

Новосёловой Л.А.
Председателю
Суда по интеллектуальным правам
от: Сосова М.А.
11931, г. Москва,
ул.Крупской, 4-2-58

относительно: случайное распределение дел

Уважаемая Людмила Александровна,

В настоящий момент между компаниями «АкваЛайф» и «Нестле Вотерс» проходит 14 абсолютно одинаковых судебных процессов (см. приложение).

Мнения судей Суда по интеллектуальным правам по данным спорам разделились: если в тройке судей нет одновременно двух судей, уважаемого Николая Николаевича Тарасова и уважаемого Сергея Михайловича Уколова, судебный акт принимается в пользу ответчика, если в тройке судей присутствуют указанные судьи, постановление выносится в пользу истца.

Но вопрос не в том, какого мнения придерживаются те или иные судьи Суда по интеллектуальным правам¹. Вопрос в следующем: после того, как в подавляющем большинстве дел Суд по интеллектуальным правам встал на сторону импортёра, все вновь поступающие в Суд по интеллектуальным правам дела между указанными лицами стали распределяться уважаемому Николаю Николаевичу Тарасову и уважаемому Сергею Михайловичу Уколову.

Аналогичная ситуация с участием судьи Тарасова Н.Н., кстати, имела место в Арбитражном суде города Москвы в 2011 году. Если изначально в Арбитражном суде города Москвы споры по параллельному импорту разрешались в пользу импортёров:

№ дела	товарный знак	товары	результат
A40-2250/09-51-27	KYB и KAYABA	запчасти для автомобилей	отказано
A40-41910/09-27-380	KYB и KAYABA	запчасти для автомобилей	отказано
A40-143317/09-27-1028	Guinness	пиво	отказано

¹ например, убедить уважаемого Николая Николаевича Тарасова в том, что отказные определения ВАС РФ и ВС РФ не содержат правовые позиции ВАС РФ и ВС РФ, а товарные знаки не вводятся в гражданский оборот, мы не смогли, хотя потратили на это три года (см. особое мнение судьи Тарасова Н.Н. по делу № С01-593/2014 – приложение № 2). По вопросу введения товарных знаков в гражданский оборот см. также определение от 29.05.2014г. по делу № С01-145/2014. и определение от 23.04.2014г. по делу № С01-196/2013.

A40-46674/10-12-279	Guinness	пиво	отказано
A40-60322/10-12-360	Krusovice	пиво	отказано
A40-79472/10-143-682	Guinness	пиво	отказано
A40-85958/10-27-746	Guinness	пиво	отказано
A40-492/11-26-3	Vittel	минеральная вода	отказано
A40-5568/11-26-41	Perrier	минеральная вода	отказано
A40-12515/11-27-104	S.Pellegrino	минеральная вода	удовлетворено
A40-17875/11-12-157	Perrier	минеральная вода	отказано
A40-17879/11-51-150	Vittel	минеральная вода	отказано
A40-30264/11-12-274	Perrier, Vittel	минеральная вода	отказано
A40-34482/11-110-272	Perrier, Vittel	минеральная вода	отказано
A40-63660/11-5-392	Vittel	минеральная вода	удовлетворено частично - судья Тарасов Н.Н.

- то затем дела стали передаваться уважаемому Николаю Николаевичу Тарасову, в том числе дела, принятые к производству другими судьями (см. А40-134376/11-19-267, А40-134373/11-19-265, А40-134376/11-19-266), в результате была сформирована «правильная» судебная практика по параллельному импорту. К вопросу о том, кто запретил параллельный импорт в нашей стране: законодатель или судьи - см. приложение № 3,4.

Но возвращаясь к цели нашего обращения, будем признательны, если Вы сможете сообщить, кто в Суде по интеллектуальным правам осуществляет распределение перечисленных дел.

Искренне Ваш,
Сосов М.А.

21.11.2014г.

Приложение:

- ✓ 1. таблица,
- ✓ 2. особое мнение судьи Тарасова Н.Н. по делу № С01-593/2014,
- ✓ 3. копия апелляционной жалобы по делу № А66-12448/2013,
- ✓ 4. копия кассационной жалобы по делу «ЕГЭ» № А40-141186/13-117-1287.

№	Первая инстанция	Девятый ААС	СИП	судьи СИП	дата рассмотрения в СИПе
A40-102940/13	удовлетворено частично	оставлено в силе	полностью отменено	Васильева Т.В., Голофаев В.В., Уколов С.М.	16.06.2014г.
A40-98350/13	удовлетворено полностью	оставлено в силе	оставлено в силе	Уколов С.М. , Данилов Г.Ю., Химичев В.А.	04.08.2014г.
A40-95398/13	удовлетворено полностью	оставлено в силе	полностью отменено	Бултаков Д.А., Васильева Т.В., Голофаев В.В.	09.09.2014г.
A40-102936/13	удовлетворено частично	оставлено в силе	полностью отменено	Голофаев В.В., Бултаков Д.А., Потадаев Н.Н.	07.10.2014г.
A40-93013/13	удовлетворено частично	оставлено в силе	полностью отменено	Потадаев Н.Н., Кручинина Н.А., Тарасов Н.Н.	13.10.2014г.
A40-91181/13	удовлетворено полностью	оставлено в силе	полностью отменено	Бултаков Д.А., Голофаев В.В., Уколов С.М.	15.10.2014г.
A40-95393/13	удовлетворено полностью	оставлено в силе	оставлено в силе	Тарасов Н.Н. , Потадаев Н.Н., Уколов С.М.	19.11.2014г.
A40-153306/13	удовлетворено частично	оставлено в силе		Тарасов Н.Н.	
A40-72923/14	бюджет удовлетворено частично			Тарасов Н.Н.	
A40-77543/14	удовлетворено частично			Уколов С.М.	

А40-26875/14	удовлетворено полностью					
А40-135583/13	удовлетворено полностью	оставлено в силе				
А40-141186/13	удовлетворено полностью	оставлено в силе				
А40-92170/14	удовлетворено полностью					



СУД ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫМ ПРАВАМ

улица Машкова, дом 13, строение 1, Москва, 105062

<http://ipc.arbitr.ru>

ОСОБОЕ МНЕНИЕ

Судьи Суда по интеллектуальным правам Н.Н. Тарасова

С уважением относясь к принятому большинством членов судебной коллегии решению по делу № А40-93013/2013 (№ С01-593/2014), но принимая во внимание, что оно не соответствует букве закона и противоречит сложившейся судебной практике, вынужден выразить свое особое мнение в отношении следующего.

Принимая решение о необходимости отмены обжалуемых по настоящему делу судебных актов (решение Арбитражного суда города Москвы от 31.10.2014 по делу № А40-93013/2013 и постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21.01.2014 по этому же делу) и направлении их на новое рассмотрение в суд первой инстанции, большинство членов судебной коллегии апеллировало к судебным актам Суда по интеллектуальным правам, вынесенным им по таким делам, в частности, как № А40-91181/2013 (С01-841/2014, резолютивная часть постановления суда кассационной инстанции от 15.10.2014), № А40-95398/2013 (С01-706, постановление суда кассационной инстанции от 12.09.2014), Дело № А40-102936/2013 (С01-421, постановление суда кассационной инстанции от 12.10.2014).

Между тем, членами судебной коллегии не был обоснован

принципиально новый методологический подход к правомерности заявления в арбитражный суд требований о признании незаконным, нарушающим исключительные права истца, ввоза на территорию Российской Федерации товара (минеральная вода), маркированного его товарными знаками по декларации на товары; о запрете ответчику совершать любые действия по введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации товара, указанного в конкретной декларации на товары, маркированного названными товарными знаками, без согласия правообладателя данных товарных знаков, в том числе: ввоз, хранение, перевозку с целью продажи на территории Российской Федерации, предложение к продаже, продажу, демонстрацию на выставках и ярмарках или иное введение в гражданский оборот на территории Российской Федерации; об обязанности ответчика за его счет изъять из гражданского оборота и уничтожить названный в декларации товар.

Это новая, формируемая Судом по интеллектуальным правам правоприменительная практика противоречит ранее принятым вынесенным им же самим судебным актам, в том числе постановлению Суда по интеллектуальным правам от 30.04.2013 № С01-135/2014, оставленному в силе определением Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 27.05.2014 № ВАС-6197/14, постановлению Суда по интеллектуальным правам от 04.08.2014 № С01-536/2014 по делу № А40-98350/2013.

Кроме того, названная практика Суда по интеллектуальным правам противоречит сложившейся в Арбитражном суде города Москвы судебной практике, в том числе по делам с участием этого же истца, например по делу № А40-17875/11 (определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации об отказе в передаче дела в президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.02.2012 № ВАС-15822/12), по делу № А40-30264/11-12-274 (определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации об отказе в передаче дела в президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от

15.10.2012 № ВАС-12700/12), по делу № А40-63660/2011 (определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации об отказе в передаче дела в президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17.10.2012 ВАС-12821/12), по делу № А40-34482/2011 (определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации об отказе в передаче дела в президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17.10.2012 ВАС-39/12), по делу № А40-5568/11-24-41).

В то же время, указывая на то, что судами первой и апелляционной инстанций не указано в обжалуемых судебных актах на то, какой правовой нормой предусмотрен такой способ защиты права, как требование о признании незаконным, нарушающим исключительные права истца, ввоза на территорию Российской Федерации, а также на то, каким образом права истца могут быть эффективно защищены таким признанием, с учетом того, что установлению факта нарушения права относится к основанию, а не к предмету иска, суд кассационной инстанции не принял во внимание, что такой способ защиты права не противоречит положениям статьи 12, подпункту 1 пункта 1 статьи 1252 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ).

При этом, исходя из положений статьи 1484 ГК РФ, ввоз на территорию РФ товара с нанесенным на него товарным знаком является самостоятельным способом использования этого товарного знака, что согласуется с правовой позицией, изложенной в пункте 15 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.

Аналогичная правовая позиция доведена до сведения арбитражных судов Российской Федерации Определением ВАС РФ от 01.07.2011 по делу № ВАС-5318/11, согласно выводам которого общество, осуществившее ввоз на территорию Российской Федерации спорного товара без согласия

правообладателя на использование товарного знака этим способом, независимо от того, что оно само не наносило соответствующий товарный знак на товар, является нарушителем исключительных прав истца на данный товарный знак.

На основании изложенного, **введение в гражданский оборот чужого товарного знака** путем ввоза на территорию Российской Федерации товара, маркированного названным товаром, идентификация которого произведена истцом применительно к той товарной партии, которая была предъявлена к таможенному оформлению и таможенному контролю применительно к конкретной декларации на товары (а иных сведений у истца не может быть по умолчанию), осуществленное без согласия правообладателя, является незаконным в силу прямого противоречия таких действий нормам федерального закона, поскольку в соответствии со статьей 1487 ГК РФ, учитывая существование общего запрета (абзац 2 пункта 1 статьи 1229, пункта 3 статьи 1484 ГК РФ), введение в гражданский оборот на территории Российской Федерации не правообладателем и без его согласия товаров с использованием охраняемого товарного знака является незаконным.

Товар, введенный в оборот за пределами Российской Федерации с согласия правообладателя, но ввезенный в Российскую Федерацию без согласия правообладателя, считается по ГК РФ незаконно введенным в гражданский оборот.

При этом согласно подпункту 2 пункта 1 статьи 1252 ГК РФ одним из способов защиты исключительных прав средства индивидуализации является предъявление требования о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, - к лицу, совершающему такие действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним.

Суд кассационной инстанции, выразив сомнение в целесообразности заявления названных требований, фактически лишил истца возможности устранить правовую неопределенность, возникшую между ним и импортером продукции, маркированной товарными знаками истца.

(Общеизвестным является тот факт, что лица, осуществляющие импорт товаров, маркированных чужими товарными знаками, категорически не признают фактов нарушения исключительных прав правообладателей названных товарных знаков).

Между тем, иск о признании действий незаконными предусмотрен в Гражданском кодексе Российской Федерации и представляет собой разновидностью иска о признании. Целью такого иска является внесение ясности в юридические отношения истца и ответчика, констатацию судом того факта, что они состоят друг с другом в определенных правоотношениях.

Такой правовой подход отражен, в частности в **определениях** Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17.10.2012 № ВАС-39/12, от 17.10.2012 № ВАС-12821/12, от 15.10.2012 № ВАС-12700/12 и других.

Те мотивы, что суды не установили, каким образом судебный акт будет исполнен в части требований о запрете ввоза товара, носят предположительный характер и не соответствуют положениям правовой позиции, изложенной в названном выше пункте 15 Обзора, согласно которой ввоз на территорию Российской Федерации является элементом введения товара в гражданский оборот на территории Российской Федерации и представляет собой самостоятельное нарушение прав владельца товарного знака.

При этом по сути заявленное требование представляет собой именно требование о запрете ввода в гражданский оборот товаров, маркированных товарным знаком истца.

По сути, истца удовлетворение судами его требования устраивает, по этому удовлетворение заявления об обратном со стороны ответчика, либо же самостоятельный вывод суда в данном отношении, с моей точки зрения, носит неправовой характер.

Согласно статье 4 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации заинтересованное лицо вправе обратиться в арбитражный суд за защитой своих нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов.

При этом в случае удовлетворения заявленного требования, суд обязан отразить в мотивировочной либо резолютивной части судебного акта способ восстановления нарушенного права.

Согласно пункту 1 статьи 1250 ГК РФ исключительные права защищаются способами, предусмотренными Гражданским кодексом Российской Федерации, с учетом существа нарушенного права и последствий нарушения этого права.

В силу статьи 1252 ГК РФ защита исключительных прав осуществляется, в частности, путем предъявления требования о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения.

Предусмотренные Гражданским кодексом Российской Федерации способы защиты интеллектуальных прав могут применяться по требованию правообладателя. Выбор способов защиты и мер, направленных на защиту исключительных прав, принадлежит правообладателю.

Суд вправе апеллировать к доводу о применении способа защиты нарушенных прав, не направленного на восстановление этих прав, однако такие действия суда не должны осуществляться за счет ущемления процессуальных прав истца.

Между тем, фактически лишая возможности истца заявить требование о признании факта нарушения его исключительных прав иным лицом, суд фактически лишил истца возможности воспользоваться положениями статьи 1253 ГК РФ для пресечения незаконной деятельности лица, систематически нарушающего названные исключительные права.

Более того, судом не принято во внимание, что решение суда в данной части является судебным актом о признании и не подлежит принудительному исполнению в порядке, определенном Федеральным законом от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве».

Кроме того, суд кассационной инстанции не мог самостоятельно исследовать те обстоятельства, связанные с подачей иска, как то подача иска в тот период, когда товар находился под таможенным контролем, нахождение товара под действием обеспечительных мер и т.д.

Хотя в последнем случае ввоз товара на таможенную территорию Российской Федерации вообще не был осуществлен (не путать с доставкой перевозчиком находящегося под таможенным контролем груза в пункт таможенного оформления и таможенного контроля).

Аналогично предположительный характер носят и доводы суда о том, индивидуализирован ли спорный товар в достаточной мере, с тем, чтобы обеспечить исполнимость судебного акта применительно к способу защиты, избранному истцом.

Судом не принято во внимание, что согласно действующему законодательству, регламентирующему оборот товаров, номер декларации на товары указывается в товаро-сопроводительных документах.

Так, согласно подпунктам 13 и 14 пункта 5 статьи 169 Налогового кодекса Российской Федерации обязательными реквизитами счета-фактуры являются страна происхождения товара и номер таможенной декларации. Данные сведения указываются в отношении товаров, страной происхождения которых не является Российская Федерация.

Форма счета-фактуры, применяемого при расчетах по налогу на добавленную стоимость, и Правила его заполнения утверждены Постановлением Правительства РФ от 26.12.2011 № 1137 «О формах и Правилах заполнения (ведения) документов, применяемых при расчетах по налогу на добавленную стоимость».

Согласно подпункту «л» пункта 2 Правил установлено, что в графе 11 счета-фактуры следует указывать номер таможенной декларации.

Предполагается, что требование суда об указании истцом при подаче иска на иные сведения в отношении индивидуализации товара, помимо указания им в иске на маркировку товара, декларацию на товар, содержащие

сведения о поставщике и получателе спорной продукции, ее количестве и объемах, особенностях поставки на территорию Российской Федерации, вплоть до указания сведений о государственных регистрационных номерах транспортных средств, посредством которых груз был доставлен на территорию поста таможенного оформления и таможенного контроля и, в свою очередь, вывезен с нее в распоряжение ответчика, противоречит указанным в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации принципам состязательности судебного процесса.

Судья

Н.Н. Тарасов

Четырнадцатый арбитражный апелляционный суд
160001, г.Вологда, ул.Батюшкова, д.12

от истца: K&K Thomas Maurer GmbH
Pfaffentalstr., 67, 66399,
Mandelbachtal, Germany

адрес для почтовой корреспонденции:
Сосову М.А., 119311, г.Москва,
ул.Крупской, 4-2-58

ответчик: Российская Федерация в лице
Высшего Арбитражного Суда
101000, г.Москва,
Малый Харитоньевский пер., д.12

третьи лица: (1) ФАС ЗСО
625010, г.Тюмень, ул.Ленина, д.74

(2) Президент
Российской Федерации
103132, г.Москва,
ул.Ильинка, д.23

(3) ООО «Эбботт Лэбораториз»
125171, г.Москва, Ленинградское шоссе,
д.16а, стр.1, Бизнес Центр Метрополис

(4) Baker & McKenzie
127006, г.Москва
Долгоруковская улица, д.7
Садовая Плаза, 12 этаж

(5) ГБУЗ "Краевая клиническая больница № 1
имени профессора С. В. Очаповского"
350086, г.Краснодар,
ул.Первого мая, д.167

(6) ООО «Куфран-С»
630090, г.Новосибирск,
ул.Терешковой, д.29

предмет спора: о защите иностранных корпораций
от российского государства
и российского потребителя¹

дело № А66-12448/2013

апелляционная жалоба

Уважаемый суд,

Просим отменить решение Арбитражного суда Тверской области
от 03.04.2014г., требование Истца удовлетворить в полном объеме.

¹ Информация о движении дела может быть получена в сети Интернет: «С
ВАС 5 миллионов, или во что обходятся бюджету РФ ratio
decidendi...»/Закон.ру/15.07.2013г.
http://zakon.ru/Discussions/s_vas_5_millionov_ili_vo_chto_obxodyatsya_byudzhetu_rf_ratio_decidendi/7467

В оспариваемом решении отмечается следующее:

В соответствии с законоположениями статей 16, 1069 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) убытки либо вред, причиненные гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, в том числе издания не соответствующего закону или иному правовому акту акта государственного органа или органа местного самоуправления, подлежат возмещению Российской Федерацией, соответствующим субъектом Российской Федерации или муниципальным образованием.

Наряду с этим Гражданский кодекс Российской Федерации (пункт 2 статьи 1070) предусматривает специальное условие ответственности за вред, причинённый при **осуществлении правосудия**: таковой подлежит возмещению в случае, если вина судьи установлена приговором суда, вступившим в законную силу.

Применение данных правовых норм предполагает наличие как общих условий деликтной ответственности (наличие вреда, противоправность действий его причинителя, наличие причинной связи между вредом и противоправными действиями, вины причинителя), так и специальных, связанных с особенностями субъекта ответственности и характера его незаконных действий. Отсутствие (или недоказанность) хотя бы одного из указанных условий является достаточным основанием для отказа в удовлетворении иска о взыскании убытков (о возмещении вреда).

Анализ представленных материалов дела в их совокупности позволяет сделать вывод о том, что надлежащего подтверждения установленных законом условий, при которых может быть удовлетворено требование о возмещении вреда за счёт государства, не имеется².

Однако дополнительное условие гражданской ответственности, установленное ч.2 ст.1070 ГК РФ, действует в отношении суда только при «осуществлении правосудия».

Более того, Конституционный суд Российской Федерации в постановлении от 25 января 2001 г. N 1-П "По делу о проверке конституционности положения пункта 2 статьи 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.В.Богданова, А.Б.Зернова, С.И.Кальянова и Н.В.Труханова" ограничил сферу действия этого условия судебными актами, разрешающими дело по существу, выводя из области применения ч.2 ст.1070 ГК РФ как все остальные судебные акты, так и иные действия суда, не связанные с разрешением спора.

² абзац третий-шестой лист третий оспариваемого решения.

В исковом заявлении компании «K&K Thomas Maurer GmbH» говорится о том, что Высший арбитражный суд Российской Федерации, осуществляя действия:

А. не предусмотренные Федеральным конституционным законом от 28 апреля 1995 г. N 1-ФКЗ "Об арбитражных судах в Российской Федерации" и арбитражным процессуальным законодательством,

Б. нарушающие международные обязательства Российской Федерации,

В. право граждан Российской Федерации на жизнь,
- незаконным образом сформировал судебную практику по параллельному импорту³, повлекшую за собой:

Г. лишение компании «K&K Thomas Maurer GmbH» права на судебную защиту, причинившее убытки в размере пяти миллионов рублей.

Так как все действия Ответчика, о которых идёт речь в настоящем деле, не предусмотрены ни Федеральным конституционным законом от 28 апреля 1995 г. N 1-ФКЗ "Об арбитражных судах в Российской Федерации", ни Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации, иммунитет от гражданской ответственности, установленный ч.2 ст.1070 ГК РФ, на Высший арбитражный суд не распространяется.

А

заведомая неправда

Судебную практику по параллельному импорту можно разделить на два этапа: административный и гражданский. До начала 2009г., вернее до осени 2008г. параллельных импортёров привлекали к административной ответственности, и гражданско-правовых споров по данной теме не было в принципе. Затем, когда вопрос административной ответственности независимых импортёров был закрыт, начались гражданские споры, и статья 14.10 КоАП РФ в отношении параллельного импорта уже не применялась.

Причина такого разделения банальна: гражданско-правовые споры (а) всегда значительно сложнее процедур привлечения к публичной ответственности, (б) сопровождаются судебными расходами. Пока Российская Федерация несла на себе бремя защиты правообладателей от параллельного импорта или, если называть вещи своими именами, от конкуренции, с использованием механизма административной ответственности, судебные и прочие расходы ложились на Российскую Федерацию, а правообладатели не спешили разделить с государством эти затраты. К тому же механизм

³ подчеркнём: не «незаконную практику», а сформированную «незаконным путём» судебную практику. Истец не собирается давать оценку правомерности вступившим в законную силу определениям, решениям и постановлениям арбитражных судов.

привлечения к административной ответственности значительно проще искового производства – для начала административного преследования от правообладателя необходимо только заявление, всё остальное делают государственные органы.

До 2007 года судебная практика применения ст.14.10 КоАП РФ в отношении параллельного импорта была лишена единообразия. Причиной тому были следующие положения закона:

Статья 14.10. Незаконное использование товарного знака

Незаконное использование чужого товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров –

влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от одной тысячи пятисот до двух тысяч рублей с конфискацией предметов, содержащих **незаконное воспроизведение** товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара; на должностных лиц – от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей с конфискацией предметов, содержащих **незаконное воспроизведение** товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара; на юридических лиц – от тридцати тысяч до сорока тысяч рублей с конфискацией предметов, содержащих **незаконное воспроизведение** товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара.

Статья 14.10 КоАП РФ не просто бланкетная, а сверхбланкетная, так как объективная сторона правонарушения в данной норме сформулирована крайне абстрактным образом: «незаконное использование чужого товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров».

В гражданском законодательстве определения незаконного использования товарного знака нет, есть только общее правило, согласно которому использование товарного знака любым лицом, кроме правообладателя, или без согласия правообладателя, незаконно.

Поэтому суды, применяя ст.14.10 КоАП РФ руководствовались, в том числе, санкцией данной нормы, в которой три раза повторялось словосочетание «незаконное воспроизведение» товарного знака. Учитывая, что товар, ввезённый независимым импортёром, не содержит незаконное воспроизведение товарного знака, судьи отказывались привлекать импортёров к ответственности либо не применяли к товару, не содержащему незаконное воспроизведение товарного знака, такую санкцию, как конфискация.

Практика изменилась, вернее – не изменилась, а выровнялась после опубликования Высшим арбитражным судом информационного письма № 122 от 13.12.2007г. "Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности", в п.15

которого указывалось на необходимость конфискации товара, не содержащего «незаконное воспроизведение» товарного знака⁴:

Вместе с тем, непосредственное введение владельцем товарного знака (или с его согласия) товаров в хозяйственный оборот на территории других стран не может считаться введением их в хозяйственный оборот на территории Российской Федерации (если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации) и, следовательно, в подобных случаях владелец товарного знака, зарегистрированного на территории Российской Федерации, не лишается права запрещать его использование другими лицами.

...

Данная позиция изложена в п. 15 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13.12.2007 № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности»⁵.

Принято считать, что судебную практику по параллельному импорту изменил Президиум ВАС РФ постановлением по делу «Порше» № А40-9281/08-145-128. Это не совсем так: судьи первых инстанций негативно воспринимали позицию ВАС РФ о необходимости конфискации продукции, не содержащей незаконное воспроизведение товарного знака, и позволяли себе открыто не соглашаться с требованиями информационного письма № 122 от 13.12.2007г. ещё до рассмотрения дела «Порше».

После того как Президиум ВАС РФ высказался по делу «Порше», были предприняты попытки вернуть правоприменение ст.14.10 КоАП РФ в прежнее русло. Иностранные производители пытались убедить суды в том, что товары, ввозимые импортёром, не контрафактные с точки зрения ст.1515 ГК РФ, следует признавать контрафактными, но уже не товарами, а материальными носителями по ст.1252 ГК РФ, применив на этом основании статью 14.10 КоАП РФ. Однако на том этапе подобная правовая эквилибристика понимания в судах не встретила:

... ссылка на пункт 4 статьи 1252 ГК РФ о контрафактности товара неправомерна. Данная норма ГК РФ является общей по отношению к норме статьи 1515 Кодекса, которая в совокупности со статьей 1484 конкретизирует ее применительно к товарным знакам⁶.

После того, как Федеральная таможенная служба начала возмещать импортёрам причинённый конфискацией не контрафактного товара вред, как за счёт средств казны, но и из своих собственных средств (см. дело № А23-1941/08А-3-88) союз таможни и

⁴ так называемое толкование «contra legem» – мы к нему ещё вернёмся

⁵ решение Арбитражного суда Калужской области по делу № А23-2796/08А-9-163 от 18.09.2008г.

⁶ постановление ФАС МО № КА-А40/11047-08 от 26.03.2009г. по делу № А40-24112/08-84-228.

иностранных производителей в борьбе с параллельным импортом распался, и последние пошли искать защиты в гражданском процессе.

Изначально практика складывалась в пользу параллельных импортёров (по крайней мере, в арбитражных судах Московского судебного округа, где рассматривается более 90% подобных дел):

№ дела	Товарный знак	Товары	Результат ⁷
A40-2250/09-51-27	KYB и KAYABA	запчасти для автомобилей	отказано
A40-41910/09-27-380	KYB и KAYABA	запчасти для автомобилей	отказано
A40-143317/09-27-1028	Guinness	пиво	отказано
A40-46674/10-12-279	Guinness	пиво	отказано
A40-60322/10-12-360	Krusovice	пиво	отказано ⁸
A40-79472/10-143-682	Guinness	пиво	отказано
A40-85958/10-27-746	Guinness	пиво	отказано

Но затем судебная практика изменилась ровно на 180%, причём в отсутствие каких-либо официальных разъяснений со стороны Высшего арбитражного суда.

Перед тем, как перейти к описанию того, как и кто изменял судебную практику, повторим свой основной тезис:

Так как Ответчик сформировал судебную практику по параллельному импорту не через соответствующие судебные акты, как то: постановление Президиума ВАС РФ, постановление Пленума ВАС РФ, информационные письма, а действиями, в большинстве своём противоправными, иммунитет от гражданской ответственности, установленный ч.2 ст.1070 ГК РФ, на него не распространяется.

Первое дело, при рассмотрении которого Ответчик начал неправовыми методами формировать необходимую иностранными корпорациями практику по параллельному импорту, было дело «Эвиан» № А41-39651/09.

В этом процессе Десятый арбитражный апелляционный суд удовлетворил только одно из заявленных требований – о признании действий импортёра незаконными. Однако товар, минеральная вода, два года находилась под обеспечительным арестом, а суды всех инстанций отказывались отменять обеспечительные меры до ...

⁷ истцами во всех перечисленных делах являются правообладатели, ответчиками – импортёры, розничные сети, экспортёры, склады временного хранения.

⁸ В 2011 году ФАС МО отменит постановление 9ААС и привлечёт импортёра к ответственности.

предоставления импортёром доказательств исполнения судебного акта о признании его действий незаконными.

В первом своём определении по данному делу, отказном, от 05.10.2010г. судьи Моисеева Е.М., Борисова Е.Е., Маковская А.А. констатировали следующее:

С учетом положений статей 1252 и 1487 Гражданского кодекса Российской Федерации суды признали, что ООО «Монолит-Инвест», осуществивший ввоз на территорию Российской Федерации спорного товара без согласия правообладателя на использование товарного знака этим способом, независимо от того, что оно само не наносило соответствующий товарный знак на товар, является нарушителем исключительных прав истца на данный товарный знак⁹.

Однако это была заведомая для указанных судей неправда, так как ни в одном из судебных актов по данному делу ст.1487 ГК РФ не упоминалась, а ст.1252 была применена Десятым ААС совсем в другом контексте.

С какой целью судьи Моисеева Е.М., Борисова Е.Е., Маковская А.А. (а фамилии «Маковская» и «Моисеева» нам придётся повторять ещё не один раз) написали заведомую неправду?

Ответ известен: на тот момент суды первой и апелляционной инстанций толковали статью 1487 ГК РФ как не позволяющую ограничивать ввоз товаров, произведённых самим правообладателем, иными словами – не позволяющую ограничивать параллельный импорт. В связи с чем А.А. Маковская и Е.М. Моисеева сочли необходимым в своём определении дать соответствующее толкование статьи 1487 ГК РФ.

Проблема в том, что если А.А.Маковская и Е.М.Моисеева были не согласны с позицией нижестоящих судов, не применивших статью 1487 ГК РФ, то вместо того, чтобы прописывать в своём определении об отказе в передаче дела на пересмотр в порядке надзора заведомую неправду, следовал передать это дело на рассмотрение Президиума ВАС РФ для разрешения вопроса о толковании и применении ст.1487 ГК РФ.

Но Президиум ВАС РФ не имел единой позиции по данному вопросу, в связи с чем мог растолковать статью 1487 ГК РФ, как не содержащую препятствий для параллельного импорта в Российскую Федерацию. Возможно, поэтому А.А. Маковская и Е.М. Моисеева не решились передавать дело на рассмотрение Президиума ВАС РФ, и начали формировать практику подобными незаконными методами.

Незаконными – потому писать заведомую неправду в судебных актах нельзя, даже, если в процессуальном законодательстве нет нормы, запрещающей судьям писать неправду в судебном акте.

Распространяется иммунитет от гражданской ответственности суда, установленный ч.2 ст.1070 ГК РФ, на подобные действия Высшего арбитражного суда? Отрицательный ответ очевиден. В связи

⁹ последний абзац лист четвёртый определения № ВАС-10102/10 от 05.10.2010г.

с чем далее, приводя другие аналогичные факты противоправного поведения Ответчика, мы не будем повторно отвечать на этот вопрос.

Ранее было отмечено, что судьи А.А.Маковская и Е.М.Моисеева сослались на две статьи, 1487 ГК РФ и 1252 ГК РФ, причём и в том, и в другом случае указали заведомую неправду. Но если толкование ст.1487 ГК РФ для разрешения спора о параллельном импорте имеет принципиальное значение, упоминание статьи 1252 ГК РФ на первый взгляд может показаться опечаткой.

Собственно, то обстоятельство, что это была не опечатка, следует из определения № ВАС-10102/10 по тому же делу от 23.08.2010г. об отказе в разъяснении судебного акта. Но есть и другие факты, подтверждающие данный вывод:

На стадии обжалования отказа отмены обеспечительных мер, дело «Эвиан» № А41-39651/09 было передано на рассмотрение Президиума Высшего арбитражного суда. В определении № ВАС-10102/10 от 28.02.2011г. о передаче дела на пересмотр в порядке надзора все те же судьи ВАС РФ Моисеева Е.М., Маковская А.А., Попова Г.Г. написали очередную неправду:

кроме того, учитывая, что в судебных актах по данному делу не было принято решение об уничтожении контрафактной продукции, она подлежала возврату обществу, являющемуся ее собственником, для дальнейшего уничтожения или вывоза с территории Российской Федерации¹⁰.

Товар не был контрафактным, поэтому ни один из судов в рамках процесса № А41-39651/09 не признал его контрафактным и не постановил об изъятии и уничтожении.

Своим определением судьи Моисеева Е.М., Маковская А.А., Попова Г.Г. указывали нижестоящим судам на их ошибку – необходимость изъятия и уничтожения товара, ввезённого параллельным импортёром¹¹, хотя делать это при разрешении вопроса об отмене обеспечительных мер уже не могли: в удовлетворении требования об изъятии и уничтожении товара нижестоящими судами было отказано, и ВАС РФ в лице Моисеевой Е.М., Борисовой Е.Е., Маковской А.А. позицию судов закрепил упоминавшимся выше отказным определением.

Если же коллегия судей ВАС РФ была не согласна с отказом в изъятии и уничтожении не контрафактного товара, необходимо было передавать дело на рассмотрение Президиума ВАС РФ для разрешения вопроса о его изъятии и уничтожении за год до этого, в октябре 2010 года.

Почему Моисеева Е.М. и Маковская А.А. решили назвать товар, ввезённый параллельный импортёром, контрафактным?

¹⁰ абзац третий лист пятый определения № ВАС-10102/10 от 28.02.2011г.

¹¹ идея фикс иностранных компаний.

Ответ простой: даже если и исходить из того, что статья 1487 ГК РФ запрещает параллельный импорт в Российскую Федерацию, применить санкции к параллельному импортёру невозможно, так как ввезённым им товар не содержит незаконного размещения товарного знака, а значит согласно ч.1 ст.1515 ГК РФ не является контрафактным. Поэтому санкций, установленных ч.2 ст.1515 (изъятие и уничтожение) и ч.4 ст.1515 (компенсация), к такому товару не применяются.

Для того чтобы обойти этот запрет необходимо признать товар контрафактным. Но как это сделать, если он не содержит незаконное размещение товарного знака?

На этом этапе и возникает ст.1252 ГК РФ, упомянутая ранее: в отношении параллельного импортёра предлагается применять не статью 1515 ГК РФ, определяющую ответственность за незаконное использование товарных знаков, а общую норму статьи 1252 и по аналогии с авторским правом признавать не контрафактный товар (ч.1 ст.1515 ГК РФ) контрафактным материальным носителем (ч.4 ст.1252 ГК РФ), после чего применять санкции, установленные ч.2 и ч.4 ст.1515 ГК РФ – одной только статьёй 1252 ГК РФ при такой «конструкции» не обойтись, так как в данной норме отсутствует порядок взыскания компенсации.

Вот такая непростая конструкция, повторим её ещё раз: в судебном споре по параллельному импорту суду предлагается сделать вид, что ст.1515 ГК РФ не существует, применив вместо этой нормы статью 1252 ГК РФ в качестве диспозиции, на которую надстроить санкции ч.2 и ч.4 из признанной ранее негодной ст.1515 ГК РФ.

Подчеркнём: мы не спорим в настоящем процессе с теми или иными правовыми теориями, пусть даже очень сомнительного характера, мы говорим о том, что, если кому-то это очень хотелось имплементировать подобные теории в судебную практику, необходимо было делать это через соответствующие акты обязательного судебного толкования, принимаемые Президиумом и Пленумом Высшего арбитражного суда, а не через заведомую неправду, включенную в судебный акт.

Объяснять, в чём состоит отличие в порядке принятия отказного определения тремя судьями, якобы выражающего позицию ВАС РФ, от обсуждения и принятия постановления членами Президиума или Пленума ВАС РФ, не нужно.

Нет ничего удивительного, что аналогичная ситуация на регулярно основе повторялась, или правильнее сказать, закреплялась последующими «отказными» определениями по параллельному импорту:

«суды апелляционной и кассационной инстанций, исходя из указанных положений, признали, что названный товар не был введен в гражданский оборот именно на территории Российской Федерации самим правообладателем или с его согласия, поэтому действия общества «ЭлитВода Ру» по ввозу на территорию Российской Федерации товара, маркированного товарными знаками истца, нарушают его

исключительные права, а товар в силу пункта 2¹² статьи 1252 Гражданского кодекса Российской Федерации **является контрафактным**» (судьи Моисеева Е.М., Попова Г.Г., Полубенина И.И., дело № А40-51953/11-51-440 «Krušovice»).

Естественно, что в деле № А40-51953/11-51-440 ни в постановлении суда апелляционной инстанции, ни в постановлении Федерального арбитражного суда Московского округа ничего подобного не утверждалось, и товар контрафактным ни по статье 1515 ГК РФ, ни по статье 1252 ГК РФ ни одним из судов признан не был.

По факту этой очередной неправды в упомянутом выше деле № А40-51953/11-51-440 «Krušovice» импортёр обратился с соответствующими заявлениями к руководству Высшего арбитражного суда. Реакцией на обращения стала другая странная формулировка в очередном отказном определении по аналогичному делу № А40-12515/11-27-104 «SANPELLEGRINO», принятом теми же судьями:

«с учетом положений статьи 1252 и 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации суд обоснованно признал товар, ввезенный ответчиком по ГТД № 1030190/260111/0000227, контрафактным, то есть нарушающим исключительные права правообладателя, поэтому удовлетворил требования истца о его изъятии и уничтожении» (судьи Моисеева Е.М., Полубенина И.И., Попова Г.Г.).

На эти и на многие другие дела Истец ссылаясь в своём исковом заявлении, но Арбитражный суд Тверской области с ним не согласился.

С доводом компании «K&K Thomas Maurer GmbH» о неправомерности изложения заведомой для судьи неправды в судебном акте, председательствующий в заседании, скорее всего, согласился, но указал, что отказные определения ВАС РФ, правдивые или нет, не формируют правоприменительную практику:

наряду с этим, нельзя согласиться с утверждением истца о том, что определения Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации об отказе в передаче на рассмотрение Президиума ВАС РФ заявлений о пересмотре в порядке надзора судебных актов нижестоящих инстанций являются документами, формирующими правоприменительную практику арбитражных судов Российской Федерации. Законодательством не предусмотрен прецедентный характер таких судебных актов¹³.

Мы бы согласились с уважаемым Алексеем Анатольевичем Поповым, если бы не два «но»:

Во-первых, параллельный импортёр ввозит товар, не содержащий незаконное «размещение» товарного знака. А это значит, что и статья 1484 ГК РФ, определяющая в качестве использования товарного знака его «размещение» на товарах, и статья 1515 ГК РФ, устанавливающая ответственность за незаконное «размещение»

¹² почему «в силу» именно п.2, неизвестно. Логичнее было бы указать на п.4.

¹³ четвёртый абзац лист пятый оспариваемого решения.

товарного знака не позволяют привлекать параллельных импортёров к ответственности.

Если закон не позволяет привлекать импортёра к ответственности, но иностранным компаниям это очень нужно, необходимо принять соответствующий акт обязательного судебного толкования¹⁴, исправив тем самым «ошибку» законодателя.

Но актов обязательного судебного толкования по данной проблеме принято не было, это, во-вторых.

Поэтому арбитражным судам не оставалось ничего, как руководствуясь мнением Е.М.Моисеевой и А.А.Маковской, изложенным в отказных определениях, толковать в своих решениях и постановлениях статьи 1484 и 1515 ГК РФ не буквально, а «расширительно/творчески».

И для того чтобы придать вес такому противоречащему и смыслу, и содержанию статей 1484, 1515 ГК РФ толкованию, судьям пришлось ссылаться на «хоть что-то» из практики Высшего арбитражного суда. Этим «хоть что-то» стали отказные определения ВАС РФ:

«аналогичная правовая позиция доведена до сведения арбитражных судов Российской Федерации Определением ВАС РФ от 01.07.2011 г. по делу № ВАС-5318/11» (цитата из решений Арбитражного суда города Москвы по делам А40-63660/11, А40-72924/11, А40-79447/11, А40-95929/11, А40-99604/11, А40-100008/11, А40-106723/11, А40-134371/11, А40-134373/11, А40-134376/11, А40-24307/12, А40-4462/13, А40-136105/12 – этот перечень решений можно продолжать до бесконечности).

Объяснять, чьи подписи стоят под многократно упомянутым определением ВАС РФ от 01.07.2011г. по делу № ВАС-5318/11, которым была доведена до сведения арбитражных судов правовая позиция высшей судебной инстанции по параллельному импорту, означало бы проявлять неуважения к читающему настоящую жалобу.

Для того чтобы развеять сомнения в том, что перечисленные действия Ответчика носили умышленный характер, сделаем небольшое отступление и обратимся к одной законодательной инициативе:

В проект федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» была включена поправка в часть 1 статьи 1515 ГК РФ, согласно которой контрафактным должен признаваться не только товар, содержащий незаконное размещение товарного знака (как это принято во всём мире), но и товар, попавший на Российский рынок без предварительного согласия его зарубежного производителя.

¹⁴ из так полюбившейся в последнее годы Ответчику категории «contra legem».

Содержание данной поправки заключалось в следующем: слова «незаконно размещены» в ч.1 ст.1515 ГК РФ предлагалось заменить на «размещен незаконно используемый»:

Текущая редакция	Предложенная редакция
Статья 1515. Ответственность за незаконное использование товарного знака 1. Товары, этикетки, упаковки товаров, на которых незаконно размещены товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение, являются контрафактными.	Статья 1515. Ответственность за незаконное использование товарного знака 1. Товары, этикетки, упаковки товаров, на которых размещен незаконно используемый товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение, являются контрафактными.

В пояснительной записке к законопроекту причины изменения данной нормы не объясняются, но цель предложенного Исследовательским центром частного права под руководством А.Л. Маковского изменения в понятии контрафактного товара не скрывалась и к праву не имела никакого отношения:



Исх. № 1 / 03-08-2011
от 3 августа 2011 года

Первому заместителю
Председателя Правительства
Российской Федерации
И.И. Шувалову

Однозначную позицию в отношении принципа исчерпания прав занял Исследовательский центр частного права при Президенте Российской Федерации, являющийся ключевым институтом по подготовке изменений в Гражданский кодекс РФ. Концепция развития гражданского законодательства, утвержденная Президентом РФ Д.А.Медведевым, закрепляет сохранение в России национального принципа исчерпания прав на товарные знаки. В целях устранения выявившихся в последнее время разночтений положений Кодекса об административных правонарушениях, в отношении ввоза на территорию РФ товаров без согласия правообладателей, Центром была подготовлена соответствующая поправка в статью 1515 ГК, вводящая понятие "незаконного использования" товарного знака.

Исх. № 1/09-06-2011
От 9 июня 2011 года

О предложениях Федеральной
антимонопольной службы по
внесению изменений в
российское законодательство в
области интеллектуальной
собственности

61939

2011 г.



Первому заместителю
Председателя Правительства
Российской Федерации
Шувалову И.И.

- Копия: Министру промышленности и
торговли РФ
Христенко В.Б.
- Копия: Министру экономического развития
РФ
Набиуллиной Э.С.
- Копия: Руководителю Федеральной
таможенной службы РФ
Бельянинову А.Ю.
- Копия: Министру образования и науки РФ
Фурсенко А.А.

Одновременно считаем необходимым отметить, что инициативы ФАС находятся в противоречии с поправками в Гражданский Кодекс, разработанными Советом по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте Российской Федерации, которые недвусмысленно закрепляют за правообладателями исключительное право на использование товарного знака на территории Российской Федерации.

Предполагавшееся изменение части 1 статьи 1515 ГК РФ –
банальная тавтология:

Предложенная редакция

Статья 1515. Ответственность за незаконное использование товарного знака

1. Товары, этикетки, упаковки товаров, на которых размещён незаконно используемый товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение, являются контрафактными.

Использование товарного знака – это в первую очередь его размещение. Поэтому утверждение «размещён незаконно используемый товарный знак» в предложенной редакции звучит как «размещён незаконно размещённый товарный знак», что, с использованием терминологии формальной логики представляет из себя «idem per idem» или «порочный круг».

Просто лица, предложившее данную поправку, так увлеклись отстаиванием права иностранных компаний продавать в России более дорогой и менее качественный товар (политика ценовой и качественной дискриминации отечественного потребителя), что упустили из виду главное: средства индивидуализации предназначены для индивидуализации товаров и услуг, а не для препятствования параллельному импорту, и, соответственно, забыли, что основным способом использования товарного знака является всё-таки его размещение, а не «ввоз товаров параллельным импортёром».

Поэтому попытки придать товару, ввозимому параллельным импортёром, статус контрафактного получили не совсем разумную форму:

Предложенная редакция
Статья 1515. Ответственность за незаконное использование товарного знака 1. Товары, этикетки, упаковки товаров, на которых размещён незаконно используемый КЕМ? КОГДА? ГДЕ? товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение, являются контрафактными.

Как видно из вставленных в предлагавшийся текст ч.1 ст.1515 ГК РФ вопросов, диспозиция данной нормы в новой редакции не даёт ответа **кто, где и когда** должен использовать товарный знак, чтобы суд признал конкретный товар контрафактной.

Поправка, одобренная в первом чтении, ко второму чтению была снята по инициативе четырёх не самых последних в нашей стране людей: Нарышкина Сергея Евгеньевича, Жукова Александра Дмитриевича, Крашенинникова Павла Владимировича и Лысакова Вячеслава Ивановича.

Что не мешает арбитражным судам и в текущем 2014 году, руководствуясь «доведённой до них отказным определением Е.М. Моисеевой и А.А. Маковской правовой позицией Высшего арбитражного суда Российской Федерации», принимать решения об изъятии и уничтожении не контрафактного товара (ч.1 ст.1515 ГК РФ) в качестве контрафактного материального носителя (ч.4 ст.1252 ГК РФ).

международные обязательства

Второму тезису Истца об игнорировании Ответчиком положений международного договора, Соглашения о партнерстве и сотрудничестве, учреждающего партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны, суд первой инстанции оценки не дал. Полагаем, что напрасно, потому как именно Российская Федерация в лице её Президента, неоднократно указывала Европейскому сообществу, резидентом которого является Истец, на необходимость исполнения положений данного соглашения.

Вынуждены повторить свой второй довод Суду апелляционной инстанции:

17.10.1992г. был введен в действие Закон РФ от 23 сентября 1992 г. N 3520-1 "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров".

Статья 23 указанного закона содержала следующее положение: регистрация товарного знака не дает права его владельцу запретить использование этого товарного знака другим лицам в отношении товаров, которые были введены в хозяйственный оборот непосредственно владельцем товарного знака или с его согласия (принцип мирового исчерпания прав на товарные знаки).

24.06.1994г. было заключено Соглашение о партнерстве и сотрудничестве, учреждающее партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны¹⁵.

Соглашение содержит три нормы, имеющие прямое отношение к настоящему спору:

- пункт 2 статьи 11 Соглашения о партнерстве и сотрудничестве Россия-ЕС устанавливает равный правовой режим для товаров, происходящих из стран-участниц Соглашения;

- в силу статьи 19 Соглашения о партнерстве и сотрудничестве Россия-ЕС исключительные права на товарный знак не должны быть средством намеренной дискриминации или скрытого ограничения торговли.

- и статья 34 Соглашения:

Стороны используют все имеющиеся у них возможности с тем, чтобы избежать принятия мер или действий, которые сделали бы условия для учреждения и деятельности компаний друг друга более **ограничительными** по сравнению с ситуацией, **существующей на день, предшествующий дню подписания Соглашения.**

¹⁵ ратифицировано Федеральным законом от 25.11.1997г. N 135-ФЗ, вступило в силу 01.12.1997г.

11.12.2002г. в нарушение процитированных положений Соглашения принцип мирового исчерпания прав на товарный знак в России был изменён Федеральным законом № 166-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров», имплементировавшим в законодательство оговорку о том, что введение в гражданский оборот товаров должно произойти именно на территории Российской Федерации:

Регистрация товарного знака не дает права правообладателю запретить использование этого товарного знака другими лицами в отношении товаров, которые были введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации непосредственно правообладателем или с его согласия (ст.23 Закона).

В

право на жизнь

Поводом к обращению с настоящим иском послужил не параллельный импорт пива¹⁶ или французской минеральной воды¹⁷. Речь идёт о коронарных стентах, поставляемых Истцом и Третьим лицом, обществом «Куфран-С», в Российскую Федерацию по ценам, которые ровно в два раза ниже цен на те же самые стенты, назначаемых для российских больниц их производителем, американской компанией «Эбботт Лэбораториз». Вернее – поставляли, потому что арбитражные суды вынесли бессрочный «пожизненный» запрет на поставки стентов по рыночным ценам.

Что это означает? То, что больной, ожидающий получения больницей коронарного стента, может его не дожидаться, потому что Российская Федерация, поставленная Ответчиком перед необходимостью покупать медицинское оборудование по двойной цене, не в состоянии своевременно обеспечить коронарными стентами всех больных.

В 2011 году представителю Истца довелось присутствовать на мероприятии, состоявшемся в Высшем арбитражном суде Российской Федерации, где представители законодательной и судебной власти Соединённых Штатов Америки рассказывали судьям ВАС РФ о том, что продажа лекарственных препаратов в Российскую Федерацию по завышенным ценам необходима американским компаниям для того,

¹⁶ дело «Пятничное. Губит людей не пиво. А КВАС РФ»/Закон.ру/ 26.07.2013г.
http://zakon.ru/Discussions/pyatnichnoe_gubit_lyudej_ne_pivo_a_kvas_rf/7618

¹⁷ дело «ЕГЭ для судей, или Риторические вопросы с иллюстрациями»/Закон.ру/ 16.02.2014г.
http://zakon.ru/Discussions/ege_dlya_sudej_ili_ritoricheskie_voprosy_s_illyustrაციями/10412

чтобы поставлять те же самые препараты в страны Африки бесплатно.

К сожалению, а скорее к счастью, только судьи арбитражных судов Российской Федерации верят в то, что американские компании делают что-то бесплатно. Но вопрос в другом: почему благотворительная деятельность, если даже таковая имеет место, американских компаний в Африке должна оплачиваться Российской Федерацией и/или российскими больными? Ответить на этот вопрос Высший арбитражный суд Российской Федерации не смог.

Г

право на судебную защиту

Довод суда первой инстанции о том, что Истец якобы ставит под сомнение законность вступивших в силу судебных актов Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа, несостоятелен:

Во-первых, Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа 11.12.2012г. не стал рассматривать жалобу Истца, возвратив её, поэтому речь идёт не об оспаривании судебных актов, а об ответственности за лишение компания «K&K Thomas Maurer GmbH» права на судебную защиту в Российской Федерации – права, безусловного по своей сути.

Во-вторых, заявленное в настоящем процессе требование о взыскании пяти миллионов рублей с Российской Федерации в лице Высшего арбитражного суда основано на правовой позиции Конституционного суда Российской Федерации, изложенной в Постановлении от 25 января 2001 г. N 1-П "По делу о проверке конституционности положения пункта 2 статьи 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.В.Богданова, А.Б.Зернова, С.И.Кальянова и Н.В.Труханова".

Конституционный суд своим постановлением исключил такое условие гражданской ответственности как «установление вины судьи в уголовно-правовом порядке» в отношении судебных актов, не разрешающими дело по существу – именно таким актом был оформлен отказ в судебной защите.

При этом новых критериев для возмещения вреда, причинённого судебным актом, иным действием или бездействием судьи, как, например, признание в соответствующем процессуальном порядке судебного акта, действия или бездействия судьи незаконным, Конституционный суд Российской Федерации не установил.

В-третьих, можно сослаться на дело № А66-4473/2011 ООО «Да-Линк» против ВАС РФ и ФТС РФ. В этом процессе суды Московского судебного округа отказались удовлетворять требование параллельного импортёра «Да-Линк» о взыскании с Российской Федерации убытков, причинённых незаконной конфискацией товара.

В частности Федеральный арбитражный суд Московского округа в постановлении по делу № А40-1542/09ИП-84 указал, что конфискация по решению суда не производилась (см.определение № КА-А40/12177-09 от 30.08.2010г. по делу № А40-1542/09ИП-84).

Однако это не помешало Арбитражному суду Тверской области, Четырнадцатому арбитражному апелляционному суду, Федеральному арбитражному суду Северо-Западного округа и, собственно, Ответчику установить тот факт, что конфискация ввезённого обществом «Да-Линк» пива всё-таки имела место, сделано это было по решению суда, конфискация была незаконной, в результате чего Арбитражный суд Тверской области взыскал с Федеральной таможенной службы в пользу ООО «Да-Линк» стоимость конфискованного имущества.

При этом возмещение вреда в том деле судами Северо-Западного округа не ставилось в зависимость от признания в соответствующем процессуальном порядке судебных актов арбитражных судов Московского округа незаконными.

Отличие данного дела от дела № А66-4473/2011 состоит только в следующем: в настоящем процессе у Высшего арбитражного суда нет соответчика, Федеральной таможенной службы. Однако это не означает, что для Российской Федерации в лице Высшего арбитражного суда должны применяться иные критерии ответственности, чем для Российской Федерации в лице Федеральной таможенной службы.

Кстати, сам же ВАС РФ в ответ на доводы Федеральной таможенной службы в заявлении о пересмотре судебных актов по делу № А66-4473/2011 в порядке надзора, указал, что в соответствии с принятым Арбитражным судом Тверской области решением, возмещение вреда осуществляет не Федеральная таможенная служба и не Высшим арбитражным судом, а Российской Федерацией:

ни в мотивировочной, ни в резолютивной частях решения вопреки доводам заявителя не содержится указания на ответственность ФТС России за вред и взыскание с нее убытков¹⁸.

Искренне Ваш,


Сосов М.А.

01.05.2014г.

¹⁸ последний абзац лист третий определения № ВАС-14731/12 от 16.11.2012г.

Суд по интеллектуальным правам

от ответчика: ООО «АкваЛайф»
129110, г. Москва, ул. Большая Переяславская,
д.6, стр.1, офис 38

истец: АОУТ «Нестле Вотерс Франция»
12 Бульвар Гарибальди 92130,
Исси Ле Мулино, Франция

третье лицо: Grand Beverage Limited
Office 24, 164 Kensington High Street,
Kensington, London, W8 7RG, UK

предмет спора: ПИ

дело № А40-141186/13-117-1287
«ЕГЭ»

КАССАЦИОННАЯ ЖАЛОБА

**на решение Арбитражного суда города Москвы от 25.02.2014г. и
постановление Девятого арбитражного апелляционного суда № 09АП-
13757/2014-ГК от 19.09.2014г**

Уважаемый суд,

Просим отменить решение Арбитражного суда города Москвы и постановление Девятого арбитражного апелляционного суда по пяти стандартным и трём новым (для наших четырнадцати процессов) основаниям:

А

стандартные основания

1.

Требование о признании права нарушенным не ведёт в защите «нарушенного» права. Наш оппонент, правда, утверждает, что требование о признании права нарушенным – это разновидность требования о признании. Здесь мы полностью с Истцом согласны. За исключение разве только одного: требования о признании не заявляются в арбитражном процессе, в арбитражном процессе есть место только требованиям о признании ПРАВА (см. первый абзац ст.12 ГК РФ, ст.4 АПК РФ).

Например, требование «прошу признать компанию Нестле французской компанией» или «прошу признать, что Суд по интеллектуальным правам расположен на улице Машкова» – всё это требования о признании, но не требования о признании права.

Если арбитражный суд признает, что Суд по интеллектуальным правам расположен на улице Машкова, то, как утверждает наш

уважаемый оппонент, будет, безусловно, внесена некоторая ясность в данный вопрос, но ничьё право это не защитит.

Таким образом, и согласно первому абзацу ст.12 ГК РФ, и в соответствии со ст.4 АПК РФ в судебном процессе речь может идти только о признании ПРАВА.

2.

Требование об изъятии и уничтожении нельзя было удовлетворять по двум причинам.

Во-первых, Истец почему-то заявил не требование об изъятии и уничтожении, а требование об обязании Ответчика произвести изъятие и уничтожение. Если уничтожить минеральную воду, хотя лучше бы это было пиво, мы как-то сможем, то изъять у третьих лиц, не имея властных полномочий, у нас не получится.

Мы неоднократно спрашивали нашего уважаемого оппонента, почему он заявляет такое «жестокое» по отношению к обществу «АкваЛайф» требование, но он пояснить отказался.

В данной части решение незаконно, так как заявлено, а затем удовлетворено непредусмотренное действующим законодательством средство защиты «нарушенного» права.

3.

Вторая причина неудовлетворения требования об изъятии и уничтожении состоит в том, что суд не может принимать решение об изъятии и уничтожении имущества, которое неизвестно кому принадлежит.

Получается, что суд разрешает вопрос о правах, в данном случае о праве собственности лица, не участвующего в деле, что приводит к автоматической отмене судебного акта за рамками любых сроков обжалования.

Общество «АкваЛайф» занимается только логистическими услугами: находит товар в Европе, привозит его в Россию, отдаёт заказчику, а также ходим по судам, чтобы составить компанию уважаемому Павлу Владимировичу Ясницкому. У нас нет ни склада, ни транспорта, мы ничего не рекламируем. Ответчик расстаётся с товаром в день его выпуска в свободное обращение таможенным органом. В момент принятия решения по настоящему делу, эта минеральная вода либо была выпита, либо принадлежала на праве собственности другому лицу.

В одном из наших с компанией «Нестле» дел за номером А40-98350/2013 решение суда первой инстанции, прошедшее апелляционную и кассационную стадии обжалования, оспаривается собственником товара в порядке ст.42 АПК РФ.

4.

Как мы уже неоднократно отмечали, подозрения компании «Нестле» о том, что общество «АкваЛайф» будет один и тот же товар ввозить и вывозить несколько раз из России в Россию, и поэтому запрет на ввоз уже ввезённого товара правомерен, не отвечает требованиям ст.10 ГК РФ, согласно которым никто не может подозревать другое лицо в совершении неразумных поступков, в отсутствие, разумеется, надлежащих доказательств. Перевозить одну и ту же партию товара через границу туда-обратно, выплачивая таможенные платежи, это поступок неразумный.

Компания «Нестле» в каких только грехах не обвиняла Ответчика, но это её право. Суд же должен руководствоваться законом, в частности презумпцией разумности.

5.

Как было отмечено чуть ранее, мы не ведём торговой деятельности, а отдаём продукцию с колёс конкретному заказчику. Поэтому у нас нет ни склада, ни машин, никогда мы и на выставках не участвовали, рекламу нигде не размещали и пр.

Всё, что нам запретили, это то, что мы можем сделать чисто гипотетически. Компания «Нестле» может просить запрета на осуществление действий, которые можно совершить чисто теоретически, но суд не может запрещать теоретически возможные действия. Тем более в нашем случае хранение, перевозка и участие в выставках – это невозможно даже гипотетически. Особенно участие в ярмарках ...

Кстати, во всех возвращённых Судом по интеллектуальным правам делах в суде первой инстанции Истец не стал доказывать, что Ответчик совершает или может совершить перечисленные действия, а отказался от этих требований.

Б

НОВЫЕ ОСНОВАНИЯ

6.

Попытка судов первой и апелляционной инстанций обойти положения специальной нормы ст.1515 ГК РФ с помощью общей нормы о контрафактности товаров, маркированных товарными знаками, с помощью статьи 1252 ГК РФ несостоятельна, так как специальная норма статьи 1515 ГК РФ СУЖАЕТ положения общей нормы статьи 1252 ГК РФ применительно к товарным знакам до незаконного размещения товарного знака. При конкуренции специальной и общей нормы применяется специальная:

Содержащаяся в судебных актах первой и апелляционной инстанций ссылка на пункт 4 статьи 1252 ГК РФ о

контрафактности товара неправомерна. Данная норма ГК РФ является общей по отношению к норме статьи 1515 Кодекса, которая в совокупности со статьей 1484 конкретизирует ее применительно к товарным знакам¹.

В рассматриваемом деле суды не дали оценку обстоятельству, является ли товар контрафактным с точки зрения легального определения, содержащегося в пункте 1 статьи 1515 ГК РФ. Без установления данного обстоятельства невозможно решить вопрос и о взыскании компенсации, предусмотренной пунктом 4 статьи 1515 ГК РФ².

Ответчик не отрицает право суда обходить закон, однако делать это следует в исключительных ситуациях, и преследуя справедливые цели. Изъятие товара по требованию лица, которое само же этот товар продало и получило за него оплату, сложно считать справедливым.

Когда же суд пытается обойти закон, в данном случае положения ч.1 ст.1515 ГК РФ, с не самыми лучшими побуждениями, ни к чему хорошему прежде всего для суда это не приводит.

7.

В настоящем деле единственным «действием по ввозу» со стороны Ответчика был акт таможенного декларирования.

Акт таможенного декларирования не создаёт, не изменяет, не прекращает гражданские права и обязанности, в связи с чем не может нарушить исключительные права.

8.

Согласно статье 1487 ГК РФ нарушением исключительных прав в отношении товара, на котором сам правообладатель разместил свой товарный знак, может быть только использование товарного знака, **последовавшее** за введением товаров в гражданский оборот на территории Российской Федерации³.

¹ постановление ФАС МО № КА-А40/11047-08 от 26.03.2019г. по делу «Guinness».

² первый абзац лист двенадцатый постановления СИП по делу «Nissan» № А41-42585/2012 от 06.10.2014г.

³ отличие авторских прав от товарных знаков в том, что последние охраняются только в гражданском обороте, в нашем случае - в гражданском обороте на территории Российской Федерации. Поэтому в отношении товарных знаков нет правовых норм об их использовании «в личных целях», граница законного и незаконного использования проведена по моменту введения товаров или услуг в гражданский оборот. «Unlike a copyright, mere reproduction of a trademark is not an infringement - в отличие от авторских прав, простое воспроизведение товарного знака не образует нарушения. Quality Inns Int'l, Inc v Mc.Donald's Corp., 695 F.Supp.198,210,218 (D.Md.1988).

Введение товаров в гражданский оборот на территории Российской Федерации это не подача таможенной декларации в таможенный орган, а:

*предложение о продаже товаров не может также относиться к иным способам введения товара в оборот, так как **гражданским оборотом являются действия (акты, сделки и т.д.), в результате которых тот или иной товар переходит от одного лица другому.** Соответственно, до первой продажи товар не может считаться введенным в оборот⁴.*

Доказательств введения спорного товара в гражданский оборот на территории Российской Федерации в материалах дела нет, потому как Истец исходил из того, что его права нарушены ещё до введения товара в гражданский оборот на территории Российской Федерации. Суды первой и апелляционной инстанций с компанией «Нестле» согласились, проигнорировав положения ст.1487 ГК РФ.

Здесь кстати присутствует очень показательный момент. В аналогичных процессах мы неоднократно заявляли, что с точки зрения статьи 1487 ГК РФ нарушением будет только то использование товарного знака, которое не предшествует введению товаров в гражданский оборот, а идёт после введения товара в гражданский оборот на территории Российской Федерации.

Обычно суды делали вид, что этот довод не заявлялся импортёром, иными словами обходили его полным молчанием. Но в деле № А40-104452/14-5-667 суд апелляционной инстанции сделал очень интересный вывод о том, что ввоз товаров на территорию Российской Федерации является самостоятельным способом использованием товарного знака, а статья 1487 ГК РФ представляет из себя «частный случай», не имеющий к спору о параллельном импорте никакого отношения.

Кстати, изначально в спорах по параллельному импорту судьи не ссылались на ст.1487 ГК РФ в принципе – см. дело «Эвиан» А41-39651/09, где статья 1487 ГК РФ не упоминается ни в одном судебном акте.

Использовалась следующая логика: использование товарного знака без согласия правообладателя – это нарушение, в то время как ввоз товаров – это один из способов использования товарного знака (на вопрос «почему, ввоз товаров это один из способов использования товарного знака», отвечали обычно: «потому что нет исчерпывающего перечня способов использования товарных знаков, соответственно, всё что захочет правообладатель считать использованием товарного знака, то и будет «способом использования товарного знака»).

Логика, следует отметить, железная как лом, против которого нет приёма. Единственный способ возразить на этот довод: подать иск к лицу, выпившему бутылку минеральной воды «Vittel», иск о взыскании компенсации за незаконное использование товарного знака «Vittel». В иске указать, что потребление минеральной воды

² предпоследний абзац лист пятнадцатый постановления СИП от 02.09.2014г. по делу № А40-158330/2012.

«Vittel» также является одним из способов использования товарного знака «Vittel». Интересно, что напишут в решении по такому делу судьи?

Мы бы написали следующее: ч.2 ст.1484 ГК РФ можно отнести к так называемым целесредственным нормам, так как указанная статья обуславливает использование товарного знака целью – «для индивидуализации». Поэтому граница между действиями, образующими «использование товарного знака», и действия не образующими «использование товарного знака», а образующими, например, «использование товара», проходит по цели этих действий.

И может быть процитировали следующее:

Целесредственные установки законодателя восполняют в гражданско-правовых нормах конкретные **границы правоосуществления**. В этом формальном приеме состоит опережающее отражение законодателем действительности. Целесредственные нормы очень часто служат для **предупреждения возможных злоупотреблений**. Например, **абз. 2 п. 1 ст. 239** ГК РФ вводит правило о том, что "требование об изъятии недвижимого имущества не подлежит удовлетворению, если государственный орган или орган местного самоуправления, обратившийся с этим требованием в суд, не докажет, что использование земельного участка **в целях**, для которых он изымается, невозможно без прекращения права собственности на данное недвижимое имущество". **Абзац 2 п. 3 ст. 50** ГК РФ устанавливает, что некоммерческие организации могут осуществлять предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению **целей**, ради которых они созданы, и соответствующую этим целям. Согласно **абз. 2 п. 1 ст. 117** ГК РФ общественные и религиозные организации являются некоммерческими организациями. Они вправе осуществлять предпринимательскую деятельность лишь для достижения **целей**, ради которых они созданы, и соответствующую этим целям. Это правило, тем не менее, злоупотребительно применяется, если, к примеру, общественная организация становится учредителем хозяйственных обществ, которые работают практически в безналоговом режиме. Так, под прикрытием Всероссийского общества инвалидов зачастую работают различные коммерческие структуры, не имеющие к нему, по существу, никакого отношения.

Целесредственные установки могут закладываться в формулах об использовании какого-либо имущества "в объеме, оправданном целью". Так, к примеру, **пп. 1 п. 1 ст. 1274** ГК РФ определяет, что допускается без согласия автора цитирование в оригинале и в переводе в научных, полемических, критических или информационных целях правомерно обнародованных произведений в объеме, оправданном **целью** цитирования, включая воспроизведение отрывков из газетных и журнальных статей в форме обзоров печати. Указание на цель в данных случаях всегда препятствует злоупотребительному использованию авторского

материала под видом цитирования. Аналогичная ситуация и с **п. 3 ст. 1334** ГК РФ, где лицо, правомерно пользующееся базой данных, вправе без разрешения правообладателя извлекать из такой базы данных материалы и осуществлять их последующее использование в личных, научных, образовательных и иных некоммерческих **целях** в объеме, **оправданном указанными целями**, и в той мере, в которой такие действия не нарушают авторские права изготовителя базы данных и других лиц. Обычно это составляет не больше 15% от объема материала.

Целесредственные установки проявляются и в указании на **специальное назначение того или иного объекта права**. "Назначение" – это экономический признак объекта права. Но указание на экономический целесредственный признак объекта права в большинстве случаев преследует цель исключить злоупотребление правом со стороны его носителя. Аналогичные правила и во многих других нормах ГК РФ, где есть ссылки на "характер", "существо", "цели", "назначения" какого-либо обязательства. Однако эти "философские" формулировки либо игнорируются, либо "переписываются" в своем понимании недобросовестными правообладателями. Так, например, **п. 2 ст. 638** ГК РФ определяет, что арендатор в рамках осуществления коммерческой эксплуатации арендованного транспортного средства вправе без согласия арендодателя от своего имени заключать с третьими лицами договоры перевозки и иные договоры, если они не противоречат целям использования транспортного средства, указанным в договоре аренды, а если такие цели не установлены, назначению транспортного средства. Назначение транспортного средства определяет экономические пределы использования транспорта, поскольку перевозка в арендуемых рефрижераторах, к примеру, цемента, сделает невозможным их дальнейшую эксплуатацию по своему прямому назначению – перевозка охлажденных продуктов питания⁵.

Поэтому мы бы исходили не из озвученной выше «железной логики», в соответствии с которой «ввоз товаров на территорию Российской Федерации – это один из способов использования товарного знака, а ст.1487 ГК РФ – это частный случай», а провели бы границу законного и незаконного использования товарного знака в отношении товара, на котором его разместил сам правообладатель, по моменту введения в гражданский оборот на территории Российской Федерации, иными словами, руководствуясь содержанием ст.1487 ГК РФ.

Выводов из всей этой ситуации два:

⁵ Волков А.В. Принцип недопустимости злоупотребления гражданскими правами в законодательстве и судебной практике (Анализ более 250 судебных дел о злоупотреблении правом). – Специально для системы ГАРАНТ, 2012.

А. для того, чтобы удовлетворить требование правообладателя к импортёру, суды сначала пришли к выводу о том, что часть первая статьи 1515 нехорошая и ненужная, так как вопросы контрафактности урегулированы ч.4 ст.1252 ГК РФ. После того, как встал вопрос о применении статьи 1487 ГК РФ, и эта статья была отправлена судами «в корзину», правда, не полностью, как ст.1515 ГК РФ, а оставлена для гипотетических «частных случаев».

Б. если для того, чтобы удовлетворить требования правообладателя к импортёру, судам приходится признавать ничёнными сразу две ключевых нормы Главы 76 ГК РФ, наверное, всё-таки не стоит утверждать, что параллельный импорт в нашей стране запретил законодатель.

Искренне Ваш,



Сосов М.А.

19.11.2014г.

Приложение: копия доверенности.