

Дополнительное соглашение

к Соглашению о взаимодействии между
Федеральной антимонопольной службой и Ассоциацией «Некоммерческое
партнерство «Объединение Корпоративных Юристов» от 17 мая 2011 года

~ 09-14 / 0.1

г. Москва

«26» февраля 2019 года

Федеральная антимонопольная служба (далее – **ФАС России**) в лице заместителя руководителя Кашеварова Андрей Борисовича, действующего на основании доверенности №.И А/13983/19 от 25.02.2019, с одной стороны, и

Ассоциация «Некоммерческое партнерство «Объединение Корпоративных Юристов» (далее «**НП «ОКЮР»**») в лице президента Нестеренко Александры Константиновны, действующей на основании Устава, с другой стороны,

вместе именуемые в дальнейшем Стороны,

ПРИНИМАЯ ВО ВНИМАНИЕ:

- Необходимость развития положений Соглашения о взаимодействии между ФАС России и «НП «ОКЮР» по вопросу совершенствования антимонопольного законодательства;
- Имеющуюся практику ФАС России по рассмотрению антимонопольных дел о нарушении положений части 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – **ФЗ «О защите конкуренции»**);
- Негативную тенденцию на рынке, которая выражается в увеличении числа товаров, копирующих или имитирующих внешний вид, упаковку, наименование или другие элементы, индивидуализирующие товар конкурента (т.н. «паразитические товары»);
- Потребность в формировании единообразного подхода к выявлению нарушений по ч. 2 ст. 14.6 **ФЗ «О защите конкуренции»** и их доказыванию,

Стороны заключили настоящее Дополнительное соглашение (далее – **Соглашение**) к Соглашению о взаимодействии между Федеральной антимонопольной службой и Ассоциацией «Некоммерческое партнерство «Объединение Корпоративных Юристов» от 17 мая 2011 года (далее – **Соглашение**) о нижеследующем.

1. При рассмотрении дел по ч. 2 ст. 14.6 **ФЗ «О защите конкуренции»** ФАС России вправе обращаться в «НП «ОКЮР» с запросом о предоставлении заключения специалистов компаний, входящих в «НП «ОКЮР», о наличии копирования или имитации между товарами, являющимися предметом рассмотрела дела в ФАС России.

2. При подготовке заключений специалисты «НП «ОКЮР» будут руководствоваться «Методическими рекомендациями по определению сходства элементов, индивидуализирующих товары, согласно части 2 статьи 14.6 ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Рекомендации), текст которых является приложением к настоящему Соглашению.

3. ФАС России ознакомлен с Рекомендациями, считает их обоснованными и достаточными для подготовки заключения по определению сходства элементов, индивидуализирующих товары, согласно части 2 статьи 14.6 ФЗ «О защите конкуренции».

4. «НП «ОКЮР» обязуется организовать такой порядок выбора специалистов для подготовки заключений по конкретному делу, чтобы обеспечить их беспристрастность и независимость от лиц, участвующих в деле.

5. Настоящее Соглашение составлено в двух экземплярах, по одному для каждой стороны и вступает в силу с даты его подписания Сторонами

Приложения:

- Методические рекомендации по определению сходства элементов, индивидуализирующих товары, согласно части 2 статьи 14.6 ФЗ «О защите конкуренции» на 22 л.

Федеральная антимонопольная служба


А.Б. Кашеваров

Президент
Ассоциации «Некоммерческое
партнерство
«Объединение Корпоративных
Юристов»


А.К. Нестеренко



www.okjur.pf

Приложение к Дополнительному соглашению от 26.02.2016 к Соглашению о взаимодействии между Федеральной антимонопольной службой и Ассоциацией «Некоммерческое партнерство «Объединение Корпоративных Юристов» от 17 мая 2011 года

**МЕТОДИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ОПРЕДЕЛЕНИЮ СХОДСТВА ЭЛЕМЕНТОВ,
ИНДИВИДУАЛИЗИРУЮЩИХ ТОВАРЫ,
СОГЛАСНО ЧАСТИ 2 СТАТЬИ 14.6 ФЗ «О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ»**

ПРЕАМБУЛА

Члены Ассоциации «НП «ОКЮР» (ОКЮР) отмечают негативную тенденцию на рынке, которая выражается в увеличении числа товаров, копирующих или имитирующих внешний вид, упаковку, наименование или другие элементы, индивидуализирующие товар конкурента (т.н. «паразитические товары»).

При производстве и реализации паразитических товаров права на объекты интеллектуальной собственности и средства индивидуализации (в частности, на товарные знаки) могут не нарушаться. Однако ввиду сходства внешнего вида товаров и/или их упаковки до степени смешения потребитель может приобрести товар-имитатор по ошибке, принимая его за товар другого производителя, либо ошибочно относя данный товар к линейке товаров другого изготовителя. Производство и реализация таких товаров, внешний вид и/или упаковка которых сходны до степени смешения с широко известными товарами конкурента, является отдельным видом недобросовестной конкуренции, сопряженной с недобросовестным приобретением конкурентных преимуществ относительно всех остальных производителей товара, руководствующихся добросовестными практиками поведения в гражданском обороте.

На основании положений части 2 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» не допускается недобросовестная конкуренция путем совершения действий, способных вызвать смешение с деятельностью конкурента либо с его товарами, в том числе копирование или имитация внешнего вида товара, упаковки, этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом или иных элементов, индивидуализирующих конкурента или его товар.

Невысокий размер штрафа для нарушителя, длительные сроки рассмотрения дел, а также существенные затраты, которые, как правило, вынуждены нести заявители в связи с доказыванием смешения, приводят к росту количества паразитических товаров и потере продаж у добросовестных производителей.

Таким образом, в целях формирования единообразного подхода к выявлению нарушений ч. 2 ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции» их доказыванию члены Ассоциации ОКЮР принимают методические рекомендации, которыми они готовы руководствоваться при определении сходства элементов, индивидуализирующих товары или хозяйствующих субъектов-конкурентов.

I. ПРИМЕНИМЫЕ НОРМАТИВНО-ПРАВОВЫЕ АКТЫ, ПРАКТИКА РОСПАТЕНТА И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

1.1. Члены ОКЮР признают, что элементы, индивидуализирующие товары или хозяйствующих субъектов, перечисленные в ч. 2 ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции», являются средствами индивидуализации, которые не отнесены к объектам интеллектуальных прав и которым не предоставлена правовая охрана согласно 4-й части ГК РФ.

1.2. Понятие «копирование» с учётом его толкования, изложенного в п. 9.6 Письма ФАС России от 24.12.2015 № ИА/74666/15 "О применении "четвертого антимонопольного пакета" (далее – «Письмо ФАС»), и его словарного значения синонимично понятию «тождество», используемому в п. 6 ст. 1252, ст. 1483 и других нормах 4-й части ГК РФ о средствах индивидуализации, а также в Приказе Минэкономразвития России от 20.07.2015 № 482¹.

1.3. Понятие «имитация» с учётом его толкования, изложенного в п. 9.6 Письма ФАС, и его словарного значения синонимично понятию «сходство до степени смешения», используемому в п. 6 ст. 1252, ст. 1483 и других нормах 4-й части ГК РФ о средствах индивидуализации, а также в Приказе Минэкономразвития России от 20.07.2015 № 482.

1.4. Члены ОКЮР учитывают правовую позицию, изложенную в Постановлении Суда по интеллектуальным правам от 02.11.2018 № С01-935/2018 по делу № А35-5996/2017, о том, что к установлению факта переработки произведений (их сходства) возможно применять по аналогии правила об установлении сходства до степени смешения товарных знаков:

«Авторское право оперирует понятием "производное произведение", которое в силу подпункта 1 пункта 2 статьи 1259 ГК РФ представляет собой переработку другого произведения.

¹ "Об утверждении Правил составления, подачи и рассмотрения документов, являющихся основанием для совершения юридически значимых действий по государственной регистрации товарных знаков, знаков обслуживания, коллективных знаков, Требований к документам, содержащимся в заявке на государственную регистрацию товарного знака, знака обслуживания, коллективного знака, и прилагаемым к ней документам и их форм, Порядка преобразования заявки на государственную регистрацию коллективного знака в заявку на государственную регистрацию товарного знака, знака обслуживания и наоборот, Перечня сведений, указываемых в форме свидетельства на товарный знак (знак обслуживания), форме свидетельства на коллективный знак, формы свидетельства на товарный знак (знак обслуживания), формы свидетельства на коллективный знак"

При этом при оценке фактов наличия или отсутствия переработки произведения изобразительного искусства либо дизайна суды вправе по аналогии использовать общие критерии оценки комбинированных обозначений, включающих изобразительные и словесные элементы, изложенные в Правилах составления, подачи и рассмотрения документов, являющихся основанием для совершения юридически значимых действий по государственной регистрации товарных знаков, знаков обслуживания, коллективных знаков, Требований к документам, содержащимся в заявке на государственную регистрацию товарного знака, знака обслуживания, коллективного знака, и прилагаемым к ней документам и их форм, Порядке преобразования заявки на государственную регистрацию коллективного знака в заявку на государственную регистрацию товарного знака, знака обслуживания и наоборот, Перечне сведений, указываемых в форме свидетельства на товарный знак (знак обслуживания), форме свидетельства на коллективный знак, формы свидетельства на товарный знак (знак обслуживания), формы свидетельства на коллективный знак, утвержденных приказом Министерства экономического развития Российской Федерации от 20.07.2015 N 482 (далее - Правила N 482), на что верно было указано судами первой и апелляционной инстанций.

Также суды обоснованно сослались на разъяснение, содержащееся в пункте 13 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности, утвержденного информационным письмом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13.12.2007 N 122, согласно которому вопрос о степени смешения обозначений является вопросом факта и по общему правилу может быть разрешен судом без назначения экспертизы. Данное разъяснение по аналогии может быть применено и к установлению факта переработки произведения».

1.5. Таким образом, члены ОКЮР считают возможным применять по аналогии положения 4-й части ГК РФ и других нормативно-правовых актов, регулирующие вопросы определения тождества и сходства до степени смешения средств индивидуализации, к установлению факта копирования и/или имитации согласно ч. 2 ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции».

1.6. Члены ОКЮР считают, что для установления факта имитации должны также применяться по аналогии следующие правовые позиции, сформулированные Роспатентом и высшими судебными инстанциями по вопросам о сходстве до степени смешения:

1.6.1. Согласно п. 7.3.3. Приказа Роспатента от 24.07.2018 № 128² следует учитывать, что, как правило, всегда существуют отдельные потребители, которые могут быть чрезмерно рассеянными или по другим причинам часто путают товары и производителей. Равным образом, существует категория потребителей, которые очень наблюдательны или хорошо информированы о приобретаемых товарах и их производителях. При оценке сходства сравниваемых товарных знаков и обозначений до степени смешения не целесообразно ориентироваться на указанные выше узкие группы потребителей, поскольку они не отражают общее положение на рынке. По общему

²«Об утверждении Руководства по осуществлению административных процедур и действий в рамках предоставления государственной услуги по государственной регистрации товарного знака, знака обслуживания, коллективного знака и выдаче свидетельств на товарный знак, знак обслуживания, коллективный знак, их дубликатов».

правилу, оценка опасности смешения должна производиться, исходя из вероятного восприятия среднего потребителя, который предполагается в разумной степени информированным и осмотрительным при покупке соответствующих товаров или услуг.

В качестве доводов могут быть представлены доказательства, свидетельствующие о фактическом смешении товарных знаков. Действующее законодательство не требует представления таких доказательств для вывода о наличии угрозы смешения сравниваемых товарных знаков и обозначений. Вывод о наличии сходства до степени смешения товарных знаков и обозначений может быть сделан на основании их сравнительного анализа в том виде, в котором они заявлены или представлены в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации, с применением соответствующих правовых норм, устанавливающих критерии такого смешения.

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

1.6.3. В соответствии с п. 13 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности, утвержденного информационным письмом Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13.12.2007 № 122, вопрос о сходстве до степени смешения обозначений является вопросом факта и по общему правилу может быть разрешен судом без назначения экспертизы.

Представляется, что анализ и установление сходства до степени смешения (имитации) может осуществляться с точки зрения внутреннего убеждения экспертов ОКЮР, рассматривающих вопрос о сходстве с точки зрения добросовестных рыночных практик и обычаев делового оборота в соответствующей сфере хозяйственной деятельности.

Экспертиза назначается только для разрешения возникших при рассмотрении дела вопросов, требующих специальных знаний. Вопрос о сходстве до степени смешения двух словесных обозначений, применяемых на товарах истца и ответчика, может быть разрешен с позиции рядового потребителя и специальных знаний не требует.

1.6.4. В соответствии с правовой позицией, сформулированной в Постановлении Президиума ВАС РФ от 18.06.2013 № 2050/13 по делу № А40-9614/2012-27-117, для признания сходства товарных знаков достаточно уже самой опасности, а не реального смешения товарных знаков в глазах потребителя.

1.6.5. Согласно правовой позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, содержащейся в Постановлении от 18.07.2006 № 3691/06, должен проводиться

комплексный анализ сходства товарных знаков. При этом вывод о сходстве делается на основе восприятия не отдельных элементов, а товарных знаков в целом (общего впечатления).

Следует признать, что угроза смешения имеет место, если один товарный знак воспринимается за другой или если потребитель понимает, что речь идет не об одном и том же товарном знаке, но полагает, что оба товарных знака принадлежат одному и тому же предприятию.

1.7. Члены ОКЮР также принимают во внимание следующие разъяснения Суда по интеллектуальным правам по делу № А45-20015/2016 о том, что факт **введения в заблуждение** не всегда входит в предмет доказывания по делам об имитации или копировании, то есть нет необходимости устанавливать его в каждом деле об имитации или копировании:

«При этом в силу положений пункта 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции (которая вступила в силу в январе 2016 года, то есть уже после факта вмененного антимонопольным органом обществу ТД «Торговая площадь» нарушения (в 2015 году)) не подлежит выяснению обстоятельство наличия введения в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей.

Достаточно установления только лишь факта 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 или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товар».

1.8. При этом члены ОКЮР признают, что само по себе сходство до степени смешения влечёт риск введения потребителя в заблуждение относительно производителя товара, на что специально указано в Постановлении Суда по интеллектуальным правам от 02.11.2018 № С01-935/2018 по делу № А35-5996/2017:

«Под смешением в целом следует понимать ситуацию, когда потребитель одного товара (товара одного производителя) отождествляет его с другим товаром (товаром другого производителя) либо допускает, несмотря на заметные отличия, производство двух указанных товаров одним лицом. Таким образом, при смешении возникает риск введения потребителя в заблуждение относительно производителя товара».

1.9. Члены ОКЮР также считают возможным применять по аналогии нормативно-правовые акты, разъяснения судебной практики и практику Роспатента, касающиеся использования серии товарных знаков:

1.9.1. Угроза смешения противопоставляемых знаков в отношении однородных товаров и услуг широкого (доступного) потребления усиливается тем, что более ранние товарные знаки имеют доминирующие элементы, объединяющие обозначения в одну серию. В результате основной

потребитель идентифицирует товары и услуги в первую очередь по привычным ему серийным элементам товарных знаков. Как правило, он руководствуется общими впечатлениями (часто нечеткими) о знаке, виденном ранее, не имеет возможности непосредственно сравнить знаки и проявляет меньшую осмотрительность, чем при выборе дорогих товаров и услуг (Постановление Президиума ВАС РФ от 18.07.2006 № 3691/06 по делу № А40-10573/04-5-92).

1.9.2. Товарные знаки истца являются группой (серией) знаков одного правообладателя, если связаны между собой наличием одного и того же доминирующего словесного элемента, имеют фонетическое и семантическое сходство, а также несущественные графические отличия, не изменяющие сущность товарных знаков (п. 33 "Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав", утв. Президиумом Верховного Суда РФ 23.09.2015).

1.9.3. Положения п. 7.3.1 Приказа Роспатента от 24.07.2018 № 128: "В качестве фактического обстоятельства, усиливающего угрозу смешения сравниваемых товарных знаков и обозначений, может выступать использование серии товарных знаков, в основе которой лежит один элемент.



В такой ситуации новое заявленное обозначение с тем же элементом может рассматриваться потребителем как продолжение указанной серии товарных знаков.

В частности, серия товарных знаков может быть образована путем присоединения к сильному элементу различных формантов (INDASFORM, INDASPAD, INDASLIP, INDASEC) или неохранных обозначений (VIZSPA, VIZPOWER, VIZCARE, VIZCLEAN).

Новое заявленное обозначение с тем же сильным элементом (например, INDASTEN и VIZSOFT соответственно) может рассматриваться как сходное до степени смешения с соответствующей серией знаков".

1.9.4. В п. 7.1.2.4 Приказа Роспатента от 24.07.2018 № 128 приведены следующие примеры признания обозначений сходными до степени смешения с серией товарных знаков:

Обозначение/знак, правовая охрана которого испрашивается/оспаривается	Противопоставленный товарный знак/товарные знаки	Результат сравнения
		<p>Обозначению по заявке № 2016720574 отказано в регистрации, поскольку установлено его сходство с серией товарных знаков по международным регистрациям № 536388 и N 1099482.</p>

		<p>Обозначение по заявке № 2013742294 признано сходным с серией товарных знаков по свидетельствам: № 296422, № 338786, № 381921, представляющих собой одно и то же обозначение, зарегистрированное в отношении разных классов МКТУ.</p>
---	---	---

1.10. Члены ОКЮР согласны применять по аналогии нормативно-правовые акты, разъяснения судебной практики и практику Роспатента о повышенной защите «сильных» товарных знаков, то есть известных товарных знаков или товарных знаков, обладающих большой различительной способностью, в частности Определение Верховного Суда РФ от 11.01.2016 по делу № 300-ЭС15-10765, СИП-530/2014.

II. ОПРЕДЕЛЕНИЕ ФАКТА ИМИТАЦИИ

2.1. Многочисленные маркетинговые исследования³ подтверждают, что при выборе товара потребитель руководствуется общими впечатлениями (часто нечёткими) о знаке, виденном ранее, не имеет возможности непосредственно сравнить знаки и проявляет невысокую степень осмотрительности.

Этот факт объясняется тем, что мозг человека может усвоить незначительное количество визуальной информации в один момент времени, а первичное распознавание происходит по цвету и форме, визуальные эффекты сильнее словесных элементов.

Таким образом, факт имитации должен устанавливаться с позиции рядового потребителя, учитывая общее зрительное впечатление, которое производит внешний вид товаров (включая неохраняемые или функциональные элементы) в целом. Этот факт не требует проведения экспертизы.

2.2. Как следует из маркетинговых исследований и исследований специалистов по поведенческой экономике⁴, 70% решений о покупке принимается непосредственно в магазине у полки, и покупатель в среднем тратит около 5 секунд на выбор.

³ «Взлом маркетинга», Фил Барден (Decoded, Phil Barden), 2014; «The Buying Brain: Secrets for Selling to the Subconscious Mind». Dr. A.K. Pradeep, 2015; «Sleights of Mind». Stephen L. Macknik and Susana Martinez-Conde (<http://www.sleightsofmind.com>); Eysenck M. Arousal, Learning and Memory // Psychological Bulletin. – 1976. Vol. 83. – No 3, – P. 389-404; Rossiter J.R., Percy L. Advertising Communications and Promotion Management. – New York: McGraw-Hill. 1997. – P. 602-605.

⁴ «LEVERAGING THE “SEQUENCE OF COGNITION” IN AN OMNI-CHANNEL WORLD”. The Goldstein group. http://tggsmart.com/tggsmart/about_tgg/our-guiding-principle; Richardson J. Evaluating the Finished Package // Handbook of Package Design Research. USA: John Wiley and Sons. 1981. – 590 p.

Узнавание бренда и влияние различных элементов упаковки на выбор бренда взаимосвязано с тем, как человеческий мозг воспринимает объекты. Именно в такой последовательности⁵:

1. Цвет
2. Форма (внешний вид) и структура
3. Изображения / символы
4. Надписи

Потребители в первую очередь обращают внимание на цвет товара (цветовую гамму), затем на его форму (внешний вид) и структуру расположения элементов внешнего вида, после этого на изображения и символы и в последнюю очередь на текст.

2.3. Соответственно, члены ОКЮР соглашаются с тем, что в делах об имитации наиболее оптимальным способом выявления сходства до степени смешения между внешним видом товаров является их сравнение в следующей последовательности: сперва устанавливается цвет (цветовая гамма), затем форма и композиция, после этого - размещённые на товарах (их упаковке) изображения и символы, и в последнюю очередь сравниваются тексты.

В то же время члены ОКЮР признают, что такая последовательность соблюдается не всегда - зачастую потребители обращают внимание только на цвет, форму (внешний вид) и структуру элементов товара (доминирующие элементы), но не придают значения изображениям и надписям на товарах.

Иными словами, доминирующими индивидуализирующими элементами товаров являются их цвет (цветовая гамма) и форма (внешний вид) вместе со структурой элементов формы (внешнего вида). Следовательно, в большинстве случаев для установления факта имитации достаточно будет выявить сходство цвета (цветовой гаммы), формы (внешнего вида) товаров и структуры элементов формы (внешнего вида), независимо от символов (изображений) и текста, размещённых на сравниваемых товарах.

2.4. Таким образом, члены ОКЮР считают возможным сравнивать товары (их внешний вид) по правилам, установленным в п. 43 Приказа Минэкономразвития России от 20.07.2015 № 482 для определения сходства между изобразительными и объёмными обозначениями:

- 1) внешняя форма;
- 2) наличие или отсутствие симметрии;
- 3) смысловое значение;
- 4) вид и характер изображений (натуралистическое, стилизованное, карикатурное и тому подобное);

⁵ “LEVERAGING THE “SEQUENCE OF COGNITION” IN AN OMNI-CHANNEL WORLD”. The Goldstein group.
http://tggsmart.com/tggsmart/about_tgg/our-guiding-principle.

5) сочетание цветов и тонов.

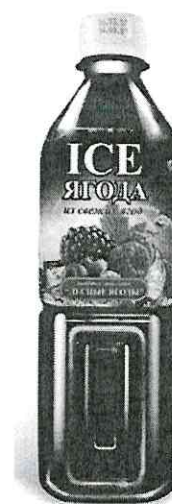
Признаки, указанные в настоящем пункте, учитываются как каждый в отдельности, так и в различных сочетаниях.

2.4.1. Пример такого сходства товаров отражён в Решении Амурского УФАС от 23.12.2016 по делу № А-14.6/27 2016, <http://solutions.fas.gov.ru/to/amurskoe-ufas-rossii/a-14-6-27-2016-67e8427e-0fd8-4e0b-a0ad-65146b9af45b>), где сравнивался внешний вид следующих неалкогольных напитков:

Товар заявителя



Товар имитатора



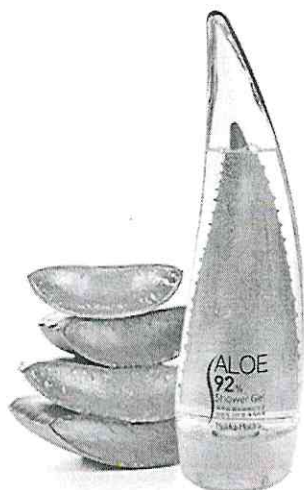
Если бы внешний вид этих же товаров сравнивался по правилам, установленным в п. 43 Приказа Минэкономразвития России от 20.07.2015 № 482, то был бы сделан вывод об их сходстве до степени смешения по следующими признакам:

- использовалась тождественная форма бутылки;
- использовалась тождественная структура элементов внешнего вида товара, а именно расположение этикетки и надписей на ней, цвет и шрифт надписей;
- использовалась тождественная цветовая гамма самого продукта (жидкости);
- дизайн товара имел одинаковый смысл – ледяная свежесть лесных ягод.

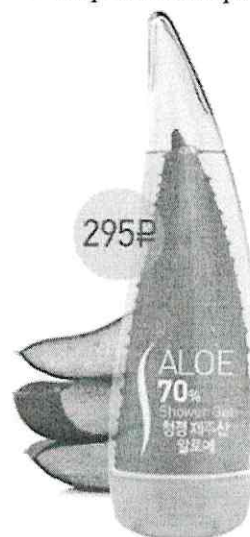
Различия в содержании некоторых надписей и разные изображения ягод являются незначительными различиями и не влияют на вывод о том, что оба товара ассоциируются между собой в целом.

2.4.2. Ещё один пример имитации, который мог быть установлен по правилам п. 43 Приказа Минэкономразвития России от 20.07.2015 № 482, приведён в Решении Московского УФАС от 10.08.2016 по делу № 1-14-468/77-16, <http://solutions.fas.gov.ru/to/moskovskoe-ufas-rossii/no-37039-ot-18-08-2016>):

Товар заявителя



Товар имитатора



Если бы внешний вид этих же товаров сравнивался по правилам, установленным в п. 43 Приказа Минэкономразвития России от 20.07.2015 № 482, то был бы сделан вывод об их сходстве до степени смешения по следующим признакам:

- использовалась тождественные форма бутылки (в форме алоэ) и сходная цветовая гамма;
- использовалась тождественная структура элементов внешнего вида товара, а именно расположение этикетки и надписей на ней, шрифт надписей;
- использовалась тождественная цветовая гамма самого продукта (жидкости) и тождественное изображение листа алоэ на этикетках;
- дизайн товара имел одинаковый смысл – потребитель будто бы выдавливает гель сразу из листа алоэ;
- использовались надписи на корейском, что усиливало общее сходство и создавало впечатление о производстве товаров одним лицом;
- внешний вид товаров ассоциируется в целом, так как создается впечатление, что все товары принадлежат одному производителю и составляют линейку товаров, отличающихся только процентным содержанием экстракта сока алоэ в составе продукта.

2.4.3. В Решении ФАС РФ от 13.08.2018 по делу № 1-14-47/00-08-17, <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-nedobrosovestnoy-konkurentsii/08-63453-18>) сравнивался внешний вид товаров, имеющих совершенно не сходные наименования. Однако, как указано выше, наименования товаров не учитывались при определении сходства и ФАС РФ признала сходными следующие дизайны товаров:

Товар заявителя

Товар имитатора



2.5. Члены ОКЮР признают, что определённые обстоятельства могут повысить вероятность смешения товаров потребителем, и, следовательно, с большей степенью вероятности привести к выводу об имитации товаров. По аналогии с п. 7. 3 Приказа Роспатента от 24.07.2018 № 128 члены ОКЮР договорились считать таковыми следующие обстоятельства:

- высокую различительную способность бренда или внешнего вида конкретного товара этого бренда;
- известность бренда или внешнего вида конкретного товара этого бренда;
- наличие серии (линейки) товаров, выполненных в сходном дизайне и/или с использованием сходных элементов (признаков);
- длительность пребывания на рынке бренда или конкретного товара этого бренда;
- высокую репутацию бренда;
- совпадение или близость сравниваемых товаров (услуг) в группах однородных товаров;

- графическое тождество или сходство до степени смешения шрифтового исполнения словесных обозначений на сравниваемых товарах.

Члены ОКЮР также признают, что вероятность смешения может усиливаться в случае имитации товаров невысокой ценовой категории, а также имитации товаров невысокой ценовой или средней ценовой категории, относящиеся к товарам спонтанного (импульсного) спроса или повседневного спроса.

Наибольшая вероятность смешения имеет место при сочетании нескольких из указанных признаков, например, при имитации известного бренда или известного внешнего вида конкретного товара этого бренда, относящегося к товарам невысокой ценовой категории и к товарам спонтанного (импульсного) спроса.

2.6. Члены ОКЮР принимают во внимание обширную практику ФАС РФ по делам об имитации товаров низкой ценовой категории. В частности, в Решении ФАС РФ от 18.07.2018 по делу № 1-14-155/00-08-17 указано следующее:

"При этом Комиссия ФАС России учитывает, что десертные пироги относятся к товарам повседневного спроса и низкой ценовой категории, приобретение такого товара не предполагает высокой степени внимательности и осмотрительности со стороны покупателя, что при таком уровне сходства создает вероятность неосознанного выбора в пользу товара конкурента.

В случае если действия хозяйствующего субъекта создают возможность смешения его товара с товаром конкурента, то в результате такого смешения потребитель при приобретении товара ошибочно принимает новый товар за давно ему известный, ориентируясь на знакомый ему внешний вид, либо полагает, что оба продукта производятся одним производителем, что вызывает отток потребительского спроса от товара конкурента к товару, оформленному с использованием элементов дизайна его упаковки".

Члены ОКЮР также учитывают, что ФАС РФ уже признавала товарами низкой ценовой категории или товарами повседневного спроса следующие товары:

- соевые соусы (Решение ФАС России от 26.12.2016 по делу № 1-14-73/00-08-16, <https://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-nedobrosovestnoy-konkurentsii/08-90596-16>);
- десертные пироги (Решение ФАС РФ от 18.07.2018 по делу № 1-14-155/00-08-17, <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-nedobrosovestnoy-konkurentsii/ak-55237-18>);
- вареные колбасные изделия (Решение ФАС РФ от 20.08.2018 по делу № 1-14-4/00-08-18, <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-nedobrosovestnoy-konkurentsii/08-65950-18>);

- батончики гематогена (Решение ФАС РФ от 15.02.2018 по делу № 1-14-165/00-08-17, <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-nedobrosovestnoy-konkurentsii/ak-10018-18>);
- мужские дезодоранты, гели для душа, туалетное крем-мыло, крем-гели для душа, зубные пасты, ополаскиватели для рта (Решение ФАС РФ от 13.08.2018 по делу № 1-14-47/00-08-17, <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-nedobrosovestnoy-konkurentsii/08-63453-18>);
- биойогурты (Решение ФАС РФ от 18.08.2017 по делу № 1-14-193/00-08-16, <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-nedobrosovestnoy-konkurentsii/08-58147-17>);
- продукты на основе лапши быстрого приготовления (Решение ФАС РФ от 26.12.2016 по делу № 1-14-93/00-08-16, <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-nedobrosovestnoy-konkurentsii/ak-90389-16>).

2.7. К товарам спонтанного (импульсного) спроса традиционно относятся жевательная резинка, шоколадные батончики, мелкие сладости и другие товары, находящиеся в прикассовой зоне магазинов. Покупатели, находясь в очереди в кассу, зачастую ничем не заняты и по этой причине в большей степени подвержены воздействию рекламных материалов и не имеют много времени для детального изучения товаров.

К товарам спонтанного (импульсного) спроса также могут быть отнесены товары, размещённые в наиболее заметных для покупателей местах магазинов, в частности, на торцевых частях стеллажей, которые хорошо просматриваются по ходу движения покупателей, на полках на уровне глаз.

Для магазинов розничной торговли ритейла импульсные покупки имеют большое значение, поскольку по разным оценкам количество товаров импульсного спроса в сетях минимаркетов может составлять до 50% оборота, в супер- и гипермаркетах – до 20%. Важность места размещения товара подтверждается, в том числе тем, что магазины розничной торговли устанавливают специальные условия поставщикам для размещения своей продукции в конкретных местах магазина.

Таким образом, товары импульсного спроса практически всегда присутствуют в розничных магазинах и им уделяется специальное внимание продавцов. Это обстоятельство позволяет прийти к заключению, что размещение товара-имитатора в наиболее заметных для покупателей местах магазина, а также его размещение рядом с товаром конкурента повышает вероятность смешения этих товаров в глазах потребителей.

2.8. Члены ОКЮР признают, что для любого успешного и прибыльного бизнеса важны сильные бренды. При этом члены ОКЮР согласны с тем, что бренды становятся сильными тогда, когда создаётся "бренд-имидж", когда связанный с брендом товарный знак становится не просто идентификатором конкретного товара, позволяющим выделить этот товар среди других, но служит носителем комплекса информации, касающейся специфического жизненного стиля, поведения и статуса. Сам по себе бренд становится ценным коммерческим активом вне привязки его к конкретным товарам (услугам)⁶.

Ценность сильного бренда заключается в том, что потребители часто заинтересованы в приобретении не столько конкретной вещи, сколько бренда, того имиджа, стиля, который он олицетворяет, или ассоциации, возникающие с брендом как таковым, поскольку такие ассоциации являются средством борьбы за социальный престиж. Цена, которую потребитель платит за футболку, частично отражает ценность футболки как предмета одежды и включает ценность бренда⁷.

Регулирование сильных брендов в российском праве частично охватывается концепцией широко известных товарных знаков. Так, с известным товарным знаком связывается больше потребительских ожиданий, при этом вероятность введения в заблуждение зависит от уровня узнаваемости бренда среди потребителей. "Сущность введения в заблуждение в том, что потребитель должен иметь в виду нечто, с чем он смешивает другой продукт. Чтобы быть введенным в заблуждение, потребитель должен ожидать чего-то"⁸.

Таким образом, с широко известным брендом или внешним видом конкретного товара такого бренда также могут связываться больше потребительских ожиданий и соответственно вероятность введения в заблуждение потребителей может быть выше.

Члены ОКЮР также принимают во внимание следующие разъяснения ФАС РФ о влиянии известности дизайна продуктов заявителя на вывод об имитации (Решение ФАС РФ от 13.08.2018 по делу № 1-14-47/00-08-17, <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-nedobrosovestnoy-konkurentsii/08-63453-18>):

"Таким образом, оценив в совокупности все имеющиеся в деле доказательства и обстоятельства, установленные в ходе рассмотрения дела, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что является установленным, что действия Ответчика по введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации мужских дезодорантов в ассортименте под брендом «CARELAX», гелей для душа в ассортименте под брендом «CARELAX», туалетного крем-мыла, крем-геля для душа в ассортименте под брендом «Delicare», зубных паст, ополаскивателей для рта под брендом «Таежные Рецепты» приводят к смешению с мужскими дезодорантами в ассортименте, гелями для душа под брендом «АХЕ», туалетного крем-мыла, крем-гелей для душа «Dove», зубных паст,

⁶ "Права на товарный знак: Монография". "НОРМА", "ИНФРА-М", 2016; Shenfleben M. The Trademark Tower of Babel-Dilution Concepts in International, US and EC Trademark Law // International Review of Intellectual Property and Competition Law. 2009. Vol. 40. No. 1. P. 45 - 77.

⁷ "Права на товарный знак: Монография". "НОРМА", "ИНФРА-М", 2016; Spence M. Intellectual Property. Oxford, 2007. P. 225.

⁸ "Права на товарный знак: Монография". "НОРМА", "ИНФРА-М", 2016; Spangler Candy Co. v. Crystal Pure Candy Co., 235 F. Supp. 18, 27 (N. D. 111. 1964), aff'd, 353 F.2d 641 (7th Cir. 1965).

ополаскивателей для рта «Лесной Бальзам» производства Заявителя в связи с использованием дизайнерских решений, используемых при оформлении продукции Заявителя. При этом Ответчик имеет возможность продавать свою продукцию по ценам, ниже цен на продукцию Заявителей, в связи с отсутствием необходимости нести затраты на продвижение своей продукции, используя сложившуюся за долгие годы присутствия на российском рынке репутацию Заявителей и высокую степень узнаваемости имитируемых товаров, сформированную за счет широкомасштабной рекламной компании по продвижению рассматриваемых товаров Заявителя.

Элементы упаковки, цветовые комбинации, используемые в течение долгого времени Заявителем, ставшие привычными для покупателя, воспроизведенные в сходном порядке на сходной упаковке конкурента, приводят к смешению продукции различных производителей, и, как следствие, к уменьшению прибыли, на которую мог бы рассчитывать Заявитель при обычных условиях гражданского оборота.

Комбинация цветов, упаковка и размер упаковки – это вид товарной упаковки, которая включает в себя все отличительные черты товара, позволяющие отграничить товар одного производителя от товара другого производителя. Использование упаковки, имитирующей уже признанную, известную на рынке упаковку, позволяет конкуренту воспользоваться репутацией хозяйствующего субъекта, завоевавшего на рынке лидирующие позиции".

Одним из главных способов создания имиджа бренда является широкая и регулярная реклама. На создание имиджа также влияет систематическое использование сходных элементов (признаков), позволяющих обозначить принадлежность разных видов товаров или групп товаров к одному бренду.

Таким образом, известность товаров может подтверждаться объемом продаж, количеством и длительностью рекламы, обзорами в прессе и количеством обсуждений в социальных сетях, длительностью (историей бренда) и объемами продаж.

Так, в одном из дел об имитации, рассмотренных ФАС РФ (Решение ФАС России от 26.12.2016 по делу № 1-14-73/00-08-16, <https://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-vedobrosovestnoy-konkurentsii/08-90596-16>) факт известности в России внешнего вида бутылки-диспенсера соуса "КИККОМАН" был подтвержден следующими доказательствами:

- статьи, опубликованные в печатных изданиях и сети "Интернет", в которых упоминается соевый соус "КИККОМАН" (копии журналов "Гастрономъ" с 2007 по 2011 годы, "Домашний очаг" 2011 года, "National geographic traveler" с 2009 по 2012 годы, "yoga" за 2009 год и иное);
- данные о рекламировании соевого соуса "КИККОМАН" на российском телевидении (телеканалы НТВ, РЕН ТВ, Пятый канал, ТНТ и др.);
- данные о проведении иных мероприятий, направленных на продвижение соевого соуса "КИККОМАН" (участие в фестивалях, выставках и конкурсах, проведение акций и иное);

- в 2003 году бутылка для соуса была выдвинута на первое место как "классика дизайна" в рамках проведения премии в области дизайна "Лаки Страйк", о чем свидетельствуют распечатки с сайтов www.ravmondloewvfoundation.com и www.article.unipack.ru;
- дипломы о награждении "К" (Япония) и ООО "М" золотой медалью за соевый соус "КИККОМАН" в рамках Международного конкурса "ПРОДЭКСПО" за 2007 - 2011 года;
- отчеты рекламных агентств "MAYER" и "THE CHOICE", составленные по результатам проведения мероприятий в торговых сетях, направленных на привлечение внимания к продукции Компании "К" (Япония);
- материалы, подтверждающие продвижение соевого соуса "КИККОМАН" в бутылке 150 мл (диспенсер) через сетевые заведения общественного питания "МАРУКАМЭ" с 2013 года, "ICHIBAN BOSHI" с 2008 года путем предложения посетителям указанных заведений соевого соуса в фирменной таре для использования на столах.

Члены ОКЮР допускают, что факт широкой известности брендов массового спроса или внешнего вида конкретных товаров таких брендов может быть установлен на основании данных, размещённых в открытом доступе в сети "Интернет".

Перечень обстоятельств, свидетельствующих об известности товаров (их внешнего вида) может пополняться по мере развития судебной практики и практики ФАС РФ, а также по мере накопления результатов исследования соответствующих рынков товаров.

2.9. Члены ОКЮР считают, что использование в товаре-имитаторе элементов, систематически используемых для индивидуализации товаров в разных дизайнах одного или нескольких брендов заявителя на протяжении длительного времени (серию элементов), усиливает вероятность смешения такой продукции.

В этом случае смешение может иметь место, если между конкретными дизайнами товаров отсутствует сходство по правилам п. 43 Приказа Минэкономразвития России от 20.07.2015 № 482, но при этом серийные элементы бренда (конкретного товара бренда) заявителя явно узнаются во внешнем виде товара-имитатора.

2.10. Члены ОКЮР признают, что наряду с обстоятельствами, повышающими вероятность смешения, могут иметь место обстоятельства, её понижающие или вовсе её исключающие, то есть обстоятельства, которые могут привести к выводу об отсутствии факта имитации.

Например, вероятность смешения также может быть серьёзно снижена или полностью исключена, если заявитель не использовал внешний вид своего товара длительное время (не менее 5 лет), поскольку потребители могут забыть дизайн, не использовавшийся длительный срок, и соответственно могут перестать ассоциировать его с конкретным производителем (группой компаний) или брендом.

В то же время факт длительного неиспользования внешнего вида товара заявителем не исключает возможности признать действия конкурента по его использованию недобросовестной

конкуренцией. Так, в решении от 24.05.2018 по делу № 1-14-34/00-08-18 (<https://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-nedobrosovestnoy-konkurentsii/ak-37300-18>) ФАС РФ признал недобросовестной конкуренцией согласно ст. 14.8 ФЗ «О защите конкуренции» использование старого дизайна продукции заявителя:

"Направленность действий ООО «ЭКОТЕКС» на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности выразилась во введении в гражданский оборот БАД «Кальций ДЗ» в упаковке, схожей до степени смешения с упаковкой лекарственного препарата «Кальций ДЗ Никомед» производства Общества в старом дизайне, с целью использования узнаваемости продукции Общества, а также использования сформировавшейся у потребителей ассоциации данного продукта с лекарственным препаратом".

Члены ОКЮР также учитывают, что для определённых видов товаров порядок сравнения может быть иным, как, например, в случае с лекарственными средствами. Как установил ФАС РФ, важным элементом для потребителей при выборе лекарств является их наименование (Решение ФАС РФ от 23.03.2017 по делу № 1-14-117/00-08-16 <https://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-nedobrosovestnoy-konkurentsii/08-19727-17>). Разница наименований лекарственных средств Оциллококцидум и Натурноксинум не позволила ФАС РФ сделать вывод об имитации, несмотря на сходство дизайнов упаковки.

Перечень товаров с иным значением индивидуализирующих элементов, а также перечень случаев, когда вероятность смешения может быть снижена или отсутствовать полностью, и перечень доказательств, которые могут подтверждать такие случаи, будет пополняться членами ОКЮР по мере развития судебной практики и практики ФАС РФ, а также по мере накопления результатов исследования соответствующих рынков товаров.

2.11. В то же время члены ОКЮР признают, что даже при наличии обстоятельств, которые могут снизить вероятность смешения, такая вероятность не исключается полностью.

В этом случае члены ОКЮР принимают во внимание позицию, высказанную в Постановлении Президиума ВАС РФ от 18.06.2013 № 2050/13 по делу № А40-9614/2012-27-117, согласно которой для признания сходства товарных знаков достаточно уже самой опасности, а не реального смешения товарных знаков в глазах потребителя.

Таким образом, члены ОКЮР согласны исходить из презумпции, что товар-имитатор создаёт опасность смешения, если будет определено его сходство до степени смешения с товаром-конкурентом по правилам, установленным в п. 43 Приказа Минэкономразвития России от 20.07.2015 № 482.

В то же время члены ОКЮР признают, что с учётом определённых обстоятельств вероятность реального смешения товаров в глазах потребителей может отсутствовать, несмотря на наличие сходства до степени смешения между его товаром и товаром конкурента согласно правилам, установленным в п. 43 Приказа Минэкономразвития России от 20.07.2015 № 482.

2.12. Члены ОКЮР допускают возможной и такую ситуацию, когда внешний вид товаров не является сходным до степени смешения согласно правилам, установленным в п. 43 Приказа Минэкономразвития России от 20.07.2015 № 482, но при этом имеется вероятность смешения таких товаров в глазах потребителей.

На такую возможность указали суды в деле № А56-92760/2017, в котором сравнивался внешний вид следующих товаров:



Суды посчитали недоказанным факт сходства до степени смешения между указанными товарами, но при этом допустили, что несмотря на отсутствие такого сходства возможно введение потребителей в заблуждение. В частности, в постановлении Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 06.06.2018 № 13АП-9627/2018 по делу № А56-92760/2017 указано следующее:

"Очевидным следует вывод о том, что оба товара в спорных упаковках существовали на рынке достаточно давно и не вызывали у потребителей смешения в визуализации и идентификации. ПАО "Петербургский мельничный комбинат" не ссылаясь на жалобы потребителей, которые приобрели товар другого производителя под видом товара ПАО "Петербургский мельничный комбинат", ссылаясь на введение их в заблуждение внешним видом товара, а, следовательно, потребители муки за несколько лет существования на рынке товара данных производителей-конкурентов уже определились со своими приоритетами и вряд ли их может смутить дизайн упаковки товара. При нынешней насыщенности рынка мукой различных производителей, в том числе иностранных, навряд ли ПАО "Петербургский мельничный комбинат" может утверждать о причинении ему ущерба именно действиями ОАО "Петрофаск" путем введения в оборот товара в упаковке, схожей до степени смешения с упаковкой муки "ПРЕДПОРТОВАЯ".

Если бы заявитель смог доказать обратное, в частности наличие введения потребителей в заблуждение, то суды могли бы признать имитацией и использование дизайна, не являющегося сходным до степени смешения.

Для установления факта реального смешения также могут учитываться по аналогии следующие разъяснения Роспатента, изложенные в п. 7.3.3. Приказа Роспатента от 24.07.2018 № 128:

"Необходимо установить, что случаи фактического смешения обозначений потребителями не являются редкими исключениями и возникают в типичной ситуации торговли соответствующими товарами или услугами.

Невозможно заранее указать, какое количество случаев фактического смешения товарных знаков и обозначений будет являться достаточным для вывода о наличии угрозы их смешения в той или иной ситуации. Такая оценка может быть дана из анализа всей совокупности обстоятельств конкретного случая, включая общее количество потребителей соответствующих товаров и услуг, а также длительность их присутствия на рынке. Например, если соответствующие товары и услуги длительное время в больших объемах присутствуют на рынке, а случаи смешения являются редкими, то такие факты будут иметь малое значение в оценке вероятности смешения обозначений.

В качестве доказательств фактического смешения, как правило, могут быть представлены: результаты социологических опросов, письма и жалобы контрагентов и потребителей, сведения из средств массовой информации и сети Интернет, включая общение потребителей на форумах и в блогах.

Результаты правильно проведенного социологического опроса могут дать представление о восприятии потребителями сравниваемых товарных знаков и обозначений и свидетельствовать о наличии угрозы их смешения на рынке.

Вместе с тем на практике часто вследствие тех или иных недостатков или ошибок, допущенных при проведении опроса и формировании его результатов, реальное восприятие потребителями сравниваемых обозначений может быть подвергнуто искажению.

Так, при проведении социологического опроса респонденты осознано и целенаправленно подходят к вопросу о восприятии приводимых товарных знаков и обозначений, а также имеют возможность непосредственно сравнить товарные знаки и обдумать свой ответ необходимое время. На практике, как правило, возможность одновременного восприятия сравниваемых обозначений у потребителей отсутствует, они сравнивают товарный знак с образом, хранящимся в их памяти, и при этом не думают о вопросах смешения товарных знаков.

Также необходимо учитывать, что в условиях социологического опроса, как правило, респонденты легче отличают известные ему товарные знаки от иных сходных обозначений, в то время как в реальности при спонтанном выборе товаров известность более раннего товарного знака обуславливает большую опасность смешения.

Кроме того, необходимо иметь в виду, что результаты социологического опроса могут быть искажены, в том числе преднамеренно, путем соответствующего изменения порядка вопросов, их формулировки и другим способом.

Так, например, при оспаривании решения Роспатента от 26.04.2013, принятого по результатам экспертизы заявленного обозначения, о регистрации товарного знака по № 393200 со словесным обозначением "ELLE", в подтверждение своих доводов заявителем были предоставлены результаты социологического опроса. При этом Роспатент указал, что при проведении указанного опроса был использован инструментарий, заведомо формировавший мнение опрашиваемых потребителей, а их ответы на вопросы являлись предсказуемыми и ожидаемыми.

В частности, обозначения со словом "ELLE" были помещены на предлагавшихся респондентам демонстрационных карточках, сами по себе несомненно являлись сходными, но мнение об их сходстве вне связи с индивидуализируемыми ими конкретными товарами не могло быть положено в основу для вывода о способности оспариваемого товарного знака ввести в заблуждение потребителя относительно изготовителя определенных товаров.

При проведении данного опроса были использованы наводящие вопросы и принцип последовательности, согласно которому люди готовы изменить свои установки, мнения, оценки и поступки ради того, чтобы они согласовывались между собой, что повлияло на достоверность репрезентативности полученных данных.

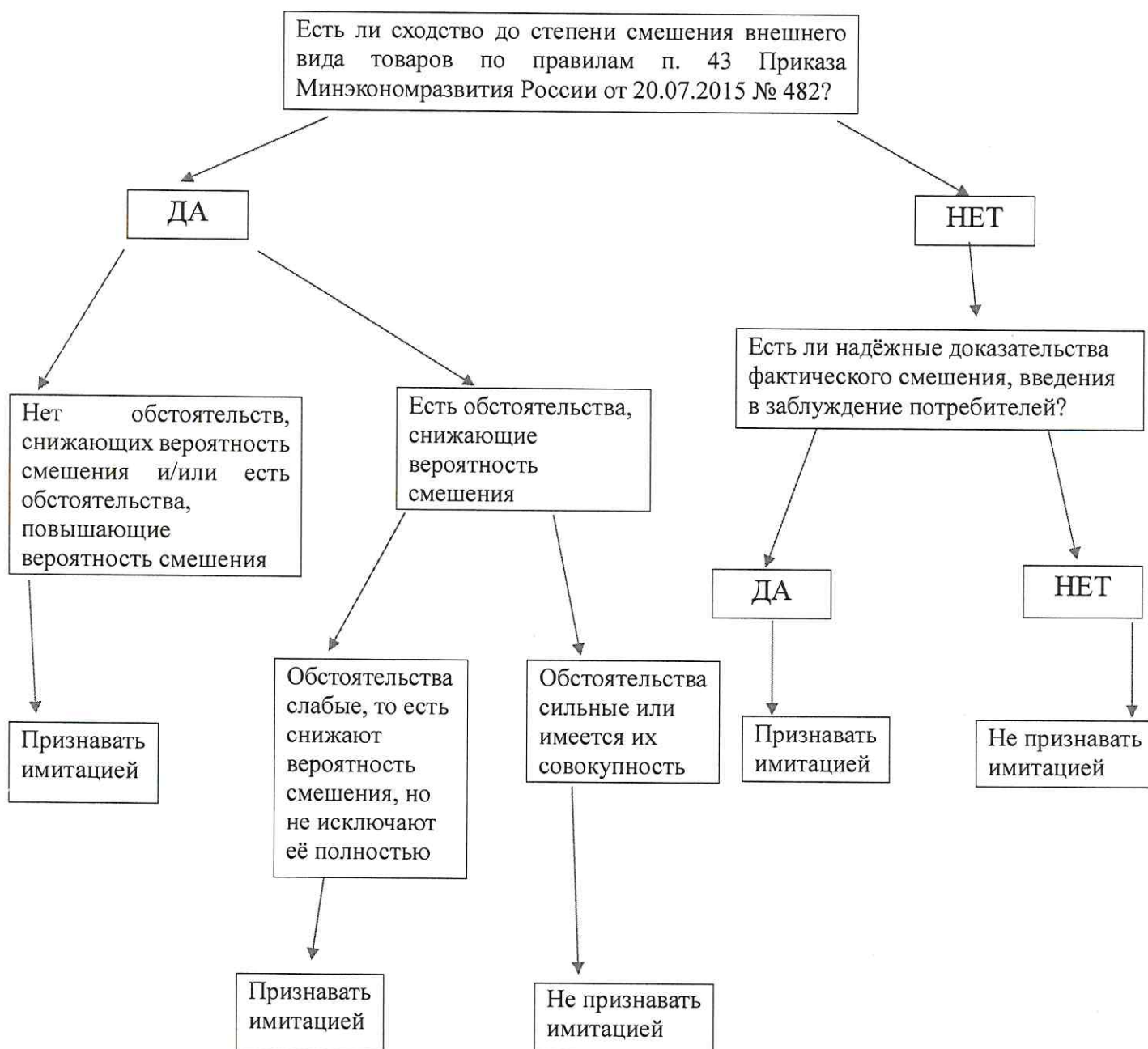
Также должна быть дана соответствующая оценка результатам социологического опроса, проведенного без учета обстоятельств, необходимых для вывода о сходстве товарных знаков до степени смешения, исходя из требований действующего законодательства. В зависимости от ситуации, к таким обстоятельствам может относиться исследование опасности смешения товарных знаков без учета товаров и услуг, для которых они зарегистрированы, или содержащиеся в результатах опроса выводы о сходстве сравниваемых товарных знаков до степени смешения, в то время как вопросы, задаваемые респондентам, относились к другим обозначениям.

Таким образом, результаты социологического опроса подлежат оценке как с точки зрения выводов, сделанных по результатам опроса мнения потребителей, так и с точки зрения использования методики, круга опрошенных лиц, поставленных вопросов, представленных респондентам наглядных материалов и других обстоятельств".

2.13. Таким образом, члены ОКЮР договорились сравнивать товары в делах об имитации следующим образом: вначале сравнивать внешний вид по правилам, установленным в п. 43 Приказа Минэкономразвития России от 20.07.2015 № 482, затем, если такое сходство будет установлено, учитывать обстоятельства, свидетельствующие как о более высокой вероятности смешения (пп. 2.5-2.9 настоящих рекомендаций), так и обстоятельства, свидетельствующие о более низкой вероятности смешения.

Если сходство до степени смешения по правилам п. 43 Приказа Минэкономразвития России от 20.07.2015 № 482 не установлено, то единственным основанием для признания внешнего вида товара-имитатора имитацией будет наличие сильных доказательств реального смешения товаров потребителями или введения их в заблуждение.

С учётом всего вышеизложенного члены ОКЮР полагают, что процесс установления факта имитации можно схематично изобразить следующим образом:



III. ОПРЕДЕЛЕНИЕ ФАКТА КОПИРОВАНИЯ

3.1. Ч. 2 ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции» запрещает копировать внешний вид изделия в целом, а также другие элементы, индивидуализирующие товар, в отдельности, в частности, упаковку товара, его этикетку, наименование, цветовую гамму.

3.2. Члены ОКЮР считают возможным признавать недобросовестной конкуренцией копирование любого из элементов внешнего вида товара, прямо поименованных в ч. 2 ст. 14.6, в отдельности при том условии, что такой элемент имеет достаточную степень оригинальности и/или различительной способности. Например, признавать незаконным внешний вид товара или его упаковки, представляющего копирование одной только цветовой гаммы товара-конкурента, при изменении содержания упаковки товара, его формы. Точно также возможно признать незаконным копирование одной упаковки товара или одного только наименования товара (не зарегистрированного в качестве товарного знака) с изменением остальных элементов внешнего вида товара и т. д.

3.3. Члены ОКЮР признают, что для определения факта копирования разных элементов внешнего вида товара может применяться разный стандарт доказывания.

Например, для признания копирования одной только формы товара должны применяться самые высокие требования, поскольку определённая форма товаров может быть типичной для отдельных рынков, как, например, форма бутылок. Соответственно, защита формы бутылок возможна только в отношении оригинальных (уникальных) форм бутылок, особенности дизайна которых не связаны с функциональным назначением формы бутылок.

Члены ОКЮР признают, что использование чужого наименования может признаваться копированием, если такое наименование стало известно широкому кругу потребителей перед тем, как такое же наименование начал использовать конкурент.

Для признания факта копирования цветовой гаммы или упаковки товара достаточно применять обычный стандарт доказывания, и в большинстве случаев факт копирования может устанавливаться с позиции рядового потребителя без проведения экспертизы.

3.4. При определении факта копирования не учитываются наименование производителя и иные элементы, которые всегда отличаются друг от друга на любом товаре.