

# РЕШЕНИЕ

по делу № 08/01/14.4-33/2021

о нарушении антимонопольного законодательства

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «20» октября 2021 г.

В полном объеме решение изготовлено «15» ноября 2021 г.

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

председатель Комиссии:

Таукенова К.М. – заместитель руководителя ФАС России;

члены Комиссии:

<...>;

<...>;

<...>;

<...>,

рассмотрев в отсутствие представителя ООО «МАК-Иваново» и ООО «Эврика», извещенных о месте, дате и времени заседания Комиссии ФАС России надлежащим образом, и представителя ООО «Бастион м.с.», ходатайствовавшего о рассмотрении дела в его отсутствие,

дело № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения ООО «Бастион м.с.» (ОГРН 1037739358821, ИНН 7729370404, адрес: 115201, г. Москва, ул. Котляковская, д. 3, стр. 13) статьи 14.4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон «О защите конкуренции»),

**УСТАНОВИЛА:**

В Федеральную антимонопольную службу поступило заявление ООО «Бастион м.с.» о недобросовестной конкуренции, связанной с созданием смешения, со стороны ООО «МАК-Иваново», ООО «Эврика», ООО «Ассопторг-доставка» (вх. № 31875/20 от 20.02.2020), указывавшее на незаконное использование указанными лицами комбинированного товарного знака «Кислый взрыв!!!» по свидетельству № 712665. По результатам рассмотрения указанного заявления ФАС России было принято решение от 24.07.2020 № АК/63156/20 об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Позже, в ФАС России поступили заявления ООО «МАК-Иваново» (вх. № 202183/20 от 26.11.2020) и ООО «Эврика» (вх. № 202186/20 от 26.11.2020) (далее также – Заявители) о нарушении антимонопольного законодательства со стороны ООО «Бастион м.с.» (далее также – Ответчик), выразившемся в приобретении и использовании исключительных прав на комбинированный товарный знак «Кислый взрыв!!!» по свидетельству № 712665.

Заявители указали, что используют комбинированное обозначение «Кислый взрыв!» на производимой и реализуемой ими леденцовой карамели «5+ Кислый взрыв!» с 2010 года. В 2019 году Заявители получили претензии от Ответчика о нарушении его исключительных прав на товарный знак «Кислый взрыв!!!» по свидетельству № 712665, в связи с чем претензии содержали требования прекратить предложение к продаже и продажу карамели «5+ Кислый взрыв!», уничтожить все имеющиеся остатки упаковки и выплатить компенсацию за нарушение исключительного права.

Указанные действия Ответчика Заявители расценили в качестве нарушения статьи 14.4 Закона «О защите конкуренции».

Ответчик не согласился с требованиями Заявителей и сообщил ФАС России о том, что по крайней мере более 5 лет до даты приоритета комбинированного товарного знака «Кислый взрыв!!!» по свидетельству № 712665 использовал зарегистрированное в качестве товарного знака обозначение для индивидуализации производимой и реализуемой жевательной резинки «Кислый взрыв». О наличии на товарном рынке продукции Заявителей с обозначением «Кислый взрыв» он не был осведомлен и, обращаясь за регистрацией спорного товарного знака, лишь преследовал цель защиты собственных прав на использование данного обозначения.

Комиссия ФАС России по рассмотрению дела № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства, проанализировав материалы дела, заслушав представителей лиц, участвующих в рассмотрении дела, установила следующие обстоятельства.

ООО «МАК-Иваново» зарегистрировано в качестве юридического лица 05.05.2004, в качестве основного вида деятельности указан код ОКВЭД 10.82 Производство какао, шоколада и сахаристых кондитерских изделий. Согласно представленным материалам ООО «МАК-Иваново» осуществляет деятельность на товарном рынке кондитерских изделий Российской Федерации, в том числе производит и вводит в гражданский оборот карамельные конфеты.

ООО «Эврика» зарегистрировано в качестве юридического лица 03.08.2007, в качестве основного вида деятельности указан код ОКВЭД 46.36 Торговля оптовая сахаром, шоколадом и сахаристыми кондитерскими изделиями. С 03.12.2007 ООО «Эврика» является уполномоченным представителем и дистрибьютором кондитерских изделий, производителем которых является ООО «МАК-Иваново» (т. 2 л.д. 93-97). В настоящее время между указанными хозяйствующими субъектами заключен договор поставки от 09.01.2017 № 0901/17 (т. 2 л.д. 98-103).

ООО «Бастион м.с.» зарегистрировано в качестве юридического лица 18.05.1998, 03.02.2003 Ответчик внесен в ЕГРЮЛ, основной вид деятельности: производство какао, шоколада и сахаристых кондитерских изделий (код ОКВЭД 10.82), дополнительный вид деятельности: торговля оптовая неспециализированная пищевыми продуктами, напитками и табачными изделиями (код ОКВЭД 46.39). Сведения об осуществлении указанных видов деятельности содержатся в уставе Ответчика, утвержденном решением единственного участника от 30.12.2009 № 27. Согласно письменным пояснениям Ответчика от 07.06.2021 (т. 2 л.д. 466-475) и имеющимся в материалах дела документам Ответчик осуществляет деятельность на товарном рынке кондитерских изделий Российской Федерации, в том числе производит и вводит в гражданский оборот карамельные конфеты.

Таким образом, Заявители и Ответчик являются хозяйствующими субъектами – конкурентами на товарном рынке кондитерских изделий Российской Федерации, что подтверждается также кратким отчетом (обзором) анализа состояния конкуренции.

ООО «МАК-Иваново» указывает на то, что использование обозначения «Кислый взрыв!» на упаковке карамели «Пять с плюсом» осуществляется им с 2010 года, в подтверждение чего представлены следующие

Документы:

- договор от 15.02.2010 № У1234, заключенный с ООО «Артпласт У» на изготовление упаковки трех видов карамели «5+», в том числе с обозначением «Кислый взрыв», с приложениями к договору (т. 2 л.д. 4-8);
- счет ООО «Артпласт У» от 30.04.2010 № У1346/1 на предоплату по договору от 15.02.2010 № У1234 (т. 2А л.д. 153);
- товарная накладная от 14.03.2011 № 29 на поставку ООО «АГФМПАКК» пленки упаковочной 5+ кислый взрыв грузополучателю ООО «МАК-Иваново» на основании договора № 100009 от 23.08.2010, приложение № 2/100040 от 15.12.2010 (т. 3 л.д. 59).

Используемое Заявителями обозначение является комбинированным и представляет собой кляксу неправильной формы, внутри которой в две строки расположено словесное обозначение «КИСЛЫЙ ВЗРЫВ!». Клякса имеет острые края, внутри окрашена в лимонный цвет, окантована полосами ярко-желтого, темно-желтого и оранжевого цветов. Все буквы словесного обозначения являются заглавными; буквы обозначения «КИСЛЫЙ» по размеру меньше, чем обозначения «ВЗРЫВ»; надпись выполнена шрифтом сиреневого цвета. В целом обозначение представляет собой изображение взрыва в мультипликационном стиле с расположенным внутри взрыва словесным обозначением «КИСЛЫЙ ВЗРЫВ!».

Из представленных Правил оформления Карточки товара 1С версия 1, утвержденных 24.12.2013 генеральным директором ООО «МАК-Иваново» и вступивших в силу с 01.01.2014, следует, что по состоянию на 01.01.2014 ООО «МАК-Иваново» производило три вида карамели леденцовой «5+»:

- РТ-1-1 карамель леденцовая «5+»;
- РТ-1-2 карамель леденцовая с витамином С «5+»;
- РТ-1-3 карамель леденцовая «5+» кислый взрыв (т. 2А, л.д. 158-168).

Указанная карамель РТ-1-3 «5+» кислый взрыв» указана в прайс-листах производителя, действовавших на 01.01.2015 (т. 2А л.д. 210-216), 01.01.2016 (т. 2А л.д. 207-211), 01.01.2017 (т. 2А л.д. 179-185), 01.01.2018 (т. 2А л.д. 171-178).

Леденцовая карамель с индексом РТ-1-3 поставлялась производителем своему дистрибьютору в соответствии с договором № 2 от 03.12.2007 (УПД № 695 от 01.11.2016; № 108 от 25.02.2016; № 561 от 11.11.2015; № 52 от

17.01.2015) (т. 2А л.д. 192-205).

ООО «МАК-Иваново» представило выборочно универсальные передаточные документы о поставке карамели леденцовой РТ-1-3 «5+» (Кислый взрыв) ООО «Эврика» за период 2017-2018 годов (т. 2 л.д. 66-92).

Также ООО «МАК-Иваново» представлена справка о продаже товара РТ-1-3 карамель леденцовая «5+» (Кислый взрыв) за период с 2015 по 2018 год в количественном и стоимостном выражении (т. 2А л.д. 169), из которой следует, что:

- в 2015 году леденцовой карамели 5+ (Кислый взрыв) было поставлено на сумму 6,87 млн. рублей;
- в 2016 году – 8,07 млн. рублей;
- в 2017 году – 7,54 млн. рублей;
- в 2018 году – 3,83 млн. рублей.

Таким образом, за 4 года производителем ООО «МАК-Иваново» было отгружено своему дистрибьютору ООО «Эврика» леденцовой карамели «5+ Кислый взрыв» на общую сумму 26,3 млн. рублей.

В свою очередь, товар РТ-1-3 «5+, кислый взрыв, карамель леденцовая» присутствует в прайс-листах ООО «Эврика» за 2015, 2016, 2017 и 2018 годы (т. 2А л.д. 81-100).

ООО «Эврика» поставляла указанный товар:

- ЗАО «ДЕНДИ» по договору поставки № 02/06/15 от 02.06.2015 (счет-фактура № СТ/А-08897 от 19.09.17) (т. 2А л.д. 71-80);
- ООО «Лавка Кофе Чая» по договору поставки № Э/16-119 от 01.09.2016; по товарным накладным № РТО/А-4051 от 16.05.16; № РТО/А-7125 от 09.08.16; УПД № СТ/П-08463 от 12.09.17 (т. 2А л.д. 51-67), платежное поручение № 1598 от 10.11.2017 (т. 2А л.д. 46);
- ИП Селивановой Т.С. по товарной накладной № РТО/А-7263 от 11.08.16 (т. 2А л.д. 42-43);
- ООО «Виктория» по товарной накладной № РТО/А-570 от 30.01.17 (т. 2А л.д. 40-41);
- ООО «Коннект» по товарной накладной № РТО/А-7153 от 08.08.16 (т. 2А л.д. 45).

ООО «Эврика» также представлены сведения о поставках товара с наименованием «5+, кислый взрыв, карамель леденцовая» за период с

01.01.2010 по 21.05.2019 по контрагентам (т. 2А л.д. 28-39). Из представленной справки следует, что за указанный период ООО «Эврика» поставило своим контрагентам карамели леденцовой «5+, кислый взрыв» на общую сумму около 50 млн. рублей.

Кроме того, ООО «Эврика» представило свидетельства своего участия в международных выставках «ПРОДЭКСПО» в 2017 (с 6 по 10 февраля) и 2018 (с 30 января по 12 февраля) годах с товаром «5+, кислый взрыв, карамель леденцовая», а именно:

- приказ ООО «Эврика» от 30.01.2017, договор с ООО «МВД ЭКСПО» № 02/17 от 16.01.2017, акт приема выполненных услуг и работ от 06.02.2017, счет на оплату № 7 от 16.01.2017, акт № 5 от 13.02.2017 (т. 2А л.д. 23-27);

- приказ ООО «Эврика» от 29.01.2018, договор с АО «ЭКСПОЦЕНТР» на участие в выставке «ПРОДЭКСПО-2018» № Д/100-1702185 от 20.09.2017, дополнительное соглашение № 1 к договору № Д/100-1702185 от 20.09.2017 (т. 2А л.д. 20-22);

- фотографии стендов на выставке (т. 2А л.д. 17-19),

а также копию акционного предложения на товары, в том числе на леденцовую карамель «5+ Кислый взрыв!», в период с 3 июля 2012 по 31 июля 2012 года (т. 2А л.д. 1).

Также ООО «МАК-Иваново» представлены товарные накладные от 01.09.2010 № 127, 07.09.2010 № 130, 22.10.2010 № 157, 06.12.2010 № 180, 26.08.2011 № 96, 18.06.2012 № 103, 18.04.2012 № 78 (т. 3 л.д. 52-58), указывающие на то, что ООО «МАК-ИВАНОВО» поставляло своему дистрибьютору ООО «Эврика» леденцовую карамель 5+ (без обозначения «кислый взрыв») с указанием кода РТ-1-3 в период 2010-2012 годов еще до утверждения Правил оформления Карточки товара 1С версия 1.

В свою очередь, ООО «Эврика» представлены товарные накладные от 08.12.2012 № РТ1/А-6847, от 25.07.2013 № РТ1/А-3371, от 04.09.2014 № РТ1/А-5082 на поставку ООО «Форт-Нокс» леденцовой карамели 5+ кислый взрыв с кодом РТ-1-3 (т. 3 л.д. 25-27).

ООО «Эврика» представлен нотариальный протокол от 21.04.2021 осмотра информации Интернет-сайта с доменным именем sladskaz.ru, находящейся в архиве Интернета на сайте web.archive.org, согласно которому по состоянию на 12.01.2013 на Интернет-сайте с доменным именем sladskaz.ru в разделе «Общий список товаров» размещалось предложение к продаже леденцовой карамели «РТ-1-3 ПЯТЬ С ПЛЮСОМ

шипучая лента кислый взрыв» (т. 3 л.д. 1-9).

Также представлен нотариальный протокол от 19.04.2021 осмотра информации с Интернет-сайта с доменным именем sladskaz.ru, находящейся в архиве Интернета на сайте web.archive.org, согласно которому по состоянию на 05.11.2013 на Интернет-сайте с доменным именем sladskaz.ru размещалось предложение к продаже леденцовой карамели «РТ-1-3 Пять с плюсом «кислый взрыв». При переходе по активной ссылке на товар с указанным наименованием открывается страница по состоянию на 26.06.2016, на которой размещено изображение упаковки данного товара (т. 3 л.д. 10-24).

Таким образом, согласно представленным документам Заявители использовали словесное обозначение «Кислый взрыв» в отношении одного из видов леденцовой карамели «5+» с 2010 года. При этом Комиссия ФАС России соглашается с доводом Заявителей о том, что использование в товарных накладных кода РТ-1-3 указывает именно на леденцовую карамель «5+ кислый взрыв», что следует из всей совокупности представленных документов, в которых на протяжении всех лет использования данный код соответствовал и использовался именно в отношении данного вида леденцовой карамели. Доказательств обратного Комиссией ФАС России не установлено.

Вместе с тем, комбинированное обозначение в виде взрыва в мультипликационном стиле с расположенным внутри него словесным элементом «Кислый взрыв!» представлено только в акционном предложении на товары, в том числе на карамель леденцовую «5+ Кислый взрыв!», в период с 3 июля 2012 по 31 июля 2012 года. Однако каких-либо документов, указывающих на обстоятельства проведения акции, размещения самого предложения, в материалах дела не имеется.

В материалах дела имеется распечатка страницы Интернет-сайта с доменным именем rategoods.com, на которой размещена фотография упаковки леденцовой карамели «Карамель кислый взрыв 5+ 18г», самый ранний отзыв в отношении которой датирован 17 февраля 2014 г. (т. 2 л.д. 9-13).

Также Заявителями представлены документы, подтверждающие заказ ООО «Полиграфоформление-ФЛЕКСО» изготовления этикетки «Карамель 5+ Кислый взрыв» с приложенными утвержденными макетами этикетки:

- товарная накладная от 20.04.2015 № 736, основание договор № Ф/14-28/09 от 17.03.2009;

- товарная накладная от 06.10.2015, основание договор № Ф/14-28/09 от

17.03.2009;

- спецификация № 504 от 17.05.2017 к договору № Ф/14-28/09 от 17.03.2009 со сроком исполнения заказа – 19.06.2017; товарная накладная от 16.06.2017 № 1559;

- спецификация № 452 изм. 1 от 16.04.2018 к договору № Ф/14-28/09 от 17.03.2009 со сроком исполнения заказа – 10.05.2018; товарная накладная от 04.05.2018 № АПФ00000673 (т. 3 л.д. 33-40).

Таким образом, документально зафиксированное использование Заявителями комбинированного обозначения со словесным элементом «Кислый взрыв» относится к началу 2014 года.

Вместе с тем, Ответчик является правообладателем комбинированного товарного знака «Кислый взрыв!!!» по свидетельству № 712665, зарегистрированного 21.05.2019 с датой приоритета 29.06.2018 в отношении товаров 30 класса МКТУ, в том числе кондитерские изделия, карамели (конфеты), конфеты, леденцы.

Зарегистрированное Ответчиком обозначение является комбинированным и представляет собой кляксу неправильной формы, внутри которой в две строки расположено словесное обозначение «КИСЛЫЙ ВЗРЫВ!!!». Клякса имеет острые края, окантована полосами белого и черного цветов, внутри имеет полосатую черно-серую расцветку. Все буквы словесного обозначения являются заглавными одного размера; буквы обозначения «КИСЛЫЙ» зеленого цвета, буквы обозначения «ВЗРЫВ!!!» желтого цвета. В целом обозначение представляет собой изображение взрыва в мультипликационном стиле с размещенным внутри взрыва словесным обозначением «КИСЛЫЙ ВЗРЫВ!!!».

Сравнивая комбинированное обозначение, используемое Заявителями на реализуемой ими леденцовой карамели, с товарным знаком, принадлежащим Ответчику, с точки зрения рядового потребителя, Комиссия ФАС России приходит к выводу об их сходстве до степени смешения. При этом Комиссия ФАС России учитывает общую стилистику изображения (взрыв в мультипликационном стиле), использование совпадающего яркого цвета (желтый), полностью совпадающий словесный элемент (кислый взрыв), исполненный заглавными буквами в две строки. Кроме того, необходимо учитывать, что указанные обозначения используются, как Заявителями, так и Ответчиком, для индивидуализации товара низкой ценовой категории, зачастую размещаемого в кассовой зоне, приобретаемого «на ходу», что не

предполагает повышенного внимания и осмотрительности в отношении приобретаемого товара. Указанные обстоятельства усиливают возможность смешения, несмотря на имеющиеся отличия.

Ответчик в дополнительных объяснениях от 22.06.2021 и в консолидированном отзыве от 20.08.2021 указывает на то, что в течение продолжительного времени (более 5 лет) до даты приоритета спорного товарного знака производил и в больших объемах вводил в гражданский оборот кондитерскую продукцию под позднее зарегистрированным им товарным знаком «Кислый взрыв!!!».

При этом Ответчик утверждает, что уже в 2007 году жевательная резинка под названием «Кислый взрыв» готовилась к выпуску. Однако наличие технических условий ТУ 9129-004-49296093-07 «Резинка жевательная» от 10.07.2007, а также оборудования, смонтированного в 2007 году и позволяющего Ответчику выпускать круглую жевательную резинку с начинкой, не свидетельствуют о начале (а также о подготовке) введения в гражданский оборот продукции с наименованием «Кислый взрыв!!!», но подтверждают только наличие у Ответчика возможности выпускать определенный вид товара – жевательную резинку.

В исковом заявлении от 10.09.2020, поданном в Арбитражный суд города Москвы (дело № А40-175483/20), Ответчик указывает, что производство и реализация им жевательной резинки с использованием для ее индивидуализации обозначения «Кислый взрыв» осуществлялось с 2016 года.

Однако в письменных объяснениях от 07.06.2021 Ответчик уже указывает, что начал выпускать и реализовывать свою собственную жевательную резинку «Кислый взрыв» с 2013 года.

В материалах дела имеются представленные Ответчиком изображения упаковки и этикеток жевательной резинки «Кислый взрыв клубника» с указанием периода 2006-2011 годы (т. 3 л.д. 111-112). Между тем, документальное подтверждение введения Ответчиком указанного товара в гражданский оборот в данный период в материалах дела отсутствует.

Представленные товарные накладные за 2013 год содержат товарную позицию «Жевательная резинка с жидким наполнителем «Холодок» кислый взрыв». При этом данные товарные накладные содержат также следующие товарные позиции: «Жевательная резинка с жидким наполнителем «Холодок» дыня-арбуз», «Жевательная резинка с жидким наполнителем «Холодок» лимон», «Жевательная резинка с жидким наполнителем «Холодок» мята», «Жевательная резинка с жидким наполнителем «Холодок» клубника», «Жевательная резинка с жидким

наполнителем «Холодок» апельсин», «Холодок «Ассорти» (т. 2 л.д. 405-421). Из чего обоснованно следует вывод о том, что индивидуализирующим обозначением продукции в данном случае является обозначение «Холодок», а также о том, что в ассортименте продукции Ответчика присутствовало две разные товарные позиции: «Жевательная резинка с жидким наполнителем «Холодок» кислый взрыв» и «Жевательная резинка с жидким наполнителем «Холодок» клубника».

Однако представленные Ответчиком изображения упаковки жевательной резинки «Кислый взрыв», в том числе то изображение, в подписи на котором указана дата 29.07.13 (т. 3 л.д. 96), не содержит обозначения «Холодок», но содержит одновременно два обозначения: «Кислый взрыв» и «Клубника».

В отсутствие в материалах дела образца соответствующей упаковки (утвержденного макета), доказательств изготовления упаковки, имеющих привязку к 2013 году, не имеется подтверждения того, что упаковка продукции, наименование которой содержится в товарных накладных за 2013 году, аналогична представленным в материалы дела более поздним образцам и оформлена с использованием обозначения, зарегистрированного Ответчиком в качестве спорного товарного знака.

Из ответа ООО «Компания «Эйч-ди-си» на запрос ФАС России от 30.06.2021 № 08/53674/21 следует, что в соответствии с договором от 08.12.2014 № 08-12-4П указанный хозяйствующий субъект осуществлял изготовление и поставку этикета – гибкой рулонной упаковки для жевательной резинки. К ответу ООО «Компания «Эйч-ди-си» представлены изображения этикеток жевательной резинки «Кислый взрыв клубника» без указания даты, либо временного периода, к которому относятся изображения (т. 3 л.д. 277). Утвержденные макеты заказанных этикеток в ответе ООО «Компания «Эйч-ди-си» отсутствуют.

Согласно представленным документам первая поставка упаковки в соответствии с подписанным договором подтверждается товарной накладной от 14.01.2015 № 14-01-3 (т. 3 л.д. 246-247). Однако все представленные товарные накладные за 2015, 2017 и 2018 годы указывают на поставку двух видов этикета для двух видов товара: для жевательной резинки «Холодок Кислый взрыв» и «Холодок» с ароматом клубники (т. 3 л.д. 208-247). На это же указывают все представленные спецификации к договору от 08.12.2014 № 08-12-4П за период с 2014 по 2018 годы (т. 3 л.д. 251-272).

Необходимо отметить, что в представленных Ответчиком собственных внутренних счетах-фактурах за 2014 год наряду с товарной позицией «Жевательная резинка с жидким наполнителем «Холодок» кислый взрыв»

также присутствует товарная позиция «Жевательная резинка с жидким наполнителем «Холодок» клубника» (т. 2 л.д. 379-403).

Только в товарной накладной от 08.04.2015 № 281 появляется товарная позиция «Жевательная резинка с начинкой «Кислый взрыв» клубника» (т. 2 л.д. 366-367).

Представленные ООО «Мануфактура гибкой упаковки» по запросу ФАС России документы об изготовлении упаковочных материалов (т. 3 л.д. 279-315) свидетельствуют о том, что на основании договора от 21.12.2017 № 569 в соответствии с утвержденными и представленными макетами в период 2018-2021 годов ООО «Мануфактура гибкой упаковки» изготавливало упаковку для жевательной резинки «Кислый взрыв».

Представленные Ответчиком отдельные товарные накладные за 2016 год (т. 2 л.д. 333-351), универсальные передаточные документы за 2017 год (т. 2 л.д. 270-331) и за 2018 год (т. 2 л.д. 255-268) содержат товарную позицию «Жевательная резинка с ароматом клубники «Кислый взрыв».

Согласно письменным пояснениям Ответчика объем поставок жевательной резинки «Кислый взрыв» своему дистрибьютору ООО «ТД Холодок» в 2017 году составил 1,6 млн. рублей, за первое полугодие 2018 года – 1,7 млн. рублей (т. 2 л.д. 205).

Таким образом, из представленных Ответчиком и собранных по делу доказательств следует, что словесное обозначение «Кислый взрыв» в отношении производимой жевательной резинки Ответчиком используется с 2013 года.

В то же время из представленных Ответчиком материалов следует, что самой ранней документально зафиксированной датой появления продукции Ответчика в упаковке со спорным обозначением является дата размещения в каталоге продукции Ответчика в разделе «Жевательная резинка» товара «Жевательная резинка с наполнителем «Кислый взрыв» - 15.04.2014, что отражено в скриншоте от 24.02.2021 страницы архива Интернета на сайте [web.archive.org](http://web.archive.org) (т. 2 л.д. 423-439).

Исходя из вышеизложенного, Комиссия ФАС России приходит к выводу о том, что из представленных Заявителями материалов следует, что словесное обозначение «Кислый взрыв», равно как и комбинированное обозначение со словесной составляющей «Кислый взрыв!», широко и в больших объемах использовалось ими значительный период времени до даты приоритета спорного товарного знака по свидетельству – 29.06.2018.

При этом на широкую географию поставок продукции Заявителей и

значительные объемы ее продаж указывает также Ответчик в своем исковом заявлении от 10.09.2020 в Арбитражный суд города Москвы (дело № А40-175483/20) (т. 2 л.д. 27).

Ответчик также начал использование спорного обозначения задолго до даты приоритета спорного товарного знака. Вместе с тем в представленных материалах отсутствует документальное подтверждение того, что введение в гражданский оборот продукции Ответчика со спорным обозначением состоялось ранее, чем данное обозначение начали использовать Заявители.

Однако после регистрации 21.05.2019 спорного товарного знака Ответчиком были направлены 21.10.2019 и 25.10.2019 претензии Заявителям о нарушении исключительного права на товарный знак (т. 2 л.д. 39-44, 132-137).

13.11.2019 претензии о торговле контрафактным товаром были направлены Ответчиком ООО «ЛАВКА КОФЕ ЧАЯ» (т. 3 л.д. 172-177) и ИП Корнилову О.Н. (т. 3 л.д. 167-171), 25.11.2019 – ИП Зверс Н.А. (т. 3 л.д. 161-166) и ЗАО «ДЕНДИ» (т. 3 л.д. 155-160). Такая же претензия была направлена ООО «Европа Уно Трейд СПб». В претензиях содержались следующие требования:

«1. Немедленно прекратить предложение к продаже и продаже конфет с использованием названия «КИСЛЫЙ ВЗРЫВ».

2. Немедленно уничтожить все имеющиеся у Вас остатки товаров, коробок, этикеток и иных носителей обозначения «Кислый взрыв» с представлением нам подтверждающего это акта.

3. Предоставить нам все заверенные вами копии счетов и накладных (универсальных передаточных документов), по которым вы закупили вышеуказанную продукцию, а также копии всех товарных накладных (или универсальных передаточных документов) о поставках со стороны вашей организации конфет с использованием обозначения «Кислый взрыв» в адрес всех ваших покупателей (из претензии ЗАО «ДЕНДИ»).

4. В срок до 22.12.2019 посредством выкупа изъять из оборота (с продажи) все конфеты, маркированные обозначением «Кислый взрыв», которые вы продали с представлением нам доказательств такого выкупа (из претензии ЗАО «ДЕНДИ»).

5. Добровольно выплатить компенсацию за допущенное нарушение исключительного права на товарный знак в размере 1 000 000 (один миллион) рублей».

Требование о выплате компенсации в размере 1 000 000 рублей было адресовано ЗАО «ДЕНДИ», У ООО «ЛАВКА КОФЕ ЧАЯ», ИП Корнилова О.Н. и ИП Зверс Н.А. Ответчик потребовал добровольной выплаты 500 000 рублей.

Одновременно во всех претензиях особо было отмечено, что Ответчик готов снять все денежные требования за торговлю контрафактом, отказаться от них, если будут выполнены вышеуказанные требования №№ 1, 2 и, особенно, 3.

После чего Ответчик обратился в ФАС России с заявлением (вх. № 31875/20 от 20.02.2020) о нарушении антимонопольного законодательства (т. 1 л.д. 335-351), одним из требований которого было истребование всех товарных накладных о получении от поставщиков и всех товарных накладных о поставках покупателям карамели леденцовой «5+ Кислый взрыв» производства ООО «МАК-Иваново».

21.09.2020 Ответчик обратился в Арбитражный суд города Москвы с иском к ООО «МАК-Иваново», ООО «Эврика», ООО «Ассопторг-доставка», ООО «ЛАВКА ЧАЯ КОФЕ», ИП Корнилову О.Н., ИП Зверс Н.А., ЗАО «ДЕНДИ» о защите исключительных прав на товарный знак с ценой иска 3150000 рублей (дело № А40-175483/20) (т. 2 л.д. 14-36).

К ООО «Европа Уно Трейд СПб» не были предъявлены иски, оно было привлечено к участию в судебном деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора. Как следует из заявления Ответчика в ФАС России (т. 1 л.д. 344-345), ООО «Европа Уно Трейд СПб» исполнило требования Ответчика по предоставлению всех документов, связанных с закупкой продукции Заявителей. Данные обстоятельства подтверждаются письмом ООО «Европа Уно Трейд СПб» Ответчику (т. 3 л.д. 190), в котором оно сообщает, что после получения претензии продажи этих конфет были прекращены и не будут повторяться, а их остатки возвращены поставщику, и просит выполнить свое обещание и не предъявлять ООО «Европа Уно Трейд СПб» материальных претензий о торговле этими конфетами.

В свою очередь, Заявителями представлены доказательства того, что Ответчик в рамках судебного дела № А40-175483/20 отказался от предъявления к части ответчиков (ООО «Лавка кофе чая», ИП Зверс Н.А.) заявленных требований в обмен на обязательство со стороны данных хозяйствующих субъектов более никогда не закупать, не предлагать к продаже и не продавать леденцовую карамель «Кислый взрыв» (т. 3 л.д. 141-150).

Начало претензионной кампании Ответчик объясняет получением им

письма ООО «НАЦПРОДУКТ» от 02.10.2019, указывающего на падение объема закупок жевательной резинки «Кислый взрыв». В письме указано, что карамель «Кислый взрыв» производства ООО «МАК-Иваново» пользуется успехом у потребителей, которые зачастую покупают ее вместо одноименной жевательной резинки с учетом аналогичной цены, сходного позиционирования на полках, рождаемых ассоциаций и вкусовых качеств (т. 3 л.д. 98).

Однако данное письмо свидетельствует о том, что падение закупок ООО «НАЦПРОДУКТ» жевательной резинки «Кислый взрыв» продиктовано не успехом карамели «Кислый взрыв» у потребителей в результате смешения с продукцией Ответчика, но принятым данным хозяйствующим субъектом решением о замещении продукции Ответчика продукцией ООО «МАК-Иваново» в связи с получением большей выгоды от продажи карамели.

09.10.2019 <...>., временно исполняющая обязанности нотариуса города Москвы <...>., составила протокол осмотра Интернет-сайта ООО «Эврика» с доменным именем sladskaz.ru (т. 1 л.д. 98-105), в котором отражено предложение к продаже на указанном сайте карамели леденцовой РТ-1-3 Пять с плюсом «кислый взрыв».

14-15.10.2019 Ответчиком была осуществлена закупка продукции Заявителей у ИП Зверс Н.А. (т. 1 л.д. 90-91), 10-17.10.2019 – у ООО «Ассоптторг-доставка» (т. 1 л.д. 77-81).

При этом Ответчик неоднократно подчеркивал, что предъявляя претензии Заявителям и их контрагентам, а позже обращаясь в суд с исковым заявлением, Ответчик не только не располагал сведениями о том, что Заявители начали выпускать и реализовывать свою продукцию – леденцовую карамель «5+ Кислый взрыв» еще до даты приоритета спорного товарного знака, но пребывал в уверенности, что Заявители начали производить и реализовать свою продукцию уже после даты регистрации спорного товарного знака (например, письменные объяснения Ответчика от 07.06.2021, консолидированный отзыв Ответчика от 20.08.2021, мнение Ответчика о заключении Комиссии ФАС России об обстоятельствах дела от 15.10.2021).

Более того, Ответчик указывал, что такое поведение было спровоцировано самими Заявителями: ООО «МАК-Иваново» не ответило на претензию Ответчика, ООО «Эврика» ответило, но ничего не сообщило о том, что Заявителями долгое время используется спорное обозначение со словесным элементом «Кислый взрыв», указав только, что данное обозначение является качественной характеристикой товара, не занимает доминирующего положения и не является

самостоятельным средством индивидуализации, указывая на свойство товара – кислый вкус.

Проанализировав вышеуказанные обстоятельства и имеющиеся в материалах дела документы, Комиссия ФАС России приходит к следующим выводам.

По мнению Комиссии ФАС России, в ходе рассмотрения дела не установлено каких-либо объективных причин, которые могли не позволить Ответчику выявить наличие на товарном рынке кондитерских изделий Российской Федерации продукции Заявителей с использованием в оформлении комбинированного обозначения «Кислый взрыв» ни на дату приоритета спорного товарного знака - 29.06.2018, ни на дату регистрации данного товарного знака - 21.05.2019.

Товарный рынок кондитерских изделий Российской Федерации является весьма высококонкурентным, в связи с чем добросовестные производители стремятся, как при введении в гражданский оборот нового товара, так и при регистрации в качестве товарного знака используемого (либо нового) обозначения, проявить должную степень заботливости и осмотрительности, избегая ситуации, при которой планируемое к использованию (к регистрации в качестве товарного знака) обозначение уже используется иным субъектом рынка в отношении производимой продукции и приобрело известность применительно к товару конкурента, чтобы потребитель ассоциировал товар с конкретным производителем.

В случае, если Ответчиком на стадии подачи заявки на регистрацию спорного товарного знака, такие действия предприняты не были, отсутствовали какие-либо причины для невыяснения данных обстоятельств уже после получения регистрации спорным товарным знаком на стадии предъявления претензий Заявителем и их контрагентам.

Из представленного ответа ООО «Эврика» от 12.11.2019 № Э-141/19 на претензию о нарушении исключительного на товарный знак от 21.10.2019 (т. 2 л.д. 217-218) Ответчик получил достаточно информации, позволяющей установить все необходимые для принятия взвешенного решения обстоятельства.

В эпоху всеобщей цифровизации, при наличии мощного информационного ресурса – сети Интернет, современных поисковых систем, в том числе при доступности вэб-архива, позволяющего найти информацию, ранее размещенную на Интернет-сайтах, ссылка на отсутствие информации свидетельствует о пассивности Ответчика и непринятии исчерпывающих мер по исследованию соответствующего

товарного рынка.

ООО «Эврика» сообщило Ответчику о том, что в ассортименте продукции группы компаний «Сладкая Сказка» присутствует карамель ассорти «5+» с различными вкусами, которая известна массовому потребителю с 2000 года.

На момент получения данной информации Ответчик уже располагал письмом ООО «НАЦПРОДУКТ» от 02.10.2019 и протоколом нотариального осмотра Интернет-сайта [www.sladskaz.ru](http://www.sladskaz.ru) от 09.10.2019.

В сети Интернет:

- размещены многочисленные фотографии как упаковок карамели «5+ Кислый взрыв», так и конфет, расфасованных в ленты по 5 шт.;

- карамель «5+ Кислый взрыв» предлагалась к продаже в различных Интернет-магазинах: [www.sladskaz.ru](http://www.sladskaz.ru) (ГК «Сладкая сказка»); [dochkisinochki.ru](http://dochkisinochki.ru) (Интернет-магазин «Дочки Сыночки»), [aistenok39.ru](http://aistenok39.ru) (Интернет-магазин «Аистенок 39»), [www.konfetka44.ru](http://www.konfetka44.ru) (Интернет-магазин кондитерских изделий «Конфетка») и многих других;

- на сайте [rategoods.com](http://rategoods.com) самый ранний отзыв в отношении товара «Карамель кислый взрыв 5+ 18г» датирован 17 февраля 2014 г. Отзыв от 06.03.2014: «конфета детства» (т. 2 л.д. 9-13);

- в группе «Шипучая радость. Шипучки, Кислинки по России» в социальной сети «ВКонтакте» с 01.12.2018 предлагается к продаже карамель 5+ «Кислый взрыв!» (т. 2 л.д. 73); аналогичное предложение осуществляется на сайте [fizzyboom.vsite.biz](http://fizzyboom.vsite.biz);

- на сервисе видеохостинга YouTube 08.07.2017 размещено видео «Пробуем странные конфеты/кислый взрыв» (т. 2 л.д. 49).

Заявителем также представлены доказательства размещения предложения к продаже леденцовой карамели «5+ Кислый взрыв» в социальной сети «ВКонтакте» на страницах «Магазин оригинальных и нестандартных подарков» и «Сладкоежка», имеющего место до даты приоритета спорного товарного знака (т. 2 л.д. 48, 50).

При этом:

- согласно нотариальному протоколу от 21.04.2021 осмотра информации с Интернет-сайта с доменным именем [sladskaz.ru](http://sladskaz.ru), находящейся в архиве Интернета на сайте [web.archive.org](http://web.archive.org), по состоянию на 12.01.2013 на Интернет-сайте с доменным именем [sladskaz.ru](http://sladskaz.ru) в разделе «Общий список товаров» размещалось предложение к продаже леденцовой карамели

«РТ-1-3 ПЯТЬ С ПЛЮСОМ шипучая лента кислый взрыв» (т. 3 л.д. 1-9);

- в каталог сайта Интернет-магазина кондитерских изделий «Конфетка» товар «5+ карамель леденцовая кислый взрыв 1/48/6 (РТ-1-3)» добавлен 02.12.2017 (т. 2А л.д. 157);

- с 31.08.2017 товар «Карамель 5+ леденцовая кислый взрыв, 18 гр» предлагается к реализации на сайте Интернет-магазина «Дочки-Сыночки» (протокол осмотра Интернет-сайтов от 12.02.2021) (т. 2 л.д. 165-182).

Более того, в ходе рассмотрения судебных дел № А40-175483/20 в Арбитражном суде города Москвы, № СИП-80/2020 и № СИП-78/2020 в Суде по интеллектуальным правам Ответчику стали известны все обстоятельства введения Заявителями в гражданский оборот леденцовой карамели со спорным обозначением, однако Ответчик, располагая всем объемом информации, не выразил желания отказаться от предъявленных требований о нарушении исключительных прав и взыскании компенсации, несмотря на то, что предъявление претензий и обращение в суд объяснял отсутствием информации о присутствии на товарном рынке кондитерских изделий продукции Заявителей.

Исходя из повторного ходатайства Ответчика о приостановлении или отложении рассмотрения дела от 01.10.2021 (т. 4 л.д. 7-8), переговоры об условиях мирового соглашения свелись только к обсуждению возмещения расходов Ответчика на оплату юридических услуг, необходимых для защиты его права на товарный знак.

Из вышеизложенного следует, что письмо ООО «НАЦПРОДУКТ» от 02.10.2019 было использовано Ответчиком в качестве предлога для начала претензионной кампании, завершившейся подачей заявления в ФАС России и искового заявления в суд. При этом и претензии, и заявление о нарушении антимонопольного законодательства, и исковое заявление были направлены, как это следует из их содержания, на выявление всех контрагентов (как оптовых покупателей, так и розничных) Заявителей, с одной стороны, с другой, - на выяснение объемов продаж на всех уровнях реализации.

При этом очевидно, что получение этой информации помогло Ответчику выявить и оказать давление на контрагентов Заявителей, угрожая материальными требованиями, и побудить их отказаться от реализации продукции Заявителей, что было осуществлено в отношении ООО «Европа Уно Трейд СПб», ООО «Лавка кофе чая» и ИП Зверс Н.А.

Результатом предъявления Ответчиком требований к Заявителям и их контрагентам явился вынужденный отказ с февраля 2020 года

Заявителей от использования словесного обозначения «Кислый взрыв» и замена его на обозначение «Кислая атака!», что отражено в письменных пояснениях ООО «МАК-Иваново» (т. 3 л.д. 72) и подтверждено представителем Заявителей на заседании Комиссии ФАС России 01.10.2021 (т. 4 л.д. 26-28).

Однако, вопреки доводам Ответчика об отсутствии доказательств известности продукции Заявителем под обозначением «Кислый взрыв», даже при изменении словесного обозначения потребители идентифицируют товар, известный им на протяжении многих лет. Свидетельством этому являются отзывы покупателей, размещенные на странице предложения к продаже товара «Сладкая Сказка/Блок леденцов 5+ КИСЛАЯ АТАКА, 48 шт. по 18 гр» на сайте маркетплейса Wildberries (т. 3 л.д. 41-45): «вкус детства»; «не как в детстве, это факт (( В школьной столовой они были в разы лучше...»); «Да. это совсем не те конфеты из школьной столовой. Но по вкусу тоже норм, хотя ностальгии я и не получила»; «совсем не те конфеты, что были раньше»; «не то что в детстве, но все равно вкусные конфеты»; «Действительно, похожи на те, что из детства. Постоянно их покупала»; «вкус как в детстве»; «совсем не тот вкус, что был раньше».

С учетом отзывов, размещенных на сайте [rategoods.com](https://rategoods.com) в отношении товара «Карамель кислый взрыв 5+ 18г»: «конфета детства» (отзыв от 06.03.2014), «не такие, как в детстве» (отзыв от 06.07.2019), «в детстве получше были, покислее» (отзыв от 25.05.2020), можно сделать вывод о том, что комбинированное обозначение «Кислый взрыв» приобрело у потребителей различительную способность именно в отношении леденцовой карамели, вводимой в течение длительного времени в гражданский оборот Заявителями.

При этом Комиссия ФАС России полагает, что при оценке степени известности товара необходимо учитывать, в отношении какого товара осуществляется такая оценка. В данном случае речь идет о товаре низкой ценовой категории, не относящийся к товарам престижным, премиальным, в продвижение которых экономически оправданы серьезные денежные вложения. Вместе с тем очевидно, что потребитель запомнил и узнает данный товар, помнит его с детства, и узнаваемость товара не уменьшилась даже при изменении индивидуализирующего его словесного обозначения.

Каких-либо подтверждений довода Ответчика о том, что Заявители пытаются использовать известность и узнаваемость его жевательной резинки «Кислый взрыв» для продвижения на товарном рынке своей продукции материалы дела не содержат, равно как и не содержат никаких сведений в отношении достигнутой известности товара

производства Ответчика среди потребителей.

Вместе с тем, Комиссия ФАС России полагает необоснованным довод Ответчика о непоследовательности позиции Заявителей, связанной с их мнением относительно неохраноспособности обозначения «Кислый взрыв», указывающего на вкус леденцовой карамели. Данная позиция объясняет причины, по которым, несмотря на длительность и непрерывность использования данного обозначения, ни производитель, ни его дистрибьютор не обратились с заявкой на регистрацию данного обозначения, как словесного, так и комбинированного, в качестве товарного знака.

Однако наличие у Заявителей такой позиции по данному вопросу не отменяет и никак не влияет на достижение комбинированным обозначением «Кислый взрыв» различительной способности у потребителей в отношении данного товара Заявителей.

На основании собранных по делу доказательств и установленных обстоятельств Комиссией ФАС России было принято заключение об обстоятельствах дела № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства (исх. № КТ/83936/21 от 05.10.2021) (т. 4 л.д. 26-37).

Определением ФАС России от 01.10.2021 об отложении рассмотрения дела № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства (исх. № КТ/84244/21 от 06.10.2021) сторонам по делу было предложено представить, в случае наличия, пояснения, доказательства и доводы в отношении обстоятельств, изложенных в заключении об обстоятельствах дела № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства.

От Заявителей пояснений, доказательств и дополнительных доводов до окончания рассмотрения дела в ФАС России не поступило.

От Ответчика поступило мнение о заключении Комиссии ФАС России об обстоятельствах дела (вх. 173585/21 от 15.10.2021, т. 4 л.д. 46-94).

Из поступившего в ФАС России документа усматриваются следующие возражения Ответчика.

1. По мнению Ответчика, ФАС России проявляет непоследовательность в своих выводах, исходя из того, что ранее ФАС России было отказано в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства по заявлению Ответчика (вх. № 31875/20 от 20.02.2020) в связи с тем, что противопоставленные товары (жевательная резинка и леденцовая

карамель) относятся к различным родам (видам) товаров, имеют отличающиеся потребительские свойства и функциональное назначение, а также условия производства, и не имеется достаточных доказательств того, что приобретатели (потребители) готовы заменить жевательную резинку «Кислый взрыв» на леденцовую карамель «5+ Кислый взрыв» при потреблении.

Однако при рассмотрении заявления ООО «МАК-Иваново» и ООО «Эврика» Комиссия ФАС России пришла к прямо противоположным выводам, признав конкуренцию сторон по делу в сегменте «жвачка/карамель», а, значит, и взаимозаменяемость вышеуказанных товаров.

Данное возражение Ответчика не обосновано ссылкой на данный вывод Комиссии ФАС России, отраженный в заключении об обстоятельствах дела № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства.

Вместе с тем необходимо отметить, что предметом рассмотрения дела № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства является оценка с точки зрения добросовестности действий Ответчика по приобретению и использованию исключительного права на комбинированный товарный знак «Кислый взрыв!!!» по свидетельству № 712665, зарегистрированный в отношении товаров 30 класса МКТУ, в том числе кондитерские изделия, карамели (конфеты), конфеты, леденцы, то есть в отношении товаров, производимых и реализуемых Заявителями, в частности леденцовой карамели «5+ Кислый взрыв».

Соответственно, в рамках предмета рассмотрения данного дела имеет значение установление факта, являются ли Заявители и Ответчик хозяйствующими субъектами – конкурентами. Материалы дела свидетельствуют о том, что Заявители и Ответчик являются хозяйствующими субъектами – конкурентами на товарном рынке кондитерских изделий Российской Федерации, что подтверждается также кратким отчетом (обзором) анализа состояния конкуренции. Данный вывод Комиссии ФАС России отражен на стр. 3 заключения об обстоятельствах дела № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства.

2. Ответчик полагает, что Комиссия ФАС России не оценила и не отразила в заключении об обстоятельствах дела № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства представленные ранее Ответчиком доказательства, в связи с чем Ответчик представил их еще раз.

Согласно статье 48.1 Закона «О защите конкуренции» перед окончанием

рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства при установлении в действиях (бездействии) ответчика по делу нарушения антимонопольного законодательства комиссия принимает заключение об обстоятельствах дела.

Заключение об обстоятельствах дела оформляется в виде отдельного документа, подписывается председателем и членами комиссии и должно содержать:

1) фактические и иные обстоятельства дела, установленные комиссией, в том числе обстоятельства, установленные в ходе проведенного антимонопольным органом анализа состояния конкуренции, и обстоятельства, установленные в ходе проведения проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства;

2) доказательства, на которых основаны выводы комиссии об обстоятельствах дела, мотивы, по которым комиссия отвергла те или иные доказательства, приняла или отклонила приведенные в обоснование своих требований и возражений доводы лиц, участвующих в деле.

Однако из нормы статьи 48.1 Закона «О защите конкуренции» не следует, что заключение об обстоятельствах дела представляет собой перечисление представленных сторонами по делу доказательств и документов.

В заключении об обстоятельствах дела № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства перечислены те доказательства, представленные сторонами, на которых основаны выводы Комиссии ФАС России, отраженные в заключении.

2.1. Заявка Ответчика в компанию «Калкулэйт» от 26.07.2013, спецификация на дисплей «Кислый взрыв Клубника» № 2 от 26.07.2013 и изображение упаковки имеются в материалах дела (т. 3 л.д. 95-97).

Указанная заявка является собственным документом Ответчика, равно как изображение упаковки, на котором проставлена дата 29.07.13. Однако данные документы никак между собой не связаны, в заявке нет указаний на то, что к ней прилагался макет упаковки. Изображение упаковки, датированное 29.07.13 и подписанное руководителем УМР<...>., макетом не является.

Спецификация № 2 от 26.07.2013 является отдельным документом к договору № 109/13 от 18.03.2013, который в материалах дела отсутствует. Кем подписана спецификация № 2, из представленного документа не усматривается. В материалах дела имеется только договор поставки от

18.04.2017 № 156/17, заключенный между Ответчиком и ООО «Компания Калкулэйт», однако является ли ООО «Компания Калкулэйт» тем же лицом, которому была направлена заявка Ответчика от 26.07.2013, установить не представляется возможным.

Из указанных документов следует, что товар именовался жевательная резинка «Кислый Взрыв Клубника», что противоречит представленным Ответчиком товарным накладным за 2013 год (т. 2 л.д. 405-422).

Из товарных накладных за 2013 год следует, что Ответчиком в этот период вводились в гражданский оборот два разных товара: «Жевательная резинка с жидким наполнителем «Холодок» кислый взрыв» и «Жевательная резинка с жидким наполнителем «Холодок» клубника», которые в некоторых накладных указаны одновременно (например, товарные накладные № 752 от 10.12.2013, № 790 от 26.12.2013, № 795 от 27.12.2013, № 799 от 30.12.2013). На эти же товарные накладные ссылается Ответчик в своем мнении о заключении Комиссии ФАС России об обстоятельствах (т. 4 л.д. 53-63).

Заявление дизайнера Ответчика Шворнева А.Л. (т. 4 л.д. 77-79) содержит утверждение данного лица о том, что в соответствии со служебным заданием осенью 2011 года им завершена разработка дизайна этикета и дисплея жевательной резинки «Кислый взрыв» с использованием ранее разработанного логотипа «КИСЛЫЙ ВЗРЫВ». Однако вопросы создания логотипа, дизайна этикета и дисплея жевательной резинки «Кислый взрыв» не имеют отношения к предмету рассмотрения дела № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства, для рассмотрения которого имеет значение определение начала введения Ответчиком в гражданский оборот продукции с использованием спорного обозначения. В материалах дела не имеется доказательств использования Ответчиком обозначения «Кислый взрыв» до 2013 года.

Вопреки мнению Ответчика, вышеперечисленные документы в совокупности с документами, представленными ООО «Компания «Эйч-ди-си» по запросу ФАС России (т. 3 л.д. 228-278), никак не опровергают вывод Комиссии ФАС России о том, что самой ранней документально зафиксированной датой появления продукции Ответчика в упаковке со спорным обозначением является дата размещения в каталоге продукции Ответчика в разделе «Жевательная резинка» товара «Жевательная резинка с наполнителем «Кислый взрыв» - 15.04.2014, отраженный на стр. 6-7 заключения об обстоятельствах дела № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства.

2.2. Ответчиком многократно повторен довод о том, что Комиссией ФАС России не должна приниматься во внимание представленная

Заявителями копия приказа ООО «Эврика» от 30.01.2017 об определении товара, подлежащего размещению на выставочном стенде ООО «Эврика» в период выставки «ПРОДЭКСПО 2017» со ссылкой на то, что копия указанного приказа, представленная в материалы дела о нарушении антимонопольного законодательства, отличается от копии приказа, представленного в материалы судебного дела. В подтверждение данного довода Ответчик неоднократно представил копии листов судебного дела (т. 2 л.д. 219-224, т. 3 л.д. 340-345, т. 4 л.д. 68-73).

Однако анализ данного документа, представленного ООО «Эврика», показывает, что приказ от 30.01.2017 представляет собой перечень продукции ООО «Эврика» в табличном виде. В первой колонке таблицы размещен буквенно-цифровой код товара, товары размещены по буквам латинского алфавита, с которых начинается код товара.

В материалы судебного дела представлен приказ, состоящий из 6 листов, в материалы дела о нарушении антимонопольного законодательства представлен приказ, состоящий из 8 листов (т. 2А л.д. 2-9).

Сравнение двух копий показывает следующее:

- первый лист начинается с товара AI-1-1 «ЛОЛИПОПСЫ» и заканчивается товаром BS-3-4 «БОБС»;
- второй лист начинается с товара BS-3-7/МВ «Маша и Медведь», заканчивается товаром EX-1-1/ZS «Забавный сюрприз для девочек»;
- третий лист начинается с товара EX-1-2/ZS «Забавный сюрприз для мальчиков», заканчивается товаром FF-5-7 «ФРУ-ФРУ»;
- четвертый лист начинается с товара FF-6-6 «ФРУ-ФРУ», заканчивается товаром HB-2-8 «HAPPY BOX»;
- пятый лист начинается с товара HB-2-9 «HAPPY BOX», заканчивается товаром HB-6-1 «МАША И МЕДВЕДЬ HAPPY BOX»;
- шестой лист начинается с товара HB-7-1 «БАРБОСКИНЫ HAPPY BOX», заканчивается товаром MC-6-2/МВ «МАША И МЕДВЕДЬ» (отсутствует в материалах судебного дела);
- седьмой лист начинается товаром MC-6-3/LZ «ЛЕТАЮЩИЕ ЗВЕРИ», заканчивается товаром SF-1 «Спрей-фонарик» (отсутствует в материалах судебного дела);
- восьмой лист начинается товаром SF-2 «Спрей-банан», заканчивается

товаром ZF-106-1 «LOVE IS».

С учетом того, что, как следует из представленных Ответчиком копий, в материалы судебного дела представлялась копия приказа, распечатанная на двух сторонах листа, обоснованным является вывод о том, что в копии отсутствовала страница с шестым и седьмым листами приказа, на что указывает непрерывная последовательность расположенных по буквам латинского алфавита кодов. На седьмом листе приказа размещена позиция «РТ-1-3 5+, кислый взрыв, карам. леденцовая».

Таким образом, Комиссия ФАС России не считает обоснованным мнение Ответчика о том, что данный документ не должен приниматься во внимание, несмотря на очевидную техническую ошибку при копировании.

2.3. Мнение Комиссии ФАС России в отношении отсутствия доказательств известности продукции Заявителей изложено выше, и оно не совпадает с мнением Ответчика.

Вместе с тем Ответчиком в исковом заявлении в Арбитражный суд города Москвы указано следующее: «Таким образом, приведенные выше материалы подтверждают, что Истец действительно является участником российского рынка кондитерских изделий (в частности, конфет и жевательных резинок), при этом производимая им жевательная резинка «КИСЛЫЙ ВЗРЫВ» в результате продолжительных и объемных поставок различным покупателям в различные регионы России приобрела известность и узнаваемость» (т. 2 л.д. 31). С учетом того, что Ответчиком в том же исковом заявлении (о чем речь шла выше) признана широкая география поставок продукции Заявителей и значительные объемы ее продаж, исходя из данной правовой позиции Ответчика, известность и узнаваемость продукции Заявителей уже доказана материалами дела.

3. Согласно договору от 16.01.2017 № 02/17, акту приема выполненных услуг и работ от 06.02.2017, счету на оплату № 7 от 16.01.2017, акту № 5 от 13.02.2017 (т. 2А, л.д. 23-27) ООО «Эврика» участвовало в выставке «ПРОДЭКСПО-2017», проходившей в г. Москве с 6 по 10 февраля 2017 года. Товары, в том числе РТ-1-3 «5+, кислый взрыв, карам. леденцовая», подлежащие размещению на выставочном стенде, были определены приказом ООО «Эврика» от 30.01.2017 (т. 2А л.д. 2-9).

Согласно договору от 20.09.2017 № Д/100-1702185, дополнительному соглашению № 1 от 23.01.2018 ООО «Эврика» участвовало в выставке «ПРОДЭКСПО-2018», проходившей в г. Москве с 30.01.2018 по 12.02.2018. Товары, в том числе РТ-1-3 «5+, кислый взрыв, карам. леденцовая»,

подлежащие размещению на выставочном стенде, были определены приказом ООО «Эврика» от 29.01.2018 (т. 2А л.д. 10-16).

Фотографии выставочных стендов (т. 2А л.д. 17-19), представленные ООО «Эврика» в материалы дела, не имеют признаков, позволяющих отнести их к выставке «ПРОДЭКСПО-2017» или к выставке «ПРОДЭКСПО-2018», однако проведение обеих выставок и участие в них ООО «Эврика» имело место до даты приоритета спорного товарного знака - 29.06.2018.

В заключении об обстоятельствах дела № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства перечислена листовка о проведении ООО «Эврика» в период с 3 июля 2012 по 31 июля 2012 года скидочной акции, в том числе на леденцовую карамель «5+ Кислый взрыв!», однако в заключении отсутствует какая-либо оценка данного документа.

4. Указание в заключении об обстоятельствах дела № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства на то, что Ответчик реализовывал свою продукцию в совпадающих с Заявителями точках продаж, основано прежде всего на утверждениях самого Ответчика.

В заявлении в ФАС России (вх. № 31875/20 от 20.02.2020) Ответчик указывал на стр. 2: «При этом во всех названных регионах (г. Москва, Ивановская обл., г. Санкт-Петербург, г. Екатеринбург, г. Челябинск) посредством оптовых продаж реализуются также и кондитерские изделия производства ООО «Бастион м.с.» под товарным знаком «КИСЛЫЙ ВЗРЫВ». Причем иногда и этот его товар, и названный товар конкурентов с применением обозначения «КИСЛЫЙ ВЗРЫВ» реализуют одни и те же оптовые продавцы» (т. 1 л.д. 350). «При этом их товары «леденцовая карамель 5+ Кислый взрыв» (у группы компаний «Сладкая сказка») и «жевательная резинка Кислый взрыв» (у Заявителя) являются взаимозаменяемыми товарами, обращаются на одном и том же рынке в одних и тех же регионах, подчас реализуются одними и теми же продавцами» (т. 1 л.д. 344). «При этом жевательная резинка и леденцовая карамель ... продаются в одном и том же месте (как правило, у касс продуктовых либо универсальных магазинов)...» (т. 1 л.д. 343).

Данные утверждения повторены Ответчиком в своем иске в суд (дело № А40-175483/20): «...они продаются в одних и тех же местах, порой вплотную друг к другу, на одной полке» (т. 2 л.д. 24).

Из материалов дела известны по крайней мере два хозяйствующих субъекта, реализующих одновременно продукцию Заявителей и Ответчика со спорным обозначением: ООО «Лавка Кофе Чая» (г. Челябинск) и ООО «НАЦПРОДУКТ» (г. Ростов-на-Дону). С октября 2019 года Ответчику известно о том, что продавец его жевательной резинки

«Кислый взрыв» ООО «НАЦПРОДУКТ» одновременно реализует леденцовую карамель «Кислый взрыв» Заявителей, о чем Ответчик неоднократно заявлял (см., например, консолидированный отзыв Ответчика т. 3 л.д. 348-360).

5. В отношении предъявления Ответчиком претензий, а затем и иска, к Заявителям и их контрагентам, выводы Комиссии ФАС России изложены выше.

Остальные доводы пункта 5 мнения Ответчика о заключении Комиссии ФАС России об обстоятельствах дела № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства, не имеют отношения к предмету рассматриваемого дела.

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 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.

В силу статьи 14.4 Закона «О защите конкуренции» не допускается недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг.

Оценив в совокупности все имеющиеся в деле доказательства и обстоятельства, установленные в ходе рассмотрения дела, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что является установленной недобросовестность Ответчика, связанная с приобретением и использованием исключительного права на комбинированный товарный знак «Кислый взрыв!!!» по свидетельству № 712665, зарегистрированный 21.05.2019 с датой приоритета 29.06.2018 в отношении товаров 30 класса МКТУ, в том числе кондитерские изделия, карамели (конфеты), конфеты, леденцы.

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

1. Направленность на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности выразилась в приобретении Ответчиком исключительного права на комбинированное обозначение «Кислый взрыв!!!», продолжительное время до даты приоритета спорного товарного знака использовавшееся его конкурентами – Заявителями для индивидуализации вводимой в гражданский оборот продукции – леденцовой карамели. Будучи участником товарного рынка кондитерских изделий, реализуя свою продукцию в совпадающих с Заявителями точках продаж, Ответчик не мог не знать о присутствии на товарном рынке Российской Федерации товара Заявителей, индивидуализированного обозначением «Кислый взрыв!».

Известность потребителям кондитерских изделий и достигнутая обозначением «Кислый взрыв» различительная способность именно в отношении леденцовой карамели подтверждается, в том числе отзывами потребителей, размещенными на сайте потребительских отзывов [rategoods.com](http://rategoods.com) и на сайте маркетплейса Wildberries, свидетельствующими об известности леденцовой карамели «5+ Кислый взрыв» в течение продолжительного времени до написания отзывов.

Кроме того, ООО «Эврика» участвовало с данной продукцией в выставках «ПРОДЭКСПО-2017» и «ПРОДЭКСПО-2018».

Ответчик приобрел исключительное право на обозначение, продолжительное время и весьма активно использовавшееся его конкурентами, получившее известность в отношении кондитерских изделий на соответствующем товарном рынке, и после регистрации 19.05.2019 комбинированного товарного знака «Кислый взрыв!!!» по свидетельству № 712665 использовал приобретенное исключительное право для препятствования конкурентам в осуществлении предпринимательской деятельности путем вытеснения с товарного рынка продукции Заявителей.

2. Противоречие законодательству выражается в нарушении статьи 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883, запрещающей всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах.

3. Указанные действия Ответчика причинили убытки Заявителям, поскольку вынудили Заявителей изменить наименование леденцовой карамели, использовавшееся ими продолжительное время. Кроме того,

претензионная кампания Ответчика позволила ему выявить контрагентов Заявителей и путем предъявления материальных претензий в суд оказать на них давление с целью понудить отказаться от реализации продукции Заявителей. ООО «Европа Уно Трейд СПб», ООО «Лавка кофе чая» и ИП Зверс Н.А. отказались от реализации леденцовой карамели Заявителей и дали обещание Ответчику никогда не торговать данной продукцией. Кроме того, в результате претензионной кампании Ответчика Заявители несут репутационные потери в связи с предъявлением претензий их контрагентам о торговле контрафактным товаром.

Принимая во внимание упомянутые обстоятельства и руководствуясь статьей 10bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883, статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1 - 4 статьи 41, частью 1 статьи 49 Закона «О защите конкуренции», Комиссия ФАС России

### **РЕШИЛА:**

1. Основания для прекращения рассмотрения дела № 08/01/14.4-33/2021 о нарушении антимонопольного законодательства отсутствуют.
2. Признать действия ООО «Бастион м.с.» (ОГРН 1037739358821, ИНН 7729370404, адрес: 115201, г. Москва, ул. Котляковская, д. 3, стр. 13), выразившиеся в приобретении и использовании исключительного права на комбинированный товарный знак «Кислый взрыв!!!» по свидетельству № 712665, зарегистрированный 21.05.2019 с датой приоритета 29.06.2018 в отношении товаров 30 класса МКТУ, в том числе кондитерские изделия, карамели (конфеты), конфеты, леденцы, нарушающими статью 14.4 Закона «О защите конкуренции».
3. Основания для выдачи ООО «Бастион м.с.» (ОГРН 1037739358821, ИНН 7729370404, адрес: 115201, г. Москва, ул. Котляковская, д. 3, стр. 13) предписания о прекращении действий, нарушающих антимонопольное законодательство, отсутствуют.
4. Основания для принятия других мер по пресечению и (или) устранению последствий нарушения антимонопольного законодательства отсутствуют.

Председатель Комиссии К.М. Таукенова

Члены Комиссии: <...>

<...>

<...>

<...>

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