



ФЕДЕРАЛЬНАЯ  
АНТИМОНОПОЛЬНАЯ  
СЛУЖБА  
(ФАС России)

ЗАМЕСТИТЕЛЬ  
РУКОВОДИТЕЛЯ

Руководителям  
территориальных органов  
ФАС России

Садовая Кудринская, 11  
Москва, Д-242, ГСП-3, 125993  
тел. (499) 755-23-23, факс (499) 755-23-24  
delo@fas.gov.ru <http://www.fas.gov.ru>

30.06.2017 № МК/44651/17

На № \_\_\_\_\_ от \_\_\_\_\_

О практике доказывания нарушений,  
квалифицируемых в соответствии с пунктом 2  
статьи 14.6 «О защите конкуренции»

В соответствии с пунктом 5 Плана оказания методической помощи территориальным органам в 2017 году, утвержденного приказом ФАС России от 17.04.2017 № 523/14, ФАС России сообщает.

Из определения недобросовестной конкуренции (НДК), содержащегося в пункте 9 статьи 4 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Федеральный закон «О защите конкуренции»), следует, что для признания действий недобросовестной конкуренцией они должны одновременно соответствовать нескольким условиям, а именно:

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

**Помимо указанных признаков для каждого из составов нарушения необходимо установить специальные признаки.**

Анализ судебной практики показывает, что при рассмотрении дел об оспаривании решений антимонопольных органов суды проверяют доказанность факта наличия в действиях нарушителя как общих признаков НДК, так и объективной стороны конкретного состава нарушения. Соответственно, при



109115

сборе доказательств по делам следует обратить внимание, чтобы все обстоятельства, положенные в основу позиции антимонопольного органа, были надлежащим образом подтверждены документально.

При этом ни Федеральный закон «О защите конкуренции», ни Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации не устанавливают конкретный перечень доказательств, которыми могут быть подтверждены факты недобросовестной конкуренции, и не содержат каких-либо требований к ним, в связи с чем достаточность доказательств определяется Комиссией антимонопольного органа исходя из конкретных обстоятельств каждого дела и оценки всех представленных доводов и документов. Перечень допустимых доказательств не является исчерпывающим.

В настоящее время пунктом 2 статьи 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции» установлен **запрет на недобросовестную конкуренцию 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, также путем копирования или имитации внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом-конкурентом, упаковки такого товара, его этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом (в совокупности фирменной одежды, оформления торгового зала, витрины) или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товар.**

Выделение данной формы связано с тем, что объективная сторона нарушения пункта 1 статьи 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции» не охватывает всех случаев, когда действия хозяйствующего субъекта способны вызвать смешение. Перечисленные там специально охраняемые средства индивидуализации, безусловно, являются основными ориентирами для потребителя при выборе товара, однако на практике хозяйствующие субъекты редко ограничиваются использованием только их.

Индивидуализировать продукцию могут как конкретные обозначения, не зарегистрированные в качестве товарных знаков, так и общий внешний вид, элементы оформления упаковки и другие средства. При смешении продукция хозяйствующего субъекта по тем или иным параметрам настолько напоминает продукцию конкурента, что потребитель способен принять его товар за товар конкурента.

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

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

С учетом изложенного предметом рассмотрения по данной категории дел является не только установление факта копирования (имитации) как таковое, а воздействие такой тактики лица, в отношении которого подано заявление, на конкурентную среду, выражающееся в возможном смешении товаров разных производителей, оформленных с использованием сходных элементов дизайна, цветовой гаммы и т.п. В результате такого смешения потребитель при приобретении товара ошибочно принимает новый товар за давно ему известный, ориентируясь на знакомое ему обозначение, что вызывает отток потребительского спроса от товара правообладателя к товару со сходным до степени смешения обозначением.

Констатация данной формы недобросовестной конкуренции предполагает установление следующих обстоятельств и отражение в решении следующих фактов:

**1. Наличие конкурентных отношений между заявителем и предполагаемым нарушителем (факт введения в оборот товаров на одном и том же рынке).**

При определении лица, признаваемого нарушителем по данной категории дел, следует исходить из пункта 17 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17.02.2011 № 11 «О некоторых вопросах применения Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях», согласно которому частью 2 статьи 14.33 КоАП РФ установлена ответственность за недобросовестную конкуренцию, выразившуюся только во введении в оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг, а не за любое незаконное использование таких результатов или средств, следовательно, субъектом административной ответственности за административные правонарушения, предусмотренные названной нормой, по смыслу указанной части может быть лишь лицо, которое первым ввело в оборот товар с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг.

При установлении факта введения товара в оборот следует руководствоваться правовой позицией, изложенной в определении Верховного суда Российской Федерации от 9 декабря 2015 года № 304-КГ15-8874 по делу № А67-4453/2014, согласно которому не только продажа и обмен товара, но и любое иное введение в гражданский оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности является недобросовестной конкуренцией (производство, предложение к продаже, демонстрация товара на выставках и ярмарках, размещение обозначения, сходного с товарным знаком правообладателя, на интернет-сайте) может

повлечь нарушение исключительных прав правообладателя, поскольку продвижение товара является неотъемлемой частью введения товара в гражданский оборот.

**2. Факт копирования или имитации предполагаемым нарушителем на упаковке, этикетке либо иных способах индивидуализации товара (бизнеса в целом) элементов оформления товара (фирменного стиля и т.п.) заявителя, с описанием непосредственно элементов дизайна (приемов оформления и т.п.), которые используются заявителем и копирование (имитация) которых осуществляется предполагаемым нарушителем;**

Данное обстоятельство может быть установлено визуально должностными лицами антимонопольного органа в случае, если элементы дизайна скопированы полностью, однако в любом случае позиция должна подкрепляться более широкой выборкой лиц, оценивших наличие сходных (идентичных) элементов дизайна (фирменного стиля). Источником таких данных может служить прежде всего социологическое или маркетинговое исследование, где перед респондентами поставлен вопрос о наличии сходства товара в целом и/или отдельных его элементов.

Примером может являться дело Новосибирского УФАС России № 06-01-64-14-15 в отношении ООО ТД «Торговая площадь» (решение от 01 июля 2016 года).

Кроме того, возможно также использование в качестве доказательств заключений специалистов (патентных поверенных в сфере товарных знаков и т.п.), знакомых с нормативным регулированием и практикой по вопросу установления сходства до степени смешения визуальных и смысловых (фонетических) элементов индивидуализации.

Антимонопольное законодательство не придает подобным видам доказательств специальной доказательственной силы, вместе с тем в случае наличия по спорному обстоятельству экспертного заключения (заключения специалиста), представленного одной из сторон, целесообразно предложить иным участникам дела представить дополнительные доказательства, в том числе в форме аналогичных заключений, для целей более полной и всесторонней оценки фактов, особенно в случаях, когда вывод по делу требует специальных познаний.

Примером рассмотрения таких доказательств и принятия решения при наличии в деле противоположных позиций может быть дело Нижегородского УФАС России № 1440-ФАС52-07/15 (решение от 11.03.2016).

**3. Наличие (обоснование) различительной способности у перечисленных элементов в качестве индивидуализации товара, который производит именно Заявитель, стойкой ассоциации потребителя товаров именно с заявителем, с целью установления того факта, что действия лица, копирующего спорные элементы индивидуализации, направлены на получение необоснованных преимуществ при осуществлении**

### **предпринимательской деятельности (доказывание целеполагания).**

Подтверждением данного обстоятельства могут служить документально подтвержденные сведения о фактах осуществления Заявителем мероприятий, направленных на продвижение своего товара под указанным обозначением (реклама, акции или иное), направление коммерческих предложений и заключение договоров задолго до даты выявленного нарушения, участие в выставках, закупках, а также результаты опросов потребителей относительно узнаваемости конкретного хозяйствующего субъекта по спорным средствам индивидуализации.

Для целей применения данной нормы как недобросовестная конкуренция может рассматриваться использование только таких обозначений, на основании восприятия которых потребитель идентифицирует товар как принадлежащий определенному производителю либо продавцу. Объектами, несанкционированное использование которых способно вызвать смешение, могут быть только те, которые способны нести функцию индивидуализации: обладают различительной способностью либо приобрели ее в силу использования. Если форма товара связана в сознании потребителя с определенным производителем, несанкционированное ее использование может привести к смешению. Не может считаться вызывающим смешение, например, реализация товара, внешне аналогичного товару конкурента, при том, что эта аналогия обусловлена какими-либо объективными причинами (батон хлеба, прямоугольная пачка масла и т.п., общепринятое цветовое сочетание на упаковках мороженого обусловлено вкусовыми добавками: коричневый – шоколадное, зеленое – с орехами и др.).

**4. Вероятность смешения, подтверждаемая в первую очередь материалами социологических и/или маркетинговых исследований, из которых следует, что имеется вероятность для потребителя в силу восприятия спорных элементов индивидуализации перепутать товары и купить один вместо другого либо формируется впечатление, что товар (услуга) нарушителя каким-либо образом связаны с заявителем либо причастны к нему, относятся к параллельной продуктовой линейке и т.п. (что ведет к возможному перераспределению спроса на рынке).**

При этом следует исходить из того, что смешение, влекущее возможность приобрести один товар вместо другого, является вероятностным фактором оборота товара на рынке, где выбор его осуществляется самостоятельно потребителем по ряду субъективных критериев, допускающих ошибку с учетом остроты зрения потребителя, имеющегося/затраченного на выбор конкретной упаковки товара времени, степени запоминания наименования конкретного продукта и т.п. В связи с этим следует исключить случаи, когда выбор товара осуществляется на основании исключительно объективных функциональных характеристик (в точном соответствии с описанием технических и функциональных характеристик, как в ходе закупок,

где независимо от способов оформления товара изготовитель устанавливается на основании документов) либо с участием квалифицированных специалистов и по конкретной марке/производителю/показаниям к применению (реализация в аптеке лекарственных препаратов, не находящихся в свободном доступе).

#### **5. Причинение или возможность причинения ущерба конкуренту.**

Во избежание формирования противоречивой практики следует проверять наличие в действиях предполагаемого нарушителя существенного признака НДК – направленности действий на причинения ущерба конкуренту, а также обосновывать наличие ущерба либо угрозы причинения такого ущерба, причем не формальным методом (исходя из презумпции того, что любое нарушение подразумевает получение преимуществ и причиняет ущерб тем, кто соблюдает установленные ограничения), а на основании конкретных доказательств и документов.

Важным показателем для доказывания данного признака является динамика продаж соответствующих товаров заявителя и нарушителя за спорные периоды, которые могут быть представлены сторонами либо запрошены в специализированной организации ООО «Эй Си Нильсен» (121357, Москва, пр-кт Кутузовский, д. 67, к. 2).

Приведенные признаки могут подтверждаться заявителем путем представления экономического обоснования снижения доходов либо ожидаемой прибыли (бухгалтерских справок, писем контрагентов об отказе от контрактов либо уменьшении заказов, запросов уточнения или опровержения в связи с негативными публикациями относительно заявителя, сведений о снижении подписки на печатные издания и т.п.).

Также следует учитывать, что копирование или имитация товара нарушителем в некоторых случаях могут повлечь не только (и не столько) перераспределение спроса на рынке, но угрожают деловой репутации бизнеса заявителя в случае, если изготовителем товара (поставщиком услуги) не поддерживаются требования к качеству работы, на которые рассчитывает потребитель, введенный в заблуждение фактом копирования элементов индивидуализации другого участника рынка. Подобные обстоятельства рассматривались, например, в деле ФАС России №1-14-65/00-08-16.

  
А.Б. Кашеваров

Склярова Я.В. (499) 755-2323 доб.088440