ответчик: ООО «Торгово-промышленная Компания «Вилон»

ул. Поварская, владение 1,

г. Щелково,

Московская область, 141102

заинтересованное лицо:

ООО «Мираторг Запад»

ул. Совхозная, д. 12,

п. Невское, Гурьевский район,

Калининградская область, 238324

заявитель: ООО «Торговая компания «Мираторг»

б-р Кавказский, д. 57,

г. Москва, 115516

Центральный микрорайон,

территория «Трио-Инвест»-Ям»,

г. Домодедово,

Московская область, 125047

лицо, располагающее сведениями о

рассматриваемых

комиссией обстоятельствах:

ООО «Брянская мясная компания»

ул. Белгородская, д. 2,

п. Прогресс, Трубчевский р-н, Брянская обл., 242221

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 08-21/42-17

«29» июня 2020 г. г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «25» июня 2020 г.

В полном объеме решение изготовлено «29» июня 2020 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Московской области (далее — Комиссия) по рассмотрению дела № 08-21/42-17 о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

Председатель Комиссии:	<…> — заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Московской области (далее — Управление);
Члены Комиссии:	<…> — начальник отдела контроля за рекламной деятельностью и недобросовестной конкуренцией Управления;
	<…> — специалист 1 разряда отдела контроля за рекламной деятельностью и недобросовестной конкуренцией Управления,

рассмотрев в порядке пересмотра на основании постановления

Девятого арбитражного апелляционного суда от 06.02.2020 по делу № А40-195272/2018 решение по делу № 08-21/42-17 по признакам нарушения
пунктов 1, 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), выразившегося в производстве и реализации под брендом «Сытоедов» мясных полуфабрикатов линеек «Котлеты говяжьи», «Котлеты домашние», «Котлеты куриные» с использованием при оформлении их упаковок художественных решений, сходных до степени смешения с художественными решениями, использованными при оформлении упаковок мясных полуфабрикатов линеек товаров «Томленое мясо» и «Бургеры», дистрибьютором которых является ООО «Торговая компания «Мираторг», а также в незаконном использовании ООО «Торгово-промышленная Компания «Вилон» обозначений, сходных до степени смешения с товарными знаками № 622410 по свидетельству от 05.07.2017, № 619066 по свидетельству от 06.06.2017, № 624333 по свидетельству от 07.07.2016, № 622417 по свидетельству от 05.07.2017, № 646181 по свидетельству от 27.02.2018, правообладателем которых является ООО «Мираторг Запад»,

УСТАНОВИЛА:

В Московское областное УФАС России поступило обращение
ООО «Торговая компания «Мираторг» (далее — ООО «ТК «Мираторг», Заявитель) (вх. № 5685 от 02.05.2017) о признаках нарушения пункта 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции в действиях ООО «Торгово-промышленная Компания «Вилон» (далее — ООО «ТПК «Вилон», Ответчик), выразившихся во введении в гражданский оборот мясных полуфабрикатов под брендом «Сытоедов», а именно линейки товаров «Котлеты говяжьи», «Котлеты домашние», «Котлеты куриные» (далее — товары «Сытоедов»), внешний вид и цветовая гамма упаковок которых (далее — Спорная упаковка) имитирует внешний вид и фирменный стиль (далее — Спорный внешний вид) упаковок мясных полуфабрикатов линеек товаров «Томленое мясо» и «Бургеры» (далее — товары «Мираторг»), вводимых в оборот Заявителем.

Согласно обращению, Заявитель является торговым предприятием Агропромышленного холдинга «Мираторг» (далее — Холдинг) — одного из ведущих производителей и поставщиков мясных полуфабрикатов и готовых блюд на российском рынке,

осуществляющего полный цикл производства мясных полуфабрикатов для российского потребителя. Заявителем создана обширная сбытовая сеть, которая насчитывает более 16 000 клиентов, в том числе все крупнейшие розничные сети, ведущие мясоперерабатывающие предприятия и предприятия общественного питания Москвы, Санкт-Петербурга, Калининграда, Екатеринбурга и других российских городов. В свою очередь, Ответчик является производителем мясных полуфабрикатов и готовых блюд, в ассортимент которого входят полуфабрикаты и замороженные продукты питания быстрого приготовления.

Заявитель в своем обращении указывает, что в марте 2015 года благодаря инвестициям Холдинга был разработан фирменный стиль дизайна упаковок товаров «Томленое мясо». В оформлении упаковок был использован черно-угольный фон (имитирующий сланцевую породу/графитную доску/поверхность чугунной посуды/сковороды, на которой хаотично расположены перец/соль/отдельные виды овощей — помидоров черри, зелени, чеснока и пр.) в сочетании с ярко-красными элементами и отдельными белыми элементами.

В июле 2015 года Холдинг начал производство и реализацию через Заявителя линейки мясных полуфабрикатов «Томленое мясо» в указанной упаковке.

В октябре 2015 года были разработаны концепция и дизайн упаковок линейки товаров «Бургеры», которые были выпущены на рынок в январе 2016 года.

С целью привлечения внимания потребителей к товарам «Мираторг» Заявителем с 2015 года осуществлялось их активное продвижение посредством создания и размещения рекламных материалов.

Как указывается Заявителем в обращении, по имеющейся у Заявителя информации, Ответчик впервые ввел в гражданский оборот товары «Сытоедов», дизайн упаковок которых имитирует дизайн упаковок товаров «Мираторг», не ранее июля 2016 года.

К числу сходных элементов внешнего вида упаковок товаров «Сытоедов» и товаров «Мираторг» (далее — Спорные товары) Заявитель относит:

1. Угольно-черный цвет, имитирующий неоднородную сланцевую породу/графитную доску/поверхность чугунной посуды/сковороды в качестве доминирующего цвета упаковки;

2. Преимущественно черный цвет упаковки, в сочетании с яркими красными и белыми элементами;

3. Красный фон оформления логотипа бренда с белыми буквами на нем;

4. Характерный элемент в виде плашки, имитирующей оригинальную манеру исполнения элемента «мелками» на доске либо «мазком» краски;

5. Отдельные продукты (помидоры черри, чеснок, зелень) и мелкие элементы (соль, перец), хаотично расположенные на неоднородной поверхности, стилизованной под черную сланцевую породу/графитную доску/поверхность чугунной посуды/сковороды.

Согласно позиции Заявителя, использование всех вышеуказанных элементов в совокупности обеспечивает значительное сходство общего вида упаковок продукции Заявителя и Ответчика и делает несущественными любые возможные различия в восприятии.

В частности, Заявитель полагает, что наличие на упаковках Спорных товаров незначительных по размеру и семантически нейтральных к продукту индивидуализирующих элементов (товарных знаков) не влияет на фактическую идентификацию потребителями соответствующих продуктов.

К обращению Заявителя приложена копия отчета Фонда содействия изучения общественного мнения «ВЦИОМ» о результатах исследования мнения респондентов о сходстве/различии упаковок мясных полуфабрикатов (котлет, пельменей, наггетсов) «Сытоедов» производства «ТПК Вилон» и однородных товаров (томленого мяса, бургеров, полуфабрикатов и наггетсов) производителя «Мираторг», а также о возможности введения потребителей в заблуждение относительно производителей данной продукции.

Согласно результатам проведенного исследования, высокий процент потребителей (от 70 до 85 процентов опрошенных) считают упаковки Спорных товаров схожими по ассоциациям, внешнему виду, цвету, дизайну и стилю. 55 процентов опрошенных воспринимают товары «Мираторг» и товары «Сытоедов» как единую линейку продукции, выпускаемую одним производителем или двумя связанными между собой производителями. 51 процент респондентов может совершить ошибку при выборе товаров «Мираторг» в пользу товаров «Сытоедов».

В ходе рассмотрения дела № 08-21/42-17 о нарушении

антимонопольного законодательства в Управление поступило ходатайство Заявителя (вх. № 21450/17 от 21.11.2017) о привлечении ООО «Мираторг Запад» (далее — Заинтересованное лицо) в качестве заинтересованного лица к участию в деле в связи с нарушением Ответчиком исключительных прав ООО «Мираторг Запад» на товарные знаки № 622410 по свидетельству от 05.07.2017, № 619066 по свидетельству от 06.06.2017, № 624333 по свидетельству от 07.07.2016, № 622417 по свидетельству от 05.07.2017.

Как указывается Заявителем в ходатайстве, Заинтересованное лицо входит в Холдинг и является производителем товаров «Мираторг».

Помимо этого, в ходе рассмотрения дела № 08-21/42-17 о нарушении антимонопольного законодательства в Управление поступило ходатайство Заявителя (вх. № 8093/18 от 26.03.2018) о дополнении квалификации указанием на нарушение Ответчиком пункта 1 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции, выразившееся в незаконном использовании товарного знака № 646181 по свидетельству от 27.02.2018, исключительные права на который принадлежат Заинтересованному лицу.

Вышеупомянутые ходатайства Заявителя были удовлетворены на заседании Комиссии 29.01.2018, что отражено в определении об отложении рассмотрения дела № 08-21/42-17 (исх. № 08/ДЮ/642 от 01.02.2018).

Также в ходе рассмотрения дела № 08-21/42-17 о нарушении антимонопольного законодательства в Управление поступило ходатайство Заявителя (вх. № 12413/18 от 03.05.2018) о дополнении квалификации указанием на нарушение Ответчиком статьи 14.5 Закона о защите конкуренции, выразившееся в незаконном использовании результатов интеллектуальной деятельности, исключительные права на которые принадлежат Заявителю, а именно произведений дизайна — упаковок товаров «Мираторг».

Ходатайство Заявителя было отклонено на заседании Комиссии 03.05.2018, что отражено в протоколе заседания Комиссии.

В соответствии с позицией Ответчика по делу, в действиях ООО «ТПК «Вилон» отсутствует факт нарушения Закона о защите конкуренции, поскольку Ответчик не использовал переработанный дизайн упаковок линейки товаров «Мираторг». Кроме того, по мнению Ответчика, Спорные товары не являются взаимозаменяемыми, имеют различные свойства хранения и приготовления, а также находятся в

разном ценовом сегменте.

Также согласно пояснениям Ответчика, 22.07.2015 ООО «ТПК «Вилон» провело ребрендинг, после которого вся продукция Ответчика, за исключением товаров категорий «Котлеты» и «Пельмени», приобрела единую бело-красную стилистику. Поскольку черный цвет упаковки воспринимается потребителями как более премиальный, для оформления упаковки товаров категорий «Котлеты» и «Пельмени» был выбран черный фон. При этом все остальные элементы оформления упаковки, а также их расположение были сохранены. Выпуск продукции в Спорной упаковке осуществлялся Ответчиком в период с июля 2016 года по июнь 2017 года. Использование ООО «ТПК «Вилон» Спорной упаковки в вышеуказанный период привело к снижению спроса на продукты категории «Котлеты» и уменьшению прибыли. В связи с маркетинговым провалом Ответчик привел оформление упаковки товаров категории «Котлеты» в соответствие с единой бело-красной стилистикой.

Из пояснений Ответчика следует, что ООО «ТК «Мираторг» использует различные цвета и формы плашки логотипа на своих упаковках, в связи с чем у потребителя не может сформироваться высокой степени узнаваемости какой-то определенной визуализации. По мнению ООО «ТПК «Вилон», внутри категории продуктов «Замороженные котлеты» сходство дизайнов упаковок Заявителя и Ответчика отсутствует.

18.05.2018 Комиссией было принято решение по делу № 08-21/42-17, которым производство по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 08-21/42-17 по признакам нарушения пунктов 1, 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в отношении ООО «Торгово-промышленная компания «Вилон» было прекращено в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых Комиссией действиях.

31.10.2019 Арбитражный суд города Москвы вынес решение по делу № А40-195272/2018, признав решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Московской области от 18.05.2018 по делу № 08-21/42-17 незаконным и обязав Управление Федеральной антимонопольной службы по Московской области устранить допущенное нарушение прав ООО «Торговая компания «Мираторг».

06.02.2020 постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 06.02.2020 решение Арбитражного суда города Москвы от

31.10.2019 по делу № А40-195272/2018 было оставлено без изменения.

На основании постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 06.02.2020 по делу № А40-195272/2018 и в соответствии со статьей 51.2 Закона о защите конкуренции, Комиссия осуществляет пересмотр решения по делу № 08-21/42-17 о нарушении антимонопольного законодательства.

В ходе пересмотра решения по делу № 08-21/42-17 о нарушении антимонопольного законодательства в Управление поступило ходатайство Заявителя (вх. № 23399-ЭП/20 от 09.06.2020) о дополнении квалификации указанием на нарушение Ответчиком статьи 14.5 Закона о защите конкуренции, выразившееся в незаконном использовании Ответчиком результатов интеллектуальной деятельности Заявителя в форме переработки произведений дизайна — упаковок товаров «Мираторг».

Ходатайство Заявителя было отклонено на заседании Комиссии 10.06.2020, что отражено в протоколе заседания Комиссии.

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

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

Согласно пункту 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.

Предметом рассмотрения настоящего дела является производство

и реализация ООО «ТПК «Вилон» товаров «Сытоедов» с использованием при оформлении их упаковок художественных решений, сходных до степени смешения с художественными решениями, использованными при оформлении упаковок товаров «Мираторг», дистрибьютором которых является ООО «ТК «Мираторг», а также незаконное использование ООО «ТПК «Вилон» обозначений, сходных до степени смешения с товарными знаками № 622410 по свидетельству от 05.07.2017, № 619066 по свидетельству от 06.06.2017, № 624333 по свидетельству от 07.07.2016, № 622417 по свидетельству от 05.07.2017, № 646181 по свидетельству от 27.02.2018, правообладателем которых является ООО «Мираторг Запад».

Из материалов дела следует, что в марте и октябре 2015 года был разработан Спорный внешний вид товаров «Мираторг». В линейку товаров «Томленое мясо» входили следующие товары:

— «Оссо Буко из мраморной говядины»;

— «Ребрышки свиные гриль»;

— «Шейка говяжья с пряными травами»;

— «Лопатка свиная с соусом Барбекю»;

— «Грудинка свиная по-домашнему»;

— «Ребрышки свиные с соусом Барбекю»;

— «Чахохбили из курицы»;

— «Тушеная мраморная говядина»;

— «Рулька «к пиву» с медово-горчичным соусом»;

— «Томленая говяжья голяшка с травами»;

— «Телячьи щечки в маринаде»;

— «Ребрышки говяжьи барбекю»;

— «Ребрышки мраморной говядины с соусом Терияки»;

— «Окорок свиной с томатами»;

— «Крылышки куриные с соусом Терияки».

В линейку товаров «Бургеры» входили такие товары, как:

— «Ангусбургер с горчичным соусом»;

— «Чикенбургер со сливочно-грибным соусом»;

— «Чизбургер с сырным соусом»;

— «Бургер с томленой говяжьей шейкой»;

— «Бургер с томленой свиной лопаткой»;

— «Бургер с томленым филе грудки».

Отличительной особенностью рассматриваемых линеек товаров «Мираторг» стал Спорный внешний вид. Полуфабрикаты линейки товаров «Томленое мясо» размещаются в картонной упаковке жесткой конструкции, передняя грань которой имеет прямоугольную форму. В оформлении передней грани упаковки использован черно-угольный фон в сочетании с ярко-красными (помидоры) и зелеными (приправы) элементами. Помимо этого, в оформлении передней грани упаковки используются отдельные мелкие элементы в виде соли и специй. В правой части передней грани упаковки изображен продукт в готовом виде (томленое мясо). Сверху посередине на передней грани упаковки размещено словесное обозначение «Мираторг» белыми печатными буквами на красном фоне прямоугольной формы.

Товары линейки «Бургеры» размещаются в картонной упаковке жесткой конструкции, передняя грань которой имеет квадратную форму. В оформлении передней грани упаковки использован черно-угольный фон в сочетании с ярко-красными и белыми элементами. В левом нижем углу передней грани упаковки изображен продукт в готовом виде (бургер). В правой части передней грани упаковки размещен текстовый блок на светло-песочном фоне прямоугольной формы. В левом верхнем углу передней грани упаковки размещено словесное обозначение «Мираторг» белыми печатными буквами на красном фоне прямоугольной формы.

Как установлено Комиссией, в июле 2015 года Холдинг начал производство и реализацию через Заявителя мясных полуфабрикатов линейки «Томленое мясо». В январе 2016 года Заявителем были введены в гражданский оборот товары линейки «Бургеры». Согласно письменным пояснениям Заявителя, товары «Мираторг», имеющие Спорный внешний вид, выпускались по декабрь 2018 года.

Как следует из материалов дела, признаками Спорного внешнего вида стали:

1. Угольно-черный цвет, имитирующий неоднородную сланцевую породу/графитную доску/поверхность чугунной посуды/сковороды в качестве доминирующего цвета упаковки;

2. Преимущественно черный цвет упаковки в сочетании с яркими красными и белыми элементами;

3. Красный фон оформления логотипа бренда с белыми буквами на нем;

4. Характерный элемент в виде плашки, имитирующей оригинальную манеру исполнения элемента «мелками» на доске либо «мазком» краски;

5. Отдельные продукты (помидоры черри, чеснок, зелень) и мелкие элементы (соль, перец), хаотично расположенные на неоднородной поверхности, стилизованной под черную сланцевую породу/графитную доску/поверхность чугунной посуды/сковороды.

С целью привлечения внимания потребителей к товарам «Мираторг» Заявитель с 2015 года начал их активное продвижение посредством создания и размещения рекламных метериалов. В материалах дела имеется информация о размещении рекламы товаров «Мираторг» в каталогах торговых сетей «Билла», «Перекресток», «Седьмой континент», «Окей» и других в период с октября 2015 года по январь 2017 года, а также копии каталогов торговых сетей «Билла» и «Окей», в которых представлены товары «Мираторг».

Помимо этого, в крупнейших торговых сетях были проведены маркетинговые мероприятия в отношении товаров «Мираторг», что подтверждается имеющимся в материалах дела фотоотчетом по итогам реализации федеральной маркетинговой программы промо-акций — дегустаций по «Томленому мясу» Мираторг.

ООО «ТПК «Вилон» производит и реализует товары линеек «Котлеты говяжьи», «Котлеты домашние», «Котлеты куриные» под брендом «Сытоедов».

Товары «Сытоедов» размещаются в картонной упаковке жесткой конструкции, передняя грань которой имеет прямоугольную форму. В оформлении Спорной упаковки использован черный фон в сочетании с ярко-красными и белыми элементами. Помимо этого, в оформлении

упаковки использованы отдельные мелкие элементы в виде соли и специй. В правой части передней грани упаковки изображен продукт в готовом виде (котлеты). В левом верхнем углу передней грани упаковки размещено словесное обозначение «Сытоедов» белыми буквами, имитирующими рукописное исполнение, на красном фоне, имеющем форму перевернутой односторонней трапеции.

Как пояснил Заявитель в ходе рассмотрения дела, ООО «ТПК «Вилон» изменило внешний вид своих товаров с использованием Спорной упаковки не ранее июля 2016 года. Согласно данным, которые были размещены в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» по адресу: http://www.vilon.ru/about/news?id=21, Ответчик впервые опубликовал информацию о товарах «Сытоедов» с использованием Спорной упаковки на своем сайте 29.07.2016. Из пояснений Ответчика следует, что выпуск товаров «Сытоедов» в Спорной упаковке осуществлялся по июнь 2017 года.

Помимо этого, как следует из представленных Заявителем копий свидетельств на товарные знаки, Заинтересованному лицу принадлежат исключительные права на товарные знаки № 622410 по свидетельству от 05.07.2017, № 619066 по свидетельству от 06.06.2017, № 624333 по свидетельству от 07.07.2016, № 622417 по свидетельству от 05.07.2017, № 646181 по свидетельству от 27.02.2018.

Товарный знак № 622410 по свидетельству от 05.07.2017 является изобразительным товарным знаком, зарегистрированным в отношении товаров 29 и 30 классов МКТУ и представляющим собой прямоугольник черного цвета, в верхней части которого посередине размещен прямоугольник красного цвета. В центре прямоугольника черного цвета находится прямоугольник белого цвета, расположенный ниже прямоугольника красного цвета и имеющий по сравнению с ним большую площадь.

Товарный знак № 619066 по свидетельству от 06.06.2017 является изобразительным товарным знаком, зарегистрированным в отношении товаров 29 и 30 классов МКТУ и представляющим собой прямоугольник черного цвета, в центре которого расположен прямоугольник красного цвета. Внутри прямоугольника красного цвета находятся шесть расположенных в ряд прямоугольников белого цвета. Высота прямоугольников белого цвета превышает их длину.

Товарный знак № 624333 по свидетельству от 07.07.2016 является изобразительным товарным знаком, зарегистрированным в

отношении товаров 29 и 30 классов МКТУ и представляющим собой квадрат черного цвета, имитирующий неоднородную поверхность. В верхней части квадрата посередине хаотично расположены мелкие элементы белого цвета, имитирующие соль. В пределах квадрата также находятся четыре элемента неоднородного коричневого цвета, имитирующие специи. Три из четырех элементов коричневого цвета размещены в нижней части квадрата.

Товарный знак № 622417 по свидетельству от 05.07.2017 является изобразительным товарным знаком, зарегистрированным в отношении товаров 29 и 30 классов МКТУ и представляющим собой прямоугольник темно-коричневого цвета, нижняя сторона которого характеризуется постепенным переходом темно-коричневого цвета в коричневый. В левом верхнем углу темно-коричневого прямоугольника расположен оранжевый прямоугольник. Внутри оранжевого прямоугольника ближе к его нижней стороне находятся восемь расположенных в ряд прямоугольников белого цвета. Высота прямоугольников белого цвета превышает их длину.

Товарный знак № 646181 по свидетельству от 27.02.2018 является изобразительным товарным знаком, зарегистрированным в отношении товаров 29 и 30 классов МКТУ и представляющим собой прямоугольный параллелепипед неоднородного черного цвета. Форма упаковки является неохраняемым элементом товарного знака. На передней, верхней и боковой гранях прямоугольного параллелепипеда хаотично расположены мелкие элементы белого и коричневого цветов, имитирующие соль и специи. На передней грани прямоугольного параллелепипеда ближе к нижней стороне посередине расположен круг красного цвета, имитирующий помидор. Помимо этого, на передней и верхней гранях прямоугольного параллелепипеда находятся элементы зеленого цвета неправильной формы. В верхнем левом углу передней грани прямоугольного параллелепипеда размещены восемь расположенных в ряд прямоугольников неоднородного белого цвета. Высота прямоугольников белого цвета превышает их длину.

Согласно пункту 4 статьи 4 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.

Признаки, позволяющие отнести деятельность хозяйствующих субъектов к одному товарному рынку, содержатся в Порядке проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденном Приказом Федеральной антимонопольной службы от 28.04.2010 № 220 (далее — Порядок анализа состояния конкуренции).

В соответствии с пунктом 10.6 Порядка анализа состояния конкуренции, по делам, возбужденным по признакам нарушения статей 14.1-14.8 Закона о защите конкуренции, 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 заявление, 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.

Согласно пункту 3.2 Порядка анализа состояния конкуренции, определение продуктовых границ товарного рынка основывается на мнении покупателей (как физических, так и юридических лиц) о взаимозаменяемости товаров, составляющих одну товарную группу.

В силу пункта 3.7 Порядка анализа состояния конкуренции, определение взаимозаменяемых товаров в соответствии со статьей 4 Закона о защите конкуренции основывается на фактической замене товаров приобретателем или готовности приобретателя заменить один товар другим при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях), учитывая их функциональное

назначение, применение, качественные и технические характеристики, цену и другие параметры.

Учитывая изложенное, продуктовые границы товарного рынка, на котором совершен предполагаемый акт недобросовестной конкуренции, определены на основании функционального назначения, применения, качественных и технических характеристик, цены Спорных товаров:

Критерий	Товары «Мираторг»	Товары «Сытоедов»
Функциональное назначение	Утоление голода и удовлетворение потребности в мясных продуктах.	Утоление голода и удовлетворение потребности в мясных продуктах.
Применение товаров	Личное употребление в пищу.	Личное употребление в пищу.
Качественные характеристики	Товары линейки «Томленое мясо» — мясные полуфабрикаты. Товары линейки «Бургеры» — мясосодержащие кулинарные изделия. Товары размещены в картонной упаковке в форме прямоугольного параллелепипеда.	Товары линеек «Котлеты говяжьи», «Котлеты домашние», «Котлеты куриные» — мясные полуфабрикаты. Товары размещены в картонной упаковке в форме прямоугольного параллелепипеда.
Цена	Средняя ценовая категория	Средняя ценовая категория
Условия реализации	Товары реализуются в продовольственных магазинах в мясных отделах и размещаются в холодильных витринах.	Товары реализуются в продовольственных магазинах в мясных отделах и размещаются в холодильных витринах.

В связи с тем, что функцией товарного знака является индивидуализация товаров, работ, услуг, в отношении которых он зарегистрирован, Комиссия полагает необходимым установить, в отношении каких товаров Заявителем используются товарные знаки № 622410 по свидетельству от 05.07.2017, № 619066 по свидетельству от 06.06.2017, № 624333 по свидетельству от 07.07.2016, № 622417 по свидетельству от 05.07.2017, № 646181 по свидетельству от 27.02.2018, в отношении каких товаров рассматривается настоящее дело, какими потребительскими свойствами обладают указанные товары.

В соответствии с пунктом 1 статьи 4 Закона о защите конкуренции, товар — объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Согласно пункту 165 ГОСТ Р 51303-2013 «Торговля. Термины и определения», потребительское свойство товара — это свойство товара, проявляющееся при его использовании потребителем в процессе удовлетворения потребностей.

Из материалов дела следует, что Заявитель использует товарные знаки № 622410 по свидетельству от 05.07.2017, № 619066 по свидетельству от 06.06.2017, № 624333 по свидетельству от 07.07.2016, № 622417 по свидетельству от 05.07.2017, № 646181 по свидетельству от 27.02.2018 под контролем Заинтересованного лица в отношении товаров, обладающих следующими потребительскими свойствами: «замороженные полуфабрикаты», «охлажденные полуфабрикаты», «мясные полуфабрикаты». Товары «Сытоедов» обладают аналогичными потребительскими свойствами.

Комиссия отмечает, что товары Заявителя и товары ООО «ТПК «Вилон» могут быть отнесены к одному роду — продукты питания животного происхождения, их потребительские свойства, функциональное назначение, условия реализации и круг потребителей являются одинаковыми. Следовательно, рассматриваемые товары являются сопоставимыми и взаимозаменяемыми, что в совокупности свидетельствует об их однородности. Указанный вывод комиссии подтверждается в постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 06.02.2020 по делу № А40-195272/2018.

Таким образом, по результатам сопоставления функционального назначения, применения, качественных и технических характеристик,

цены и потребительских свойств товаров «Мираторг» и товаров «Сытоедов» Комиссия делает вывод об их взаимозаменяемости.

Таким образом, продуктовые границы товарного рынка определены по товару «мясные полуфабрикаты». В связи с этим Комиссией отклоняется довод Ответчика о том, что внутри категории продуктов «Замороженные котлеты» сходство дизайнов упаковок Заявителя и Ответчика отсутствует.

В соответствии с пунктом 7 статьи 4 Закона о защите конкуренции, конкуренция определяется как соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем рынке.

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

ООО «ТК «Мираторг» (место нахождения: 115516, г. Москва,
б-р Кавказский, д. 57; ИНН: 5009072150; ОГРН: 1095009004232) является коммерческой организацией в организационно-правовой форме хозяйственного общества, следовательно, является хозяйствующим субъектом.

Согласно выписке из Единого государственного реестра юридических лиц (далее — ЕГРЮЛ), основным видом деятельности Заявителя является торговля оптовая пищевыми продуктами, напитками и табачными изделиями, идентифицированная кодом 46.3 ОКВЭД.

К дополнительным видам деятельности Заявителя среди прочего относятся торговля оптовая мясом и мясными продуктами, идентифицированная кодом 46.32 ОКВЭД, торговля оптовая

консервами из мяса и мяса птицы, идентифицированная кодом 46.32.3 ОКВЭД, торговля оптовая неспециализированная замороженными пищевыми продуктами, идентифицированная кодом 46.39.1 ОКВЭД. Заявитель осуществляет указанные виды деятельности с 2009 года.

ООО «ТПК «Вилон» (место нахождения: 141102, Московская область, Щелковский р-н, г. Щелково, ул. Поварская, вл. 1; ИНН: 5050040449; ОГРН: 1025006522243) является коммерческой организацией в организационно-правовой форме хозяйственного общества, следовательно, является хозяйствующим субъектом.

Согласно выписке из ЕГРЮЛ, основным видом деятельности Ответчика является производство продукции из мяса убойных животных и мяса птицы, идентифицированное кодом 10.13 ОКВЭД.

К дополнительным видам деятельности Ответчика среди прочего относятся торговля оптовая мясом и мясными продуктами, идентифицированная кодом 46.32 ОКВЭД, торговля оптовая консервами из мяса и мяса птицы, идентифицированная кодом 46.32.3 ОКВЭД, торговля оптовая неспециализированная замороженными пищевыми продуктами, идентифицированная кодом 46.39.1 ОКВЭД. Общество осуществляет указанные виды деятельности с 2004 года.

Географическими границами товарного рынка, на котором произошел предполагаемый акт недобросовестной конкуренции, является Российская Федерация.

В связи тем, что нарушение антимонопольного законодательства совершено на территории деятельности двух и более территориальных органов, Управлением в ФАС России было направлено ходатайство
(исх. № 08/ДЮ/640 от 01.02.2018) о наделении полномочиями по рассмотрению указанного дела, которое было удовлетворено, что подтверждается письмом ФАС России исх. № АД/13820/18 от 02.03.2018.

Таким образом, Заявитель и Ответчик осуществляют деятельность на одном товарном рынке по продаже мясных полуфабрикатов в географических границах Российской Федерации с 2009 года по настоящее время и являются конкурентами.

Данный факт сторонами не оспаривается и подтверждается

материалами дела № 08-21/42-17 о нарушении антимонопольного законодательства.

Не допускается недобросовестная конкуренция путем совершения хозяйствующим субъектом действий (бездействия), способных вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами или услугами, вводимыми хозяйствующим субъектом-конкурентом в гражданский оборот на территории Российской Федерации (статья 14.6 Закона о защите конкуренции).

Законодатель выделяет в данной норме права две активные формы указанного акта недобросовестной конкуренции, разделяя посягательство на зарегистрированные средства индивидуализации продукции и юридических лиц (пункт 1 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции) и посягательства на незарегистрированные средства индивидуализации продукции и юридических лиц (пункт 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции).

Учитывая изложенное, одни и те же действия хозяйствующего субъекта не могут быть квалифицированы одновременно и по пункту 1, и по пункту 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

Комиссия отмечает, что, квалифицируя акт недобросовестной конкуренции, следует исходить из того, что именно способно вызвать смешение, чем оно обусловлено. Так, если смешение обусловлено использованием зарегистрированного средства индивидуализации (товарного знака, фирменного наименования, коммерческого обозначения, наименования места происхождения товара), то действия подлежат квалификации по пункту 1 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции. В свою очередь, если смешение обусловлено не только использованием зарегистрированных средств индивидуализации или сходных с ними до степени смешения обозначений, а в целом подражанием товару конкурента, его дизайнерским решениям, то указанные действия подлежат квалификации по пункту 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с пунктом 1 стати 14.6 Закона о защите конкуренции, не допускается недобросовестная конкуренция путем совершения хозяйствующим субъектом действий (бездействия), способных вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами или услугами, вводимыми хозяйствующим субъектом-конкурентом в гражданский оборот на территории Российской Федерации, в том числе незаконное

использование обозначения, тождественного товарному знаку, фирменному наименованию, коммерческому обозначению, наименованию места происхождения товара хозяйствующего субъекта-конкурента либо сходного с ними до степени смешения, путем его размещения на товарах, этикетках, упаковках или использования иным образом в отношении товаров, которые продаются либо иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, а также путем его использования в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», включая размещение в доменном имени и при других способах адресации.

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

1. Совершались хозяйствующим субъектом-конкурентом;

2. Были направлены на получение преимущества в предпринимательской деятельности;

3. Противоречили положениям действующего законодательства, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;

4. Причинили или были способны причинить убытки другому хозяйствующему субъекту-конкуренту, либо нанесли ущерб его деловой репутации.

Недоказанность хотя бы одного из вышеперечисленных признаков влечет невозможность признания действий хозяйствующего субъекта актом недобросовестной конкуренции.

В части незаконного использования Ответчиком обозначений, сходных до степени смешения со средствами индивидуализации (товарными знаками № 622410 по свидетельству от 05.07.2017, № 619066 по свидетельству от 06.06.2017, № 624333 по свидетельству от 07.07.2016, № 622417 по свидетельству от 05.07.2017, № 646181 по свидетельству от 27.02.2018), правообладателем которых является Заинтересованное лицо, в оформлении упаковок товаров «Сытоедов», Комиссией установлено следующее.

Товарным знаком является обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или

индивидуальных предпринимателей, на которое признается исключительное право, удостоверяемое свидетельством на товарный знак (пункт 1 статьи 1477 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ).

В соответствии с абзацем 3 пункта 32 Правил составления, подачи и рассмотрения документов, являющихся основанием для совершения юридически значимых действий по государственной регистрации товарных знаков, знаков обслуживания, коллективных знаков, утвержденных приказом Минэкономразвития России от 20.07.2015 № 482 (далее — Правила № 482), к изобразительным обозначениям относятся изображения на плоскости живых существ, предметов, природных и иных объектов, композиции линий, пятен, любых фигур.

Согласно пункту 43 Правил № 482, изобразительные и объемные обозначения сравниваются с изобразительными, объемными и комбинированными обозначениями, в композиции которых входят изобразительные или объемные элементы. Сходство изобразительных и объемных обозначений определяется на основании следующих признаков: внешняя форма; наличие или отсутствие симметрии; смысловое значение; вид и характер изображений (натуралистическое, стилизованное, карикатурное и тому подобное); сочетание цветов и тонов. Признаки учитываются как каждый в отдельности, так и в различных сочетаниях.

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

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

В ходе оценки использования товарных знаков № 622410

по свидетельству от 05.07.2017, № 622417 по свидетельству от 05.07.2017, № 646181 по свидетельству от 27.02.2018 в оформлении Спорной упаковки Комиссией установлено следующее.

Согласно данным из Реестра товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации, товарные знаки № 622410 и № 622417 были зарегистрированы 05.07.2017, а товарный знак № 646181 был зарегистрирован 27.02.2018.

Как установлено Комиссией и подтверждается материалами дела, производство товаров «Сытоедов» в Спорной упаковке осуществлялось с июля 2016 по июнь 2017 года.

В соответствии с пунктом 3 статьи 1484 ГК РФ, никто не вправе использовать без разрешения правообладателя сходные с его товарным знаком обозначения в отношении товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, или однородных товаров, если в результате такого использования возникнет вероятность смешения.

Согласно абзацам 2 и 3 пункта 155 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — Постановление Пленума № 10), по смыслу положений пункта 1 статьи 1477, статьи 1481, пункта 1 статьи 1484 ГК РФ обозначение, которое заявлено на государственную регистрацию и проходит экспертизу в Роспатенте, до даты его регистрации в Государственном реестре товарных знаков товарным знаком не является.

Положения статьи 1491 ГК РФ не могут быть расценены как свидетельство того, что действия, совершенные до даты государственной регистрации товарного знака в Государственном реестре товарных знаков, являются нарушением исключительного права на товарный знак.

Таким образом, поскольку Ответчик использовал Спорную упаковку в отношении товаров «Сытоедов» в период до регистрации товарных знаков № 622410, 622417 и 646181, он не мог нарушить исключительных прав Заинтересованного лица на указанные товарные знаки и вызвать смешение товаров «Мираторг» и товаров «Сытоедов», обусловленное использованием зарегистрированных товарных знаков.

В ходе оценки использования товарного знака № 619066 по свидетельству от 06.06.2017 в оформлении Спорной упаковки Комиссией установлено следующее.

В оформлении Спорной упаковки используются элементы, имеющие сходство с указанным товарным знаком. В частности, в левом верхнем углу передней грани Спорной упаковки черного цвета размещено словесное обозначение «Сытоедов» белыми буквами, имитирующими рукописное исполнение, на красном фоне, имеющем форму перевернутой односторонней трапеции. Цвета указанных элементов Спорной упаковки соответствуют цветам товарного знака № 619066 по свидетельству от 06.06.2017.

Вместе с тем Комиссия отмечает, что указанные элементы оформления Спорной упаковки имеют ряд существенных отличий от товарного знака № 619066 по свидетельству от 06.06.2017, а именно:

1. Красный фон, на котором размещено словесное обозначение, имеет форму перевернутой односторонней трапеции, а не прямоугольника;

2. Словесное обозначение «Сытоедов» выполнено белыми буквами, которые не тождественны прямоугольникам белого цвета, используемым в товарном знаке № 619066 по свидетельству от 06.06.2017.

Таким образом, по результатам сравнения товарного знака № 619066 по свидетельству от 06.06.2017 и оформления Спорной упаковки Комиссия приходит к выводу об отсутствии между ними сходства до степени смешения.

В ходе оценки использования товарного знака № 624333 по свидетельству от 07.07.2016 в оформлении Спорной упаковки Комиссией установлено следующее.

В оформлении Спорной упаковки используются элементы, имеющие сходство с указанным товарным знаком. В частности, в оформлении упаковки используются отдельные мелкие элементы в виде соли и специй.

Вместе с тем Комиссия отмечает, что Спорная упаковка имеет ряд существенных отличий от товарного знака № 624333 по свидетельству от 07.07.2016, а именно:

1. В товарном знаке № 624333 по свидетельству от 07.07.2016 черный

фон, на котором расположены мелкие элементы, имитирующие соль и специи, имеет форму квадрата, в то время как передняя грань Спорной упаковки имеет прямоугольную форму;

2. Мелкие элементы, изображающие специи, расположены на Спорной упаковке в большем количестве по сравнению с товарным знаком № 624333 по свидетельству от 07.07.2016, при этом их цвет не ограничивается коричневым. Так, на Спорной упаковке также расположены имитирующие специи мелкие элементы оранжевого, красного, зеленого цвета;

3. Размещенные на Спорной упаковке мелкие элементы белого цвета, имитирующие соль, представлены в меньшем количестве по сравнению с аналогичными элементами, составляющими товарный знак № 624333 по свидетельству от 07.07.2016. Помимо этого, мелкие элементы белого цвета, имитирующие соль, сконцентрированы в нижней части передней грани Спорной упаковки, в то время как на товарном знаке № 624333 по свидетельству от 07.07.2016 они расположены преимущественно у верхнего края изображения.

Таким образом, по результатам сравнения товарного знака № 624333 по свидетельству от 07.07.2016 и оформления Спорной упаковки комиссия приходит к выводу об отсутствии между ними сходства до степени смешения.

Учитывая изложенное, Комиссия делает вывод о том, что факт нарушения Ответчиком пункта 1 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции не подтвердился.

В соответствии с пунктом 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции, не допускается недобросовестная конкуренция путем совершения хозяйствующим субъектом действий (бездействия), способных вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами или услугами, вводимыми хозяйствующим субъектом-конкурентом в гражданский оборот на территории Российской Федерации, в том числе копирование или имитация внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом-конкурентом, упаковки такого товара, его этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом (в совокупности фирменной одежды, оформления торгового зала, витрины) или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товар.

Рассматривая вопрос использования Ответчиком Спорного внешнего

вида в оформлении Спорной упаковки, Комиссия отмечает следующее.

Как установлено Комиссией в ходе рассмотрения настоящего дела, Заявитель и Ответчик осуществляют деятельность на одном товарном рынке по продаже мясных полуфабрикатов в географических границах Российской Федерации с 2009 года по настоящее время и являются конкурентами.

Как следует из имеющейся в материалах дела копии отчета Фонда содействия изучения общественного мнения «ВЦИОМ» о результатах исследования мнения респондентов о сходстве/различии упаковок мясных полуфабрикатов (котлет, пельменей, наггетсов) «Сытоедов» производства «ТПК Вилон» и однородных товаров (томленого мяса, бургеров, полуфабрикатов и наггетсов) производителя «Мираторг», а также о возможности введения потребителей в заблуждение относительно производителей данной продукции (далее — Отчет Фонда ВЦИОМ), высокий процент потребителей (от 70 до 85 процентов опрошенных) считают упаковки Спорных товаров схожими по ассоциациям, внешнему виду, цвету, дизайну и стилю. Помимо этого, из результатов данного исследования следует, что более половины респондентов (55 процентов) воспринимают Спорные товары как единую линейку продукции, выпускаемую одним производителем или двумя связанными между собой производителями, а 51 процент опрошенных может совершить ошибку при выборе товаров «Мираторг» в пользу товаров «Сытоедов».

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

Комиссия полагает, что результаты исследования, отраженные в Отчете Фонда ВЦИОМ, подтверждают возможность введения потребителей в заблуждение относительно производителя товаров «Сытоедов», а также возможность смешения товаров «Мираторг» и товаров «Сытоедов», поскольку большой процент респондентов воспринял Спорные товары как единую линейку продукции, выпускаемую одним производителем или двумя связанными между собой производителями, что не соответствует действительности.

Согласно выводам представленного Заявителем заключения специалистов Союза дизайнеров России по результатам сравнительного анализа дизайна упаковок товаров «Мираторг» и «Сытоедов» от 26.04.2018 (далее — Заключение Союза дизайнеров), сравниваемые объекты совпадают по концептуальному, графическому, колористическому и стилевому решению, трактовке словесной составляющей, эмоциональному впечатлению. С учетом первенства по времени, дизайн упаковок товаров «Сытоедов» может рассматриваться как воспроизведение либо переработка дизайна упаковок товаров «Мираторг». Упаковки товаров «Мираторг» и «Сытоедов» создают общее зрительное впечатление.

Таким образом, по мнению Комиссии, Заключение Союза дизайнеров подтверждает факт имитации Спорного внешнего вида в оформлении Спорной упаковки.

В ходе рассмотрения настоящего дела в Федеральную службу по интеллектуальной собственности Управлением был направлен запрос исх. № 08/ДЮ/7910 от 30.05.2017 о степени сходства внешнего оформления упаковок продукции ООО «ТПК «Вилон» и ООО «ТК «Мираторг». Согласно справке, подготовленной специалистами Федеральной службы по интеллектуальной собственности по результатам рассмотрения запроса, установлено, что представленные образцы двух производителей содержат фонетически и графически несходные словесные элементы «Сытоедов» и «Мираторг», вместе с тем представленные на исследование упаковки имеют сходное колористическое и композиционное решение внешнего вида. Использование указанных упаковок в гражданском обороте для одного и того же товара — «мясные продукты» может ввести потребителей в заблуждение относительно производителя этого товара.

Таким образом, данная справка указывает на вероятность смешения товаров «Мираторг» и товаров «Сытоедов» при условии использования Спорной упаковки для тех же товаров, в оформлении упаковки которых использован Спорный внешний вид. Комиссия полагает, что данный вывод применим по аналогии и для однородных товаров, относящихся к категории «мясные полуфабрикаты».

Вместе с тем в ходе рассмотрения настоящего дела Ответчиком было представлено заключение № 11-2018 от 15.01.2018, подготовленное Федеральным государственным бюджетным учреждением науки «Федеральный научно-исследовательский

социологический центр Российской академии наук» (далее — Заключение № 11-2018).

Согласно основным выводам Заключения № 11-2018, подавляющее большинство потребителей (94 процента) уверенно отличают упаковки товаров «Сытоедов» от упаковок линейки товаров «Томленое мясо». Кроме того, подавляющее большинство опрошенных (91 процент) полагают, что товары в упаковках «Сытоедов» и товары в упаковках «Мираторг» производятся разными компаниями.

Оценивая Заключение № 11-2018 в качестве доказательства по делу, Комиссия полагает, что его результаты не позволяют сделать однозначный вывод об отсутствии вероятности смешения товаров «Мираторг» и товаров «Сытоедов», а, следовательно, и об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства в действиях Ответчика, поскольку в ходе проведения соответствующего социологического исследования респондентам не задавался вопрос о том, являются ли упаковки Спорных товаров сходными до степени смешения.

Помимо этого, Комиссия отмечает, что вероятность смешения товаров «Мираторг» и товаров «Сытоедов» обусловлена наличием следующих факторов, влияющих на сознание потребителя при выборе товара:

1. Спорные товары являются однородными, что подтверждается в постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 06.02.2020 по делу № А40-195272/2018;

2. Процесс зрительного восприятия объектов основывается на сопоставлении признаков объекта с признаками мысленного образа-шаблона, сформированного в сознании человека путем многократного совершения покупок одного и того же товара;

3. Сравнение объекта с мысленным образом происходит по неизменным признакам, которые независимы от внешних условий восприятия объекта: цвет, форма, размер товара;

4. Потребитель при восприятии товара не способен сконцентрироваться на одной точке объекта, а потому не будет принимать решение о покупке товара по признаку разных словесных обозначений на упаковках товаров, в частности, наименований производителя или бренда;

5. В цепочке принятия решения о покупке товара важнейшую роль

играют графическая композиция и цветовая гамма, а не словесные элементы;

6. При выборе товара покупатель будет принимать решение о покупке, основываясь на том, какой продукт является легкодоступным и может в кратчайшие сроки удовлетворить нужду покупателя;

7. Нахождение товаров компаний-конкурентов в средней ценовой категории повышает риск смешения товаров, поскольку потребители проявляют меньшую внимательность и осмотрительность при выборе товара. С учетом того, что покупка той или иной продукции зачастую является механическим действием и основывается на сформированных в сознании человека шаблонах, потребитель не будет обращать внимание на словесное наименование бренда.

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

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

Необходимо учитывать, что товары «Мираторг» и товары «Сытоедов» как правило, располагаются рядом (иногда в смешанной выкладке) в одном горизонтальном холодильнике, не относятся к товарам высокой ценовой категории и являются сопоставимыми по стоимости.

Продукция Заявителя и Ответчика (мясные полуфабрикаты) относится к товарам, при покупке которых потребитель не склонен проявлять повышенную степень внимательности и осмотрительности, затрачивает на их выбор минимальное время и приобретает их в основном по привычке, основываясь на предыдущем опыте покупки и руководствуясь уже имеющимся впечатлением от внешнего вида

товара.

Сопоставив признаки Спорного внешнего вида и оформление Спорной упаковки, Комиссия пришла к следующим выводам:

1. В оформлении Спорной упаковки доминирует черный цвет, что характерно и для Спорного внешнего вида;

2. В оформлении Спорной упаковки используются яркие красные и белые элементы, что характерно и для Спорного внешнего вида.

Согласно позиции Ответчика, преимущественно черный цвет упаковки в сочетании с яркими красными и белыми элементами достаточно часто используется различными производителями, к числу которых относятся «Дымов», «Мясницкий ряд», «Рублевский» и др. По мнению Ответчика, указанное сочетание цветов дает общую узнаваемость товара.

Также Ответчик указывает на наличие красного фона логотипа у разных компаний, в том числе «Пятерочка», «Coca-Cola», «Nescafe», «Ремит» и т.д.

Комиссия с указанной позицией Ответчика не согласна. Несмотря на то, что указанные цвета действительно используются различными хозяйствующими субъектами при оформлении упаковок их товаров, сходство оформления Спорной упаковки со Спорным внешним видом обусловлено не только использованием сходных цветов.

3. Как для Спорной упаковки, так и для Спорного внешнего вида характерно использование красного фона, на котором размещено наименование бренда буквами белого цвета;

4. В Спорном внешнем виде используется характерный элемент в виде плашки, имитирующей оригинальную манеру исполнения элемента «мелками» на доске либо «мазком» краски.

Как указывается Ответчиком в пояснениях, при разработке соответствующего элемента оформления Спорной упаковки дизайнер брал за основу расчищенное от инея стекло, символизирующее категорию заморозки. Вместе с тем Комиссия отмечает, что плашки, используемые в Спорном внешнем виде и в оформлении Спорной упаковки, производят сходное впечатление элементов оформления упаковки, нанесенных на нее вручную, в связи с чем основа, использованная для разработки соответствующего элемента оформления Спорной упаковки, не имеет правового

значения для решения вопроса о наличии либо отсутствии вероятности смешения;

5. Отдельные продукты (помидоры черри, чеснок, зелень) и мелкие элементы (соль, перец), хаотично расположенные на неоднородной поверхности, стилизованной под черную сланцевую породу/графитную доску/поверхность чугунной посуды/сковороды, являются элементом, характерным как для оформления Спорной упаковки, так и для Спорного внешнего вида.

Согласно доводам Ответчика, в оформлении упаковок товаров «Сытоедов» использована деревянная поверхность и на ней лежит разделочная (сервировочная) доска из камня, в то время как у ООО «ТК «Мираторг» указана меловая доска.

По мнению Комиссии, факт использования различных объектов для оформления фона упаковки не исключает того, что оформление упаковок товаров «Мираторг» и товаров «Сытоедов» производит сходное впечатление на среднего потребителя и способно привести к смешению соответствующих товаров.

Сочетание всех перечисленных элементов формирует зрительный образ товара, который запоминает потребитель, и на который он в дальнейшем ориентируется, осуществляя свои привычные покупки. Отдельные незначительные различия оформления Спорной упаковки и Спорного внешнего вида, в целом соответствующие зрительному образу, не исключают возможность смешения соответствующих товаров.

По этой причине Комиссия отклоняет доводы Ответчика о том, что:

— размер и размещение логотипов на упаковках товаров «Мираторг» и товаров «Сытоедов» различаются;

— в написании логотипов использованы разные шрифты, форма плашки различается, в дизайне знака «Мираторг» использован зеленый лист как элемент дизайна;

— условия о весе, хранении, способах приготовления на товарах ООО «ТПК «Вилон» имеются на лицевой части упаковки, у товаров ООО «ТК «Мираторг» отсутствуют;

— упаковки имеют различные размеры;

— отличается форма изгиба надписи: на упаковке

ООО «ТК «Мираторг» вогнута вверх, а на упаковке ООО «ТПК «Вилон» вниз, используются разные шрифты, используются разные разделительные элементы.

Согласно разъяснениям, содержащимся в Письме Федеральной антимонопольной службы от 22.08.2018 № АД/66643/18 «По вопросу о разграничении применения статей 14.2 и 14.6 Закона о защите конкуренции», если форма товара или используемое при оформлении сочетание цветов устойчиво связаны в сознании потребителя с определенным производителем, несанкционированное использование их иными производителями может привести к смешению.

Заявителем представлены доказательства, свидетельствующие о действиях ООО «ТК «Мираторг», направленных на образование и укрепление связи товарного знака и Заявителя, а именно о размещении рекламы товаров «Мираторг» в каталогах торговых сетей «Билла», «Перекресток», «Седьмой континент», «Окей» и других в период с октября 2015 года по январь 2017 года, а также о реализации федеральной маркетинговой программы промо-акций — дегустаций по «Томленому мясу» Мираторг в феврале-марте 2016 года.

Таким образом, признаки Спорного внешнего вида, присутствующие и в оформлении Спорной упаковки, устойчиво связаны в сознании потребителя именно с Заявителем.

К моменту введения товаров «Сытоедов» в Спорной упаковке в гражданский оборот товары «Мираторг» были известны в Спорном внешнем виде. Введение товаров «Сытоедов» в гражданский оборот с использованием признаков Спорного внешнего вида было способно привести к смешению Спорных товаров и уменьшению доли Заявителя на товарном рынке.

Следовательно, действия ООО «ТПК «Вилон» не в полной мере соответствуют требованиям добропорядочной конкурентной борьбы.

Комиссия обращает внимание на то, что конституционное требование действовать добросовестно и не злоупотреблять своими правами равным образом обращено ко всем участникам гражданских правоотношений.

Комиссия также отмечает, что добросовестный производитель при выборе вариантов оформления упаковок производимой

продукции учитывает наличие особенностей товара, которые могут повлечь сходство с иными аналогичными товарами.

Учитывая изложенное, использование Ответчиком элементов Спорного внешнего вида в оформлении Спорной упаковки противоречит закону и не отвечает требованиям добропорядочности, предъявляемым к участникам гражданского оборота.

Направленность действий Ответчика, выразившаяся в совершении ООО «ТПК «Вилон» действий, способных вызвать смешение с деятельностью ООО «ТК «Мираторг» либо с товарами или услугами, вводимыми ООО «ТК «Мираторг» в гражданский оборот на территории Российской Федерации, проявилась в намерении перераспределить спрос на мясные полуфабрикаты от Заявителя к Ответчику посредством имитации использования Спорного внешнего вида в оформлении Спорной упаковки.

Способность причинения убытков конкуренту выразилась в том, что в результате введения ООО «ТПК «Вилон» товаров «Сытоедов» в гражданский оборот стало возможным смешение товаров Заявителя и Ответчика.

По смыслу нормы права, содержащейся в пункте 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции, недобросовестной конкуренцией признаются и такие действия, направленные на получение преимуществ в предпринимательской деятельности, которые потенциально могут причинить убытки конкурентам и могут причинить вред их деловой репутации.

Поскольку смешение товаров само по себе направлено на перераспределение спроса, оно способно привести к убыткам в виде упущенной выгоды.

Учитывая изложенное, доказывание возникновения конкретных убытков не является обязательным, так как достаточно вероятности их возникновения у конкурента.

Комиссия приходит к выводу о том, что действия Ответчика, выразившиеся в имитации Спорного внешнего вида в оформлении Спорных упаковок, были способны причинить убытки Заявителю.

Следовательно, в действиях Ответчика содержатся все признаки нарушения пункта 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

Таким образом, Комиссия Московского областного УФАС России

по рассмотрению дела № 08-21/42-17 о нарушении антимонопольного законодательства, рассмотрев дело в порядке пересмотра на основании постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 06.02.2020 по делу № А40-195272/2018, учитывая совокупность доказательств, приобщенных к материалам дела, приходит к выводу о необходимости квалифицировать действия ООО «Торгово-промышленная компания «Вилон» по пункту 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

Вместе с тем Комиссия отмечает, что на момент подготовки настоящего решения Ответчик прекратил использование Спорной упаковки.

Руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1-4 статьи 41, статьей 48, частью 1 статьи 49 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать Общество с ограниченной ответственностью «Торгово-Промышленная компания «Вилон» (ИНН: 5050040449, 141102, Московская обл., г. Щелково, ул. Поварская, вл. 1) нарушившим требования пункта 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в части производства и реализации под брендом «Сытоедов» мясных полуфабрикатов линеек «Котлеты говяжьи», «Котлеты домашние», «Котлеты куриные» с использованием при оформлении их упаковки художественных решений, сходных до степени смешения с художественными решениями, использованными при оформлении упаковок мясных полуфабрикатов линеек товаров «Томленое мясо» и «Бургеры», дистрибьютором которых является Общество с ограниченной ответственностью «Торговая компания «Мираторг».

2. Оснований для выдачи предписания не имеется.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его

принятия в арбитражный суд.

Председатель Комиссии <…>

Члены Комиссии <…>

<…>