). Среди них 87% указали на сходство цветовой гаммы, 42% высказали мнение о сходстве графических элементов, а 29% посчитали схожими текст на упаковках и его оформление. Более трети респондентов (37%) полагают, что, увидев печенье в тестируемых упаковках на полке магазина, они посчитали бы, что оно выпускается одним производителем или разными производителями, связанными между собой. Трое из десяти (31%) заявили, что могли бы перепутать такое печенье при покупке.

Треть респондентов (32%) так или иначе допускают, что могли бы воспринять печенье под тестируемыми обозначениями в качестве продукции одного

производителя.

2) Согласно выводам рецензии НИУ ВШЭ от 31.03.2021 на отчет об исследовании Фонда «ВЦИОМ» представленные результаты исследования оцениваются как объективные, достаточно точные и надежные и могут использоваться при принятии решений без дальнейшей (пере)проверки.

3) Согласно выводам заключения союза дизайнеров графический дизайн логотипа и этикеток печенья «КРЕМЕНКУЛЬСКОЕ» является имитацией графического дизайна логотипа и этикеток печенья «LEIBNIZ».

**В обоснование доводов об отсутствии копирования (имитации) упаковки продукции Заявителя действиями ООО «Фламинго-маркет» последним были представлены следующие доказательства:**

1) экспертное заключение Челпатента № 321/2021 от 23.12.2020;

2) заключение патентного поверенного (АО Реестр-Консалтинг) от 01.04.2021;

3) заключение по результатам проведения маркетингового исследования № МИ-01-04/21 от 02.04.2021;

4) заключение психолога по результатам анализа упаковок печенья с точки зрения психологии потребителей от 29.04.2021;

5) заключение Лаборатории социологической экспертизы № 332-2018 от 16.10.2018;

6) рецензию от 16.12.2020 на заключение фонда «ВЦИОМ»;

7) заключение доктора социологических наук № СО-280621-2 от 28 июня 2021 года.

1) Согласно выводам экспертного заключения Челпатента № 321/2021 от 23.12.2020:

Ответ 1: Упаковки печенья «Кременкульское сливочное» производства ООО «Фламинго-маркет» и «Leibniz butter biscuit» производства Бальзен ГмбХ унд Ко. КГ не являются сходными до степени смешения.

Ответ 2: Вероятности смешения и введения потребителей в заблуждение в отношении производителей печенья «Кременкульское сливочное» и «Leibniz butter biscuit» не существует.

Ответ 3: Упаковки печенья «Кременкульское ЗООхрум» производства ООО «Фламинго-маркет» и «Leibniz ZOO» производства Бальзен ГмбХ унд Ко. КГ не являются сходными до степени смешения.

Ответ 4: Вероятности смешения и введения потребителей в заблуждение в отношении производителей печенья «Кременкульское ЗООхрум» и «Leibniz ZOO» не существует.

Ответ 5: Упаковки печенья «Кременкульское мини» производства ООО «Фламинго-маркет» и «Leibniz minis» производства Бальзен ГмбХ унд Ко. КГ не являются сходными до степени смешения.

Ответ 6: Вероятности смешения и введения потребителей в заблуждение в

отношении производителей печенья «Кременкульское мини» и «Leibniz minis» не существует.

2) Согласно выводам заключения патентного поверенного (АО Реестр-Консалтинг) от 01.04.2021 внешний вид представленных упаковок товаров ООО «Фламинго-маркет» (9 шт.) не является имитацией внешнего вида упаковок товаров Бальзен ГмбХ унд Ко. КГ (8 шт.).

3) Согласно выводам заключения по результатам проведения маркетингового исследования № МИ-01-04/21 от 02.04.2021 описанное выше оформление упаковки печенья, используемое для реализации печенья под брендом «Leibniz», является типичным дизайнерским решением для оформления пачек печенья, присутствующих на рынке. Следовательно, оно не является однозначно ассоциирующимся только с компанией «Бальзен ГмбХ унд Ко. КГ». Дополнительным свидетельством в пользу этого вывода является и сравнительно невысокий уровень известности продукции «Leibniz», подтвержденный низкой долей рынка, занимаемой компанией с данным брендом на российском рынке печенья. При невысокой распространенности среди потребителей (в пользу этого свидетельствует и средне-высокая ценовая категория продукции под брендом «Leibniz») и использовании аналогичных элементов дизайна другими игроками рынка печенья отсутствуют предпосылки и основания для формирования у значительной доли потребителей однозначных ассоциаций между указанным дизайном и конкретной компанией.

4) Согласно выводам заключения психолога по результатам анализа упаковок печенья с точки зрения психологии потребителей от 29.04.2021 отсутствуют предпосылки для формирования и закрепления у потребителей ошибочного восприятия печенья «Кременкульское» как вариации расширения линейки печенья «Leibniz» вне зависимости от ценовой политики товаров в линейках. То есть, с точки зрения психологии восприятия потребителей, печенье «Кременкульское» не воспринимается как более дешевая линейка продукции «Leibniz».

5) Согласно выводам заключения Лаборатории социологической экспертизы № 332- 2018 от 16.10.2018 подавляющее большинство опрошенных могут отличить упаковку печенья «ZOO» от упаковки печенья «300 Хрум». Подавляющее большинство респондентов полагают, что товары в тестируемых упаковках, выпускаются разными компаниями. Вывод об отсутствии сходства до степени смешения между упаковкой печенья «ZOO» и упаковкой печенья «300 Хрум».

6) Согласно выводам рецензии от 16.12.2020 на заключение фонда «ВЦИОМ» нельзя признать данные, отраженные в отчете фонда ВЦИОМ достоверными и соответствующими действительности.

7) согласно выводам заключения доктора социологических наук № СО-280621-2 от 28 июня 2021 года:

в случае рассмотрения вопроса имитации эксперты сочли, что такие факторы как форма упаковки, использование на ней натуралистического изображения печенья являются стандартными и на примере упаковок печенья «Кременкульское» и «Leibniz» отметили, что не влияют (или влияют лишь в незначительной степени) на определение сходства и/или имитации между упаковками;

цветографическое решение оформления упаковки может как влиять, так и не влиять на вопрос определения наличия или отсутствия имитации и сходства, но в случае с конкретными упаковками печенья «Кременкульское» и «Leibniz» использование желтого цвета влияет в незначительной степени;

индивидуализировать только одну компанию на рынке цветовая гамма без дополнительных элементов оформления упаковки будет только в случае широкой известности этой компании и бренда, а также подтвержденных причин формирования у потребителей ассоциаций между брендом и цветографическим сочетанием (напр. рекламные кампании и пр.);

основными факторами, которые будут влиять на определение наличия/отсутствия имитации в целом и между упаковками печенья «Кременкульское» и «Leibniz» в частности являются разница в смысле и звучании товарных знаков-брендов и наличие логотипов этих брендов на упаковках товара, причем присутствие на упаковках разных товарных знаков будет влиять в значительной степени и указывать на то, что эти товары производятся разными компаниями, то есть на отсутствие имитации.

При анализе, представленных Заявителем и ООО «Фламинго-маркет» документов, Комиссия Челябинского ФАС России руководствовалась следующим.

Предметом рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства является возможность создания смешения при введении Ответчиком в гражданский оборот продукции «Кременкульское» в схожей с продукцией «Leibniz» Заявителя упаковке.

Соответственно для рассматриваемого дела имеют значение социологические исследования со значительной репрезентативной выборкой, на основании которых можно получить широкий срез общественного мнения потребителей продукции о наличии либо отсутствии сходства между упаковками печенья «Leibniz» Заявителя и «Кременкульское» Ответчика.

В силу пункта 13 информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности» вопрос о сходстве до степени смешения обозначений является вопросом факта и по общему правилу может быть разрешен судом без назначения экспертизы, поскольку отсутствует необходимость наличия специальных знаний для разрешения вопроса о сходстве до степени смешения.

Универсальным принципом оценки вероятности смешения является субъективное, т.е. общее зрительное впечатление, могущее произвести сопоставление товаров с позиции рядового потребителя.

В Челябинское УФАС России сторонами представлены два социологических опроса, содержащие противоположные выводы.

К представленному Ответчиком заключению лаборатории социологической экспертизы № 332-2018 от 16.10.2018 Комиссия относится критически, поскольку предметом его исследования в период с 17.09.2018-04.10.2018 являлась одна упаковка продукции Заявителя и Ответчика, а именно печенья «ZOO» и печенья

«ЗОО Хрум», тогда как более позднее социологическое исследование фонда ВЦИОМ в период с 14.08.2019 по 27.08.2019 охватило ряд линейки печенья Заявителя и Ответчика, а именно: печенья Кременкульское –сливочное, ЗООхрум, мини и печенья Leibniz - butter biscuit, ZOO original, Minis.

Таким образом, Заключение фонда «ВЦИОМ» является более полным.

Кроме того, из представленного Ответчиком заключения лаборатории социологической экспертизы № 332-2018 от 16.10.2018 усматривается, что определенная часть респондентов: не может отличить упаковку печенья «ZOO» и печенья «ЗОО Хрум» (5%), считает, что это печенье одной компании (11%).

В данном случае, не имеет значения, что лишь незначительная часть респондентов высказалась за смешение продукции Заявителя и Ответчика (от 5% до 11%), достаточным является то, что определенная часть опрошенных все же считает упаковки печенья «ZOO» и печенья «ЗОО Хрум» сходными и относит их к одному производителю.

По мнению Комиссии, необходимо принять во внимание результаты социологического исследования фонда ВЦИОМ, по итогам которого большинство респондентов отметили визуальное сходство упаковок продукции Заявителя и Ответчика, а именно печенья Кременкульское –сливочное, ЗООхрум, мини и печенья Leibniz - butter biscuit, ZOO original, Minis и допустили, что могли бы перепутать при покупке печенье в тестируемых упаковках.

Социологическое исследование фонда ВЦИОМ, содержит результаты опроса, отражающего мнение потребителей: о внешнем сходстве противопоставленной продукции в целом; о сходстве отдельных элементов оформления; о принадлежности противопоставленной продукции к линейке одного производителя; о возможности совершения ошибки при покупке.

Также необходимо принять во внимание результаты заключения лаборатории социологической экспертизы № 332-2018 от 16.10.2018 в части результатов сходства упаковки печенья «ZOO» и печенья «ЗОО Хрум» и отнесения их к одному производителю определенной частью респондентов (от 5% до 11%).

Представленную Ответчиком рецензию от 16.12.2020 на Заключение фонда «ВЦИОМ», содержащую выводы о том, что нельзя признать отраженные в нем данные достоверными и соответствующими действительности Комиссия не принимает во внимание.

Заявитель представил альтернативную рецензию НИУ ВШЭ от 31.03.2021 на заключение Фонда «ВЦИОМ», которая содержит иные выводы, а именно что представленные результаты исследования оцениваются как объективные, достаточно точные и надежные и могут использоваться при принятии решений без дальнейшей (пере)проверки.

При таких обстоятельствах Комиссия считает нецелесообразным давать отдельную правовую оценку, имеющимся в материалах дела, рецензиям Заявителя и Ответчика на Заключение фонда «ВЦИОМ», содержащим противоположные выводы.

Относительно представленных сторонами заключений специалистов Комиссия

отмечает следующее.

Заявителем и ООО «Фламинго-маркет» на рассмотрение антимонопольного органа представлены противоположные заключения специалистов по вопросу о сходстве упаковок товаров.

Общее количество таких заключений специалистов в материалах дела по состоянию на 14.05.2021 составило – 6 (шесть), одно из них представлено Заявителем и пять Ответчиком.

Представленные сторонами заключения специалистов свидетельствуют о неоднозначности мнений специалистов о сходстве (имитации, копировании) упаковок продукции Заявителя и Ответчика.

По мнению Комиссии, заключение специалиста представляет собой мнение одного лица, высказывающего свое профессиональное суждение по поставленному вопросу.

Кроме того, представленные заключения специалистов выполнены по заказу сторон и каждое из них предсказуемо содержит выводы в пользу заказчика такого заключения.

В данном же деле наиболее правильным является восприятие обычных потребителей по вопросу сходства упаковок продукции.

Для разрешения вопроса о смешении (имитации) упаковок в настоящем деле достаточно познавательных способностей человека, не являющегося экспертом в конкретной области.

В силу того, что Комиссия антимонопольного органа при рассмотрении дела располагала заключениями специалистов, содержащими противоречивые выводы относительно сходства до степени смешения спорных упаковок, а также ООО «Фламинго-маркет» при рассмотрении дела неоднократно заявляло о своих намерениях дополнительно представить еще ряд заключений других специалистов, в целях всестороннего, полного и объективного рассмотрения дела антимонопольным органом материалы направлены в ФАС России для подготовки независимого заключения Некоммерческим партнерством «Объединение Корпоративных Юристов России».

Так, согласно письму ФАС России № АК/35853/19 от 26.04.2019 между ФАС России и Некоммерческим партнерством «Объединение Корпоративных Юристов России» (далее – ОКЮР) подписано дополнительное соглашение от 26.02.2019 к соглашению о взаимодействии от 17.05.2011, которым предусмотрена возможность при рассмотрении дел по части 2 статьи 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции» обращаться в ОКЮР с запросом о предоставлении заключения специалистов компаний, входящих в ОКЮР, о наличии копирования или имитации между товарами, являющимися предметом рассмотрения дела. Заключение может быть запрошено в случае представления сторонами по делу взаимоисключающих доказательств (например, исследований с противоположными выводами в отношении наличия или отсутствия признаков смешения).

Объектом анализа сходства внешнего вида сравниваемых товаров исследования

ОКЮР явились упаковки печенья «Leibniz», а именно: «Leibniz butter biscuit» (200 g), «Leibniz cocoa biscuit» (200 g), «Leibniz wholemeal biscuit» (200 g), «Leibniz ZOO jungle» (100 g), «Leibniz ZOO country» (100 g), «Leibniz ZOO original» (100 g), «Leibniz Minis butter biscuit» (100 g), «Leibniz Minis choco» (100 g) (далее – Товары 1) и упаковки печенья «Кременкульское», а именно: «Сливочное» (180 г), «В глазури» (230 г), «ЗООХРУМ в глазури» (200 г), «ЗОО хрум» (300 г), «Мини со вкусом сыра» (300 г), «МИНи в глазури» (200 г), «Сэндвич со сливочной начинкой» (250 г), «Сэндвич с клубничной начинкой» (250 г), «К кофе. Печенье Сахарное» (150 г) (далее – Товары 2).

После проведения анализа внешнего вида Товара 1 и Товара 2 в исследовании ОКЮР были сделаны выводы соответственно в отношении Товаров 1 и Товаров 2:

«Leibniz butter biscuit» (200 g) и «Кременкульское» «Сливочное» (180 г),

«Leibniz cocoa biscuit» (200 g) и «Кременкульское» «В глазури» (230 г),

«Leibniz ZOO original» (100 g) и «Кременкульское» «ЗОО хрум» (300 г),

«Leibniz ZOO jungle» (100 g) и «Кременкульское» «ЗООХРУМ в глазури» (200 г),

«Leibniz Minis butter biscuit» (100 g) и «Кременкульское» «Мини со вкусом сыра» (300 г),

«Leibniz Minis choco» (100 g) и «Кременкульское» «МИНи в глазури» (200 г).

Указано, что Товар 2 имитирует внешний вид Товара 1 принимая во внимание все указанные выше признаки:

сходство формы упаковки Товаров 1 и 2;

сходство цветовой гаммы упаковок разных наименований Товаров 1 и 2;

сходство шрифтового исполнения названия Товаров 1 и 2;

сходство доминирующих элементов, их оформление и композиционное расположение на упаковке.

Имитация усматривается также и в наименованиях Товара 2, которые не представлены у Товара 1, к примеру в оформлении «Кременкульское. Сэндвич», «Кременкульское. К кофе» использованы те же решения: цветовая гамма, шрифт, расположение изображений и надписей в продуктовой зоне упаковки.

В заключении ОКЮР от 13.01.2021 изложено, что специалисты Ассоциации НП ОКЮР пришли к **выводу** о том, что **внешний вид Товаров 2 имитирует внешний вид Товаров 1**, поскольку присутствует сходство до степени смешения между упаковками Товаров 1 и Товаров 2.

Представленную Ответчиком рецензию ЮУТПП от 03.03.2021 на заключение ОКЮР от 16.12.2020 Комиссия не принимает во внимание по следующим основаниям.

Основным доводом рецензии указана неполнота и недостаточность методологической базы исследования, что является предположением рецензиата и не затрагивает предмета рассматриваемого дела.

Комиссия на доводы Ответчика о несогласии с заключением ОКЮР также отмечает следующее.

Предметом рассмотрения дела № 074/01/14.6-1857/2020 о нарушении антимонопольного законодательства является оценка внешнего вида товара производства Ответчика с точки зрения возможности смешения с товаром производства Заявителя, то есть внешнего вида товара, непосредственно формирующего зрительное впечатление потребителя.

В связи с этим обычной практикой является вынесение антимонопольным органом данных вопросов на рассмотрение экспертных советов, а также направление запроса в Ассоциацию НП «ОБ» (ОКЮР) на основании дополнительного соглашения от 26.02.2019 к Соглашению о взаимодействии ФАС России с ОКЮР от 17.05.2011 для предоставления заключения специалистов компаний, входящих в ОКЮР, о наличии копирования или имитации между товарами, являющимися предметом рассмотрения дела.

Заключение ОКЮР подготавливается с учетом Методических рекомендаций по определению сходства элементов, индивидуализирующих товары, согласно части 2 статьи 14.6 ФЗ «О защите конкуренции», и не является экспертным заключением. Исследование проводится незаинтересованными лицами и может рассматриваться в качестве относимого доказательства по делу, поскольку имеет непосредственное отношение к предмету рассмотрения дела: возможности возникновения смешения в результате копирования/имитации внешнего вида товара.

При этом в соответствии с пунктом 162 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее также - Постановление Пленума ВС РФ N 10) специальных знаний для установления степени сходства обозначений и однородности товаров не требуется.

В рамках действующего Дополнительного соглашения от 26.02.2019 к Соглашению о взаимодействии от 17.05.2011 между ФАС России и НП «ОА» Комиссия Челябинского ФАС России направила в ФАС России (исх. № 14184/04 от 11.11.2020) для направления в ОКЮР в том числе: цветные фотоматериалы упаковок, подлежащие сравнению – на 39 л; фотоматериалы товаров в обороте – на 28 л; образцы упаковок товаров Заявителя и Ответчика в количестве 14 штук для дачи заключения о наличии или отсутствии копирования или имитации между указанными товарами.

Заключение ОКЮР от 13.01.2021 является относимым доказательством и выдано в отношении того предмета, заключение по которому было запрошено Челябинским УФАС России, в отношении 8 упаковок продукции производства Заявителя:

«Leibniz butter biscuit» (200 g),

«Leibniz cocoa biscuit» (200 g),

«Leibniz wholemeal biscuit» (200 g),

«Leibniz ZOO jungle» (100 g),



«Leibniz ZOO country» (100 g),

«Leibniz ZOO original» (100 g),

«Leibniz Minis butter biscuit» (100 g),

«Leibniz Minis choco» (100 g),

и 9 упаковок продукции производства Ответчика «Кременкульское», а именно:

«Сливочное» (180 г),

«В глазури» (230 г),

«ЗООХРУМ в глазури» (200 г),

«ЗОО хрум» (300 г),

«Мини со вкусом сыра» (300 г),

«МИНИ в глазури» (200 г),

«Сэндвич со сливочной начинкой» (250 г),

«Сэндвич с клубничной начинкой» (250 г),

«К кофе. Печенье Сахарное» (150 г).

В письме ФАС России от 24.12.2015 № ИА/74666/15 «О применении «четвертого антимонопольного пакета» указано, что индивидуализировать продукцию могут как обозначения, не зарегистрированные в качестве товарных знаков, так и общий внешний вид, элементы оформления упаковки и другие средства. При смешении продукция хозяйствующего субъекта по тем или иным параметрам настолько напоминает продукцию конкурента, что потребитель способен принять его товар за товар конкурента.

Согласно пункту 7.3.3 приказа ФГБУ ФИПС Руководства по осуществлению административных процедур и действий в рамках предоставления государственной услуги по государственной регистрации товарного знака, знака обслуживания, коллективного знака и выдаче свидетельств на товарный знак, знак обслуживания, коллективный знак, их дубликатов, утвержденного приказом ФГБУ ФИПС от 20.01.2020 № 12, по общему правилу, оценка опасности смешения должна производиться, исходя из вероятного восприятия среднего потребителя, который предполагается в разумной степени информированным и осмотрительным при покупке соответствующих товаров или услуг. В качестве доказательств фактического смешения, как правило, могут быть представлены: результаты социологических опросов, письма и жалобы контрагентов и потребителей, сведения из средств массовой информации и сети Интернет, включая общение потребителей на форумах и в блогах.

Вышесказанное корреспондирует правовой позиции, отраженной в пункте 162 Постановления Пленума ВС РФ № 10 о том, что специальных знаний для установления степени сходства обозначений и однородности товаров не требуется.

Таким образом, для целей рассмотрения дела №074/01/14.6-1857/2020 о нарушении антимонопольного законодательства имеет значение установление восприятия противопоставленных товаров **с точки зрения незаинтересованного в исходе рассмотрения дела среднего потребителя. В связи с чем Заключение ОКЮР может приниматься и оцениваться наряду с такими доказательствами, как результаты социологических опросов и пр.**

Оценив в совокупности все имеющиеся в деле доказательства и обстоятельства, установленные в ходе рассмотрения дела, Комиссия Челябинского УФАС России приходит к выводу о доказанности факта имитации упаковки продукции Заявителя Ответчиком, что подтверждается заключением ОКЮР и заключением фонда «ВЦИОМ».

По мнению Комиссии, упаковки продукции Заявителя и Ответчика производят общее зрительное впечатление, которое обусловлено одинаковым композиционным решением внешнего вида упаковок, одинаковым набором и расположением изобразительных элементов, а также сходным цветовым решением как самой упаковки, там и присутствующих на ней элементов.

Незначительные расхождения (размещение товарного знака «Кременкульское» по свидетельству № 678231 в синем цвете и товарного знака «LEIBNIZ» в синем цвете, то есть фонетическое и смысловое несходство словестных элементов Кременкульское и LEIBNIZ) являются несущественными и не могут исключить риск смешения товаров в рассматриваемых упаковках потребителями, также способны создать у потребителей ощущение, что продукт изготовлен одним и тем же производителем, что потребитель имеет дело с «линейкой» продукции.

При этом Комиссия антимонопольного органа учитывает, что продукция – печенье относится к товарам повседневного спроса и низкой ценовой категории, в связи с чем приобретение такого товара не предполагает высокой степени внимательности и осмотрительности со стороны покупателя, что создает вероятность неосознанного выбора в пользу товара конкурента.

По мнению антимонопольного органа, смешение упаковок продукции Заявителя и Ответчика может произойти и по ряду субъективных критериев: ошибка с учетом остроты зрения потребителя, имеющегося/затраченного на выбор конкретной упаковки товара времени, степени запоминания наименования конкретного продукта и т.п.

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

Из определения недобросовестной конкуренции, содержащегося в пункте 9 статьи 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)-конкурентами;
- быть направлены 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).

В соответствии с пунктом 30 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» при рассмотрении спора о нарушении запрета недобросовестной конкуренции должны быть установлены в совокупности:

- факт осуществления хозяйствующим субъектом действий, способных оказать влияние на состояние конкуренции;
- отличие избранного хозяйствующим субъектом способа конкуренции на рынке от поведения, которое в подобной ситуации ожидалось бы от любого субъекта, преследующего свой имущественный интерес, но не выходящего за пределы осуществления гражданских прав и честной деловой практики;
- направленность поведения хозяйствующего субъекта на получение преимущества, в частности имущественной выгоды или возможности ее извлечения, при осуществлении экономической деятельности за счет иных участников рынка, в том числе посредством оказания влияния на выбор покупателей (потребителей), на возможность иных хозяйствующих субъектов, конкурирующих добросовестно, извлекать преимущество из предложения товаров на рынке, на причинение вреда хозяйствующим субъектам-конкурентам иными подобными способами.

В действиях ООО «Фламинго-маркет» по имитации упаковки продукции Заявителя, в данном случае линейки печенья «Leibniz» при введении в оборот продукции Ответчика, в данном случае печенья «Кременкульское» содержится нарушение пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции».

В рассматриваемых действиях ООО «Фламинго-маркет» содержатся все признаки недобросовестной конкуренции, указанные в пункте 9 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции»:

1. Действия совершены хозяйствующим субъектом-конкурентом, в данном случае, ООО «Фламинго-маркет».

Наличие конкурентных отношений между Заявителем и Ответчиком установлено при рассмотрении дела и подтверждается аналитическим отчетом.

2. Действия ООО «Фламинго-маркет» на получение преимуществ, которые обеспечивают ему возможность увеличить размер получаемой прибыли по отношению к уровню прибыли при воздержании от указанных действий.

Под направленностью действий хозяйствующего субъекта на получение преимуществ в предпринимательской деятельности понимается их объективная способность предоставить хозяйствующему субъекту такие преимущества. При этом сами преимущества означают, такое превосходство над конкурентами, которое обеспечивает возможность увеличить размер получаемой прибыли по отношению к уровню прибыли при воздержании от указанных действий. То есть, действия хозяйствующих субъектов могут считаться направленными на получение преимуществ, если они позволяют хозяйствующим субъектам увеличить получаемую прибыль, либо предотвратить ее неизбежное снижение.

Приобретение преимуществ перед конкурентами возможно посредством воздействия на потребителей, что, в свою очередь, обеспечивает увеличение объема реализации товара.

Одновременное присутствие продукции Заявителя и спорной продукции Ответчика было выявлено в трех магазинах города Челябинска: «Ашан» (ул. Труда 203), «Золотая подкова» (ул. Энтузиастов 12), «Теорема» (Комсомольский пр-т 65), что подтверждается фотоматериалами, представленными Заявителем.

Так, печенье Заявителя «Leibniz ZOO» и печенье Ответчика «КРЕМЕНКУЛЬСКОЕ ЗООХРУМ» размещены на одной полке, на одном торговом стеллаже магазина торговой сети «Ашан»; печенье Заявителя «Leibniz PETIT BEURRE» /«Leibniz BUTTER BISCUIT» и «КРЕМЕНКУЛЬСКОЕ СЛИВОЧНОЕ» также одновременно присутствуют в магазине «Ашан» и размещены на соседних полках; в магазине «Золотая подкова» одновременно присутствуют разные виды печенья Ответчика, представлены «КРЕМЕНКУЛЬСКОЕ В ГЛАЗУРИ» и «КРЕМЕНКУЛЬСКОЕ ЗООХРУМ», а также печенье Заявителя «Leibniz ZOO»; в магазине «Теорема» имеются в наличии практически все виды печенья Ответчика (включая «КРЕМЕНКУЛЬСКОЕ СЛИВОЧНОЕ» и «КРЕМЕНКУЛЬСКОЕ ЗООХРУМ»), на том же стеллаже, полкой выше размещено печенье Заявителя «Leibniz PETIT BEURRE», «Leibniz ZOO» и «Leibniz MINIS».

Также выявлено присутствие продукции Заявителя и спорной продукции Ответчика в разных магазинах, находящихся в непосредственной близости друг от друга, например: «Лента» (ул. Бр.Кашириных, 75) и «Перекресток» (ул. Игуменка, 22, пр. Ленина 64 д, ул. Бр. Кашириных 99 А), где реализуются товары Заявителя; «Магнит» (ул. Гражданская, 5 и ул. Кирова 149) и продуктовый магазин ИП Баимухаметова Е.А. (ул. К.Маркса, 72 А), где реализуются товары Ответчика.

Одновременное присутствие продукции Заявителя и спорной продукции Ответчика усматривается и из фотомониторинга, направленного представителем Ответчика дистрибьютеру Заявителя - ООО «Молочный мир» по электронной почте, сведения о котором представлены Заявителем в материалы дела.

В данном случае, преимущество, полученное в результате акта недобросовестной конкуренции связано и с изменением в потребительском спросе.

Согласно правовой позицию Суда по интеллектуальным правам, изложенной в постановлении от 04.08.2017 по делу №СИП-427/2016 является неправомерным довод о том, что разные ценовые категории товаров и ограниченный круг потребителей продукции компании-правообладателя исключают возможность смешения на рынке. Суд отметил, что при высокой степени сходства обозначений и однородности товаров, введение в заблуждение потребителей происходит не

потому, что потребитель принимает более дешевый товар за дорогостоящий, а потому что воспринимает его как продолжение линейки товаров одного изготовителя, как более дешевый аналог известного дорогостоящего продукта.

Так, заявитель считает, что продукция Ответчика может быть воспринята как более дешевая продукция Заявителя.

Ответчик полагает, что продукция обеих марок ориентирована на разные группы потребителей и не может быть признана взаимозависимым продуктом.

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 элементов дизайна его упаковки.

Материалами дела подтверждено, что Заявитель начал производить и реализовывать продукцию в рассматриваемой в настоящем деле упаковке («Leibniz butter biscuit», «Leibniz cocoa biscuit», «Leibniz wholemeal biscuit», «Leibniz ZOO jungle», «Leibniz ZOO country», «Leibniz ZOO original», «Leibniz Minis butter biscuit», «Leibniz Minis choco») раньше, чем Ответчик ввел в оборот упаковку продукции «Кременкульское» («Сливочное», «В глазури», «Сахарное», «ЗООХРУМ в глазури», «ЗООХРУМ», «ЗОО хрум», «Мини со вкусом сыра», «Мини в глазури», «Сэндвич со сливочной начинкой», «Сэндвич с клубничной начинкой», «К кофе»).

Материалами дела подтверждено, что Заявителем с 2007 года были затрачены средства на продвижение продукции «Leibniz» на территории Российской Федерации (программы скидок в ходе промо-акций согласно писем дистрибьютеров Заявителя, каталоги Заявителя за 2018-2020 гг. со сведениями о скидках на продукцию «Leibniz»).

Ответчик, вводя в оборот продукцию «Кременкульское» в 2018 году в новой упаковке с товарным знаком «Кременкульское» по свидетельству № 678231, с дизайном упаковки, сходной с дизайном упаковки Заявителя, на повышение узнаваемости потребителями которой с 2007 года Заявителем вкладывались денежные средства, получил незаслуженное конкурентное преимущество на рынке.

В материалах дела отсутствуют сведения о затратах, понесенных Ответчиком в связи с продвижением и рекламированием своих товаров.

Из представленных заявителем скрин-шотов Интернет-сайта otzovik.com от 31.02.2020 с отзывами потребителей, усматривается, что изложено мнение потребителя относительно печенья «Кременкульское»: «...упаковку сделали очень похожей на Leibniz butter biscuit...».

Комиссия Челябинского ФАС России обращает внимание, что, учитывая разнообразие линеек продукции – печенье разных производителей, линейки данной продукции являются сходными только у Заявителя и Ответчика.

При наличии неограниченных возможностей выбора оригинальных вариантов дизайна упаковки, Ответчик при оформлении своей продукции выбрал

совокупность элементов дизайна, максимально приближенных к дизайну Заявителя, а именно: цвет, шрифт, форма упаковки, объем и содержание блоков информации на упаковке.

Согласно позиции Конституционного суда РФ, выраженной в определении от 01.04.2008 № 450-0-0, определение понятия «недобросовестная конкуренция», приведенное в пункте 9 статьи 4 Закона «О защите конкуренции», подлежит обширному толкованию и связано в многообразии форм и методов недобросовестной конкуренции, не все из которых могут прямо противоречит законодательству или обычаям делового оборота.

3. Действия ООО «Фламинго-маркет» противоречат требованиям законодательства Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости.

Под законодательством Российской Федерации понимается прежде всего Конституция и законодательные акты Российской Федерации.

В силу части 4 статьи 15 Конституции Российской Федерации международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. СССР подписал Конвенцию 12.10.1967. Кроме этого, согласно статье 15 Конституции общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Следовательно, в данном случае следует понимать и нормы международных договоров, в том числе Конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883 (далее – Парижская конвенция по охране промышленной собственности).

Российская Федерация как правопреемник СССР является государством участником конвенции (часть 3 статьи 1 Федерального закона от 15.07.1995 № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»).

Согласно параграфу 2 статьи 10 bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности актом недобросовестной конкуренции считается **всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах.**

Запрет ведения деятельности, направленной на недобросовестную конкуренцию, установлен в целях обеспечения хозяйствующим субъектам справедливых (равных) возможностей в осуществлении деятельности на соответствующих товарных рынках, а также в целях защиты потребителей от искажения их поведения в результате использования недобросовестных коммерческих практик со стороны хозяйствующих субъектов.

Нарушение данного запрета при вступлении хозяйствующих субъектов в договорные отношения с потребителями рассматривается как недозволенный способ ведения конкуренции и выход за пределы осуществления гражданских прав (абзац второй пункта 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Согласно части 1 статьи 10 ГК РФ не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

Согласно пункту 3 статьи 1 ГК РФ при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно.

В силу пункта 4 статьи 1 ГК РФ никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения.

Таким образом, противоречие требованиям законодательства 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 и статьи 10 ГК РФ.

Согласно статье 5 ГК РФ обычаем делового оборота признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. При этом обычаи делового оборота применяются, если они не противоречат положениям действующего законодательства или договору.

В то же время термины «добропорядочность», «разумность», «справедливость» действующим законодательством не определены, в связи с чем эти термины следует применять в соответствии с их общим значением в русском языке.

Термин «добропорядочный» толкуется как приличный, достойный одобрения, порядочный, а термин «порядочный», в свою очередь, как честный и соответствующий принятым правилам поведения (Толковый словарь русского языка под ред. С.И. Ожегова и Н.Ю. Шведовой - М., 1997).

Добросовестность (добропорядочность) позволяет установить, осуществлено ли рассматриваемое поведение в допустимых пределах осуществления гражданских прав; выход за допустимые пределы будет рассматриваться в качестве недобросовестного (недобропорядочного).

Категории «разумность» и «справедливость» отражают различные моральные принципы, при этом, данные принципы должны распространяться на предпринимательскую деятельность.

Разумность позволяет установить соответствие поведения определенного хозяйствующего субъекта деперсонализированным стандартам ожидаемого поведения любого участника гражданского оборота; очевидное отклонение поведения такого участника будет свидетельствовать о неразумности.

Справедливость означает наличие равных возможностей для участия в гражданском обороте; несправедливость будет выражаться в создании необоснованных условий реализации контрагентами своих гражданских прав.

Обычаем признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области

предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.

Поведение по имитации упаковки продукции конкурента противоречит требованиям добросовестности и является недобросовестным, неразумным и несправедливым по отношению к Заявителю, его дистрибьютерам и потребителям. Такие действия нельзя признать обычной потребностью бизнеса и вошедшей в деловой оборот практикой введения в заблуждение потребителей, в любом случае осуществляющим выбор между несколькими производителями, являются нечестным методом ведения бизнеса.

4. Действия ООО «Фламинго-маркет» способны нанести убытки Заявителю. Для признания действий хозяйствующего субъекта недобросовестной конкуренцией достаточно одной лишь возможности наступления таких последствий, и доказательств реального вреда не требуется.

Под убытками статья 15 ГК РФ понимает расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

В данном случае ущерб, наступающий в результате недобросовестной конкуренции, заключается в упущенной выгоде.

Также следует учитывать, что копирование или имитация товара нарушителем в некоторых случаях могут повлечь не только (и не столько) перераспределение спроса на рынке, но угрожают деловой репутации бизнеса заявителя в случае, если Ответчиком не поддерживаются требования к качеству продукции, на которые рассчитывает потребитель, введенный в заблуждение фактом копирования элементов индивидуализации другого участника рынка.

Ссылку Ответчика на решение суда по интеллектуальным правам № СИП-703/2020 по возражению компании Балзэн на решение об отказе в регистрации товарного знака (подана заявка на регистрацию объемного обозначения – упаковки) и на заключение Роспатента по результатам рассмотрения возражения Комиссия не принимает, поскольку предметом рассмотрения настоящего дела являются не средства индивидуализации Заявителя и Ответчика (товарные знаки), а упаковка продукции. Товары могут повлечь смешение и при различительной способности товарных знаков Заявителя и Ответчика, но с наличием имитации упаковки.

Заключение об обстоятельствах дела в порядке статьи 48.1 Федерального закона «О защите конкуренции» принято 14 мая 2021 года, получено сторонами по делу.

**От Заявителя** поступили **письменные пояснения** вх. № 9091-ЭП/21 от 01.07.2021 на заключение об обстоятельствах дела, в которых указано следующее.

1) Заявитель обнаружил две ошибки технического характера (опечатки) которые просит устранить, в частности указано, что:

ЗАО «ДЕНДИ» продукция «Leibniz» была реализована на общую сумму **87 551 879**



**рублей, тогда как правильно 87 518 977 рублей,**

не отражено, что Заявитель является также правообладателем товарного знака «ZOO» по международной регистрации №555093 (дата приоритета 25.05.1990, дата регистрации 25.05.1990).

2) В заключении не отражен комментарий Ответчика для средства массовой информации, доводы Заявителя о присутствии на рынке примеров упаковок иных цветов без имитации упаковок конкурентов, о имитации Ответчиком индивидуализирующих элементов упаковок продукции Заявителя;

3) на упаковке печенья «300 хрум» Ответчика элемент «300» графически и колористически выполнен точно также, как элемент «ZOO» на упаковке печенья «Leibniz ZOO» Заявителя (последний воспроизводит товарный знак Заявителя № 682340). Так, обозначения «300» и «ZOO» выполнены схожими видами оригинального шрифта с эффектом объема; первая и третья буквы сравниваемых обозначений расположены немного выше по отношению ко второй букве и немного ее перекрывают соответственно с левой и правой сторон; буквы в обозначениях выполнены в красном, зеленом и синем цветах с белой окантовкой.

4) действия Ответчика по регистрации товарного знака №678231 имели направленность на получение необоснованных преимуществ за счет известности и узнаваемости продукции Заявителя, и были осуществлены с целью обеспечения большей защищенности Ответчика при последующем использовании логотипа на спорной упаковке продукции.

Относительно **доводов Заявителя** Комиссия отмечает следующее.

Довод 1 принят во внимание, в решении описка «87 551 879» заменена на «87 518 977», добавлена информация о товарном знаке «ZOO» по международной регистрации №555093 Заявителя.

Довод 2 Заявителя Комиссией принят во внимание и в решении отражен в письменных пояснениях Заявителя.

Доводы 3, 4 Заявителя Комиссией не приняты во внимание, поскольку вопрос регистрации Ответчиком товарных знаков уже был рассмотрен ФАС России, признаки нарушения антимонопольного законодательства не выявлены, о чем изложено в письме исх. № АК/39229/20 от 12.05.2020. В связи изложенным Комиссия считает нецелесообразным давать оценку доводу Заявителя о сходстве элемента «300» упаковки Ответчика с товарным знаком Заявителя «ZOO» по свидетельству № 682340, поскольку в настоящем деле не рассматривается вопрос использования Ответчиком товарных знаков Заявителя или сходных с ними обозначений.

От Ответчика поступили письменные пояснения на заключение об обстоятельствах дела, в которых указано следующее.

1) спорные упаковки выпускаемых печений Ответчика постоянно видоизменяются, соответствуют фирменному стилю ООО «Фламинго-маркет», что исключает понятие имитации. Материалы дела не содержат доказательств имитации Ответчиком упаковок продукции Заявителя.

2) непонятно какой конкретно упаковке продукции Заявителя осуществлено

подражание Ответчиком;

3) Заявитель не представил внешний вид упаковки продукции за 2007 год, имеющиеся в деле товарные накладные не содержат внешнего вида упаковки Заявителя, как и доказательств ее введения в оборот ранее Ответчика.

4) служебное задание Ответчика от 10.10.2017 года было не только на разработку дизайна упаковки, а касалось всего фирменного стиля Ответчика в целом, что опровергает выводы о направленности действий по имитации упаковки. Ответчик использует на упаковке свои товарные знаки, свой дизайн и графику, шрифты, отличные от шрифтов Заявителя, коммерческое обозначение «Кременкульское» на кириллице, географическое указание п. Кременкуль, что исключает введение в заблуждение потребителей;

5) представленные Ответчиком доказательства отсутствия имитации – заключения, исследования, соцопрос и пр. Комиссией необоснованно не приняты во внимание, при этом сторонам не предложено проведение экспертизы, назначенной антимонопольным органом.

**Доводы Ответчика** Комиссией не принимаются по следующим основаниям.

1) Доказательствами имитации упаковок продукции Заявителя и Ответчика являются:

результаты социологического исследования фонда ВЦИОМ,

заключение ОКЮР.

2) При рассмотрении дела факт имитации Комиссией установлен в отношении 8 упаковок продукции производства Заявителя:

«Leibniz butter biscuit» (200 g),

«Leibniz cocoa biscuit» (200 g),

«Leibniz wholemeal biscuit» (200 g),

«Leibniz ZOO jungle» (100 g),

«Leibniz ZOO country» (100 g),

«Leibniz ZOO original» (100 g),

«Leibniz Minis butter biscuit» (100 g),

«Leibniz Minis choco» (100 g) (Товары 1) ,

9 упаковками продукции производства Ответчика «Кременкульское», разработанной на основании служебного задания от 01.11.2017, а именно:

«Сливочное» (180 г),

«В глазури» (230 г),

«ЗООХРУМ в глазури» (200 г),

«ЗОО хрум» (300 г),

«Мини со вкусом сыра» (300 г),

«МИНи в глазури» (200 г),

«Сэндвич со сливочной начинкой» (250 г),

«Сэндвич с клубничной начинкой (250 г),

«К кофе. Печенье Сахарное» (150 г) (Товары 2).

В связи с этим доводы Ответчика о том, что ему непонятно об имитации каких упаковок Заявителя и Ответчика идет речь в рассматриваемом деле, не принимаются.

Оносительно уточненных доводов Заявителя о признании факта имитации продукции Заявителя всей линейкой продукции Ответчика, перечисленной в письменных пояснениях вх. № 9688-ЭП/21 от 14.07.2021, Комиссия отмечает следующее.

Указанные Заявителем упаковки продукции «Кременкульское»: «Крекер с луком», «Крекер со вкусом сметаны и укропа», «Сэндвич с какао начинкой», «Сказ от Марии» не были объектом, имеющих в деле, заключений, исследований и пр.

В связи с этим Комиссия при вынесении решения принимает во внимание упаковки продукции Заявителя и Ответчика, поименованные в заключении ОКЮР как Товары 1 и Товары 2 соответственно.

3) Челябинское УФАС России запросило у Заявителя документы, подтверждающие внешний вид упаковок продукции Заявителя, введенной в оборот до 2017 года (ранее продукции Ответчика).

Заявитель представил копии каталогов, рекламных буклетов и журналов за 2011 - 2017 годы:

рекламных буклетов торговой сети «Авоська» с информацией о скидках на продукцию на 01 - 15 сентября 2011 и на 01 - 15 ноября 2011 (содержат изображение упаковки печенья «Leibniz Minis Choco»);

рекламного буклета торговой сети «Авоська» с информацией о скидках на продукцию на 16 сентября - 02 октября 2011 (содержит изображение упаковки печенья «Leibniz butter biscuit»);

рекламного буклета торговой сети «Авоська» с информацией о скидках на продукцию на 01 - 14 декабря 2011 (содержит изображение упаковки печенья «Leibniz ZOO»);

рекламного буклета торговой сети «Авоська» с информацией о скидках на продукцию на 15-28 февраля 2012 (содержит изображение упаковки печенья «Leibniz ZOO»);

рекламного буклета торговой сети «Авоська» с информацией о скидках на продукцию на 30 апреля - 15 мая 2012 (содержит изображение упаковки печенья

«Leibniz butter biscuit»);

рекламного буклета торговой сети «Огни столицы» с информацией о скидках на продукцию на 01 - 15 сентября 2013 (содержит изображения упаковок печенья «Leibniz MINIS butter biscuit», «Leibniz MINIS choco»);

рекламного журнала торговой сети «SPAR» за май 2014 (содержит изображения упаковок печенья «Leibniz ZOO original», «Leibniz ZOO jungle» и др.);

каталога с информацией о скидках на продукцию «Leibniz» за апрель - май 2014 (содержит изображения упаковок печенья «Leibniz butter biscuit», «Leibniz Petit Beurre» и др.);

каталога с информацией о скидках на продукцию «Leibniz» за апрель - май 2016 (содержит изображения упаковок печенья «Leibniz butter biscuit», «Leibniz ZOO original», «Leibniz Minis wholemeal» и др.);

каталога с информацией о скидках на продукцию «Leibniz» за июнь - июль 2016 (содержит изображения упаковок печенья «Leibniz butter biscuit», «Leibniz wholemeal butter biscuit», «Leibniz ZOO original», «Leibniz ZOO jungle animals», «Leibniz ZOO country», «Leibniz Minis wholemeal»);

каталога с информацией о скидках на продукцию «Leibniz» с 01.06.2017 (содержит изображения упаковок печенья «Leibniz butter biscuit», «Leibniz wholemeal butter biscuit», «Leibniz Petit Beurre», «Leibniz ZOO original», «Leibniz MINIS butter biscuit», «Leibniz MINIS choco» и др.);

каталога с информацией о скидках на продукцию «Leibniz» за ноябрь - декабрь 2017 (содержит изображения упаковок печенья «Leibniz butter biscuit», «Leibniz wholemeal butter biscuit», «Leibniz Petit Beurre», «Leibniz ZOO original», «Leibniz ZOO jungle», «Leibniz ZOO country», «Leibniz MINIS butter biscuit», «Leibniz MINIS choco»).

Кроме того, изображение внешнего вида упаковок продукции Заявителя, введенной в оборот с 2007 года, содержится:

в информационных письмах дистрибьютеров Заявителя - ООО «Сервисная компания «Молочный Мир» исх. № 196 от 17.03.2020, ООО «Торговая компания ИНАГРО» исх. № И10/20 от 17 марта 2020 года, ЗАО «Денди» исх. № 54 от 11.03.2020 («Leibniz butter biscuit» и «Leibniz ZOO original»);

в сводной таблице по объемам ввоза продукции «Leibniz» в Российскую Федерацию в 2007-2017 годы с указанием наименования в инвойсе, изображения продукции, штрих-кода;

представленные Заявителем товарные накладные за указанный период содержат, в том числе наименования в инвойсе и штрих коды, согласно которым можно идентифицировать продукцию.

С учетом изложенного, Челябинское УФАС России считает доказанным факт введения Заявителем продукции в сравниваемой упаковке ранее Ответчика.

4) По мнению Комиссии, тот факт, что названия Товаров 1 и 2, «Leibniz» и «Кремнкульское» отличаются графически и фонетически, не влияет на сходство

упаковок. Присутствуют все обстоятельства, повышающие вероятность смешения товаров Заявителя и Ответчика. Налицо наличие серии (линейки) Товаров 2 «Кременкульское», элементы которых выполнены в сходном дизайне и с использованием композиционных и цветовых решений сходных до степени смешения с аналогичными элементами серии (линейки) Товаров 1 «Leibniz».

5) Представленные Ответчиком доказательства отсутствия имитации – заключения, исследования и пр. делают **акцент на** товарных знаках «Leibniz» и Кременкульское» в отрыве от общего зрительного впечатления всей упаковки.

Однако, упаковка товара является неразрывной совокупностью составляющих ее элементов, а именно: формы упаковки, ее цвета, фактуры, вида этикетки (форма, цветовое, графическое и изобразительное решения) и ее расположения, наименования. Сочетание всех перечисленных элементов формирует в результате зрительный образ товара, который запоминает потребитель, и на который он в дальнейшем ориентируется, осуществляя свои привычные покупки.

Цель подобных заключений не позволяет рассматривать их в качестве объективного свидетельства, поскольку указанные документы представляют собой мнение одного лица, высказывавшего свое профессиональное суждение по поставленному вопросу.

В силу части 1 статьи 42.1. Закона о защите конкуренции при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства **комиссия вправе** по ходатайству лиц, участвующих в деле, или по собственной инициативе привлекать экспертов.

В силу части 3 статьи 42.1 Закона о защите конкуренции кандидатуры экспертов и круг вопросов, по которым требуется заключение эксперта, определяются комиссией.

Таким образом, привлечение к участию в деле эксперта **является правом**, а не обязанностью Комиссии, в связи с этим доводы Ответчика о том, что антимонопольным органом не предложено проведение экспертизы сторонам по делу являются несостоятельными.

Признаком недобросовестной конкуренции, указанным в ее определении, является вероятность причинения вреда другому хозяйствующему субъекту-конкуренту. Такой вред может выражаться в убытках, которые терпит конкурент (упущенная выгода), и/или в ущербе его деловой репутации. Для признания действий хозяйствующего субъекта недобросовестной конкуренцией **достаточно одной лишь возможности наступления таких последствий, и факта причинения реального ущерба, а также исчисления его размера не требуется.**

Статья 15 ГК РФ и часть 3 статьи 37 Закона о защите конкуренции позволяют пострадавшему от нарушения антимонопольного законодательства лицу взыскать как реальный ущерб, так и упущенную выгоду.

В соответствии с разъяснением Президиума ФАС России от 11.10.2017 № 11 «По определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства» указанные разъяснения могут быть использованы в целях определения размера ущерба, причиненного нарушениями антимонопольного законодательства, как обстоятельства, отягчающего в

установленных законом случаях административную ответственность (статьи 14.31, 14.31.2, 14.32, 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях).

Согласно Постановлению Конституционного Суда РФ от 24.06.2009 № 11-П необходимым элементом общего понятия состава правонарушения и предпосылкой возложения юридической ответственности является вина привлекаемого к ней лица. Административный орган не может ограничиваться формальной констатацией лишь факта нарушения установленных законом правил, не выявляя иные связанные с ним обстоятельства, в том числе наличие или отсутствие вины соответствующих субъектов.

Действующее законодательство определяет вину юридического лица (как субъекта административного правонарушения, не обладающего возможностью психического отношения к совершенному противоправному деянию) как наличие у него возможности для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, и непринятии всех зависящих от него мер по их соблюдению. Следовательно, в отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения норм законодательства, но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Действия ООО «Фламинго-маркет» по введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации продукции печенье «Кременкульское» (Товары 2) имитирующей линейку продукции компании Бальзен ГмБХ унд Ко. КГ печенья «Leibniz» (Товары 1) с нарушением пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции» образуют состав административного правонарушения по статье 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Доказательства, свидетельствующие о принятии ООО «Фламинго-маркет» всех зависящих от него мер для соблюдения правил и норм, за нарушение которых антимонопольным законодательством предусмотрена ответственность по статье 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, отсутствуют.

Материалами дела опровергается тот факт, что вменяемое ООО «Фламинго-маркет» нарушение антимонопольного законодательства было вызвано чрезвычайными, объективно непредотвратимыми обстоятельствами и другими непредвидимыми, непредотвратимыми препятствиями, находящимися вне контроля данного юридического лица, при соблюдении ими той степени заботливости и осмотрительности, какая требовалась от него в целях надлежащего исполнения обязанностей по соблюдению требований антимонопольного законодательства.

Учитывая изложенное, Комиссия считает вину ООО «Фламинго-маркет» в нарушении пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции» установленной.

Согласно поручению Федеральной антимонопольной службы (далее – ФАС России) № СП/67357/17 территориальным управлениям при производстве по делам о нарушении антимонопольного законодательства необходимо

устанавливать размер выручки хозяйствующего субъекта, в действиях (бездействии) которого установлены признаки нарушения антимонопольного законодательства.

В рамках приоритетного проекта «Реформа контрольно-надзорной деятельности» и исполнения Сводного плана Приоритетного проекта «Внедрение системы оценки результативности и эффективности контрольно-надзорной деятельности», утвержденного протоколом заседания проектного комитета от 21 февраля 2017 года № 13(2), для оценки эффективности и результативности контрольно-надзорной деятельности антимонопольным органом рассчитывается показатель группы «А» «Показатели результативности, отражающие уровень безопасности охраняемых законом ценностей, выражающийся в величине причинения им вреда (ущерба)».

Показатель группы «А» «Причиненный ущерб, в результате злоупотребления хозяйствующими субъектами доминирующим положением, соглашений (картелей) и

согласованных действий, сговоров на торгах, фактов недобросовестной конкуренции, выявленных и пресеченных в результате действий антимонопольного органа» (далее — показатель «А») рассчитывается следующим образом:

- E – Причиненный ущерб, в результате злоупотребления хозяйствующими субъектами доминирующим положением, соглашений (картелей) и согласованных действий, сговоров на торгах, фактов недобросовестной конкуренции, выявленных и пресеченных в результате действий антимонопольного органа, млн. руб.;

- 0.1 - снижение цены в результате вмешательства антимонопольного органа;

- Q - объем выручки хозяйствующего субъекта, в действиях (бездействии) которого установлены признаки нарушения антимонопольного законодательства, либо объем закупки (начальная максимальная цена, для нарушений связанных со сговором на торгах или порядком их проведения), млн. руб.;

- t - временной интервал существования нарушения, (должен составлять не менее одного года или срок существования товарного рынка, если он составляет менее чем один год).

Согласно отчету о финансовых результатах за январь – декабрь 2019 года выручка ООО «Фламинго-маркет» составила 652 957 000 рублей.

Согласно отчету о финансовых результатах за январь – декабрь 2020 года выручка ООО «Фламинго-маркет» составила 679 078 000 рублей.

$A = 0.1 * 679\,078\,000 * 1 = 67\,907\,800,0$  рублей или 67 907, 8 тысяч рублей

Определенный в соответствии с данными рекомендациями ущерб не может быть применен для целей взыскания убытков с нарушителей антимонопольного законодательства в судебном порядке.

Согласно постановлению Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» антимонопольный орган не вправе в рамках своей компетенции разрешать гражданско-правовые споры хозяйствующих

субъектов. В частности, он не полномочен защищать субъективные гражданские права потерпевшего от такого нарушения путем вынесения предписания нарушителю о возмещении понесенных убытков.

Согласно части 1 статьи 50 Федерального закона «О защите конкуренции» по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства на основании решения по делу комиссия выдает предписание ответчику по делу.

ООО «Фламинго-маркет» в письменных пояснениях вх. № 9087-ЭП/21 от 01.07.2021 указало, что печенье в упаковке «Кременкульское ЗОО хрум» производилось всего 3,5 месяца, с декабря 2017 года по март 2018 года, «Кременкульские мини» в январе 2018 года выведено из ассортимента. В марте 2021 года было принято решение о разработке нового дизайна упаковки печенья «Кременкульское» - «Сливочное» и «ЗООХРУМ». Упаковка старого образца отсутствует, остатки упаковки утилизированы.

ООО «Фламинго-маркет» в дополнительных письменных пояснениях б/н от 14.07.2021 указало следующее.

По результатам акта о выполнении служебного задания от 01.11.2017 в 2018 году была разработана и введена в оборот упаковка продукции «Кременкульское»: «ЗООХРУМ», «Сливочное», «Мини со вкусом сыра», «в глазури», «Крекер со вкусом сыра», «Крекер с луком», «Крекер со вкусом укропа и сметаны», «Сахарное», «К кофе с ароматом топленого молока». Упаковка образца 2018 года по всей линейки продукции «Кременкульское» выведена из оборота и отсутствует на рынке.

В 2018-2019 года из ассортиментного перечня выведены позиции «Кременкульское»: «Мини со вкусом сыра», «Мини», «Крекер со вкусом сыра».

В марте 2021 года в оборот введена упаковка нового дизайна продукции «Кременкульское»: «ЗООХРУМ», «ЗООХРУМ в глазури», «ЗООХРУМ на сливочном масле», «Сливочное», «В глазури», «Затяжное на сливочном масле», «Затяжное Сказ от Марии», «Сэндвич с клубничной начинкой», «Сэндвич со сливочной начинкой».

Заявитель в письменных пояснениях вх. № 9688-ЭП/21 от 14.07.2021 указал, что сведения о прекращении производства продукции в спорных упаковках и об отсутствии товаров в спорной упаковке на рынке не соответствуют действительности.

Так, 08 июля 2021 года представитель дистрибьютора Заявителя посетил один из продуктовых магазинов в г. Санкт-Петербурге, где обнаружил в продаже продукцию «Кременкульское сливочное» в прежней (т.е. спорной) упаковке, что подтверждается фотоматериалами. Обнаруженная продукция Ответчика размещена на одном торговом стеллаже с продукцией Заявителя. На упаковке указана дата изготовления - 08.04.2021 года. В материалах дела имеется образец печенья в упаковке «Кременкульское ЗОО хрум», дата изготовления - 29.03.2018 года (т. 4, л.д. 41, 56), «Кременкульское Мини», дата изготовления - 24.09.2018 года (т. 4, л.д. 41, 64).

Также по мнению Заявителя, признаки имитации упаковок Заявителя характерны и для нового дизайна упаковок, представленных Ответчиком.



По состоянию на 14 июля 2021 у Комиссии не имеется достаточной информации о прекращении введения в оборот спорной продукции (Товары 2) Ответчика, а именно: «Сливочное» (180 г), «В глазури» (230 г), «ЗООХРУМ в глазури» (200 г), «ЗООХРУМ» (300 г), «Мини со вкусом сыра» (300 г), «МИНИ в глазури» (200 г), «Сэндвич со сливочной начинкой» (250 г), «Сэндвич с клубничной начинкой» (250 г), «К кофе. Печенье Сахарное» (150 г) в упаковке, разработанной на основании служебного задания от 01.11.2017.

Так, остатки продукции в «старом» дизайне достаточно долгий период могут реализовываться в розничных магазинах.

Относительно внесенных в дизайн изменений Комиссия Челябинского УФАС России отмечает следующее.

Цветовое оформление, композиционное построение и использование фоновых элементов упаковок печенья «Кременкульское»: «ЗООХРУМ», «В глазури», «ЗООХРУМ на сливочном масле», «ЗООХРУМ в глазури» не меняют зрительный образ, создаваемый оформлением упаковки товара Ответчика. При сравнении соответствующих пар товаров «Кременкульское» и «Leibniz» необходимо отметить, что прослеживается аналогичное повторение Ответчиком элементов оформления товара Заявителя.

Таким образом, изменения дизайна правомерно рассматривать как минимальные и поверхностные: в целом зрительное впечатление осталось прежним, поскольку все основные элементы оформления товара остались без изменения.

Руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1-4 статьи 41, частью 1 статьи 49 Федерального закона «О защите конкуренции»,

#### РЕШИЛА:

1. Признать действия ООО «Фламинго-маркет», выразившиеся во введении в гражданский оборот на территории Российской Федерации продукции – печенье «Кременкульское» в ассортименте (Товары 2), имитирующей продукцию компании Бальзен ГмБХ унд Ко. КГ печенье «Leibniz» (Товары 1) актом недобросовестной конкуренции, противоречащим пункту 2 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции».

2. Выдать ООО «Фламинго-маркет» предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Челябинского УФАС России для возбуждения дел об административных правонарушениях, предусмотренных статьей 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении ООО «Фламинго-маркет» и его должностного лица.

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

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии <...>

