

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.,12

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

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

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

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

(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 по следующим основаниям:

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 абсолютно справедливо указывается:

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 судей (судов) только при «осуществлении правосудия».

Более того, Конституционный суд Российской Федерации в Постановлении Конституционного Суда РФ 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, выведя из области применения ч.2 ст.1070 ГК РФ как все остальные судебные акты, так и иные действия суда, не связанные с разрешением спора по существу.

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 и причинившее Истцу 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, упомянутой в оспариваемом решении, 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 конца 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, а судебные процессы по статье 14.10 КоАП РФ в отношении параллельного импорта прекратились.

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 функцию защиты правообладателей от параллельных импортёров с использованием механизма административной ответственности, судебные и прочие расходы ложились на Российскую Федерацию, а правообладатели, естественно, не спешили разделить с

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.

государством эти затраты. К тому же механизм привлечения к административной ответственности значительно проще искового производства – для начала административного преследования от правообладателя нужно только заявление, всё остальное сделают 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 разъяснений, что такое незаконное использование 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 до 2007г., исходили, в том числе, из санкций данной нормы, в которой три раза повторялось словосочетание «незаконное воспроизведение» товарного знака. Учитывая, что товар, ввезённый независимым импортёром, не содержит незаконного воспроизведения товарного знака, суды 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 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» в феврале 2009 года.

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 признать 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 признания в судах не получила:

... 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 таможи 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 кем изменялась судебная практика, 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 импортером 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 ни разу 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, следовало передать это дело на рассмотрение Президиума ВАС РФ для разрешения вопроса о толковании и применении ст.1487 ГК РФ.

Но Президиум ВАС РФ на тот момент 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 нормы, запрещающей судьям писать неправду в судебном акте, в действующем законодательстве нет.

Распространяется иммунитет от гражданской ответственности суда, установленный ч.2 ст.1070 ГК РФ, на подобные действия

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

Высшего арбитражного суда? Отрицательный ответ очевиден. В связи с чем далее, приводя другие аналогичные факты противоправного поведения Ответчика, мы не будем повторять 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, подтверждается определением № 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. как бы 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 об 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 санкции установленные ч.2 ст.1515 (изъятие и уничтожение), 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 статье 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 содержания, 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 для судей неправду, включенную ими в судебный акт.

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

Эти и многие другие дела мы подробно разобрали в своём исковом заявлении, но Арбитражный суд Тверской области с нами не согласился.

С доводом Истца 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 и здесь 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» (см. приложение № 1)

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 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 за 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
<p>Статья 1515. Ответственность за незаконное использование товарного знака</p> <p>1. Товары, этикетки, упаковки товаров, на которых незаконно размещены товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение, являются контрафактными.</p>	<p>Статья 1515. Ответственность за незаконное использование товарного знака</p> <p>1. Товары, этикетки, упаковки товаров, на которых размещён незаконно используемый товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение, являются контрафактными.</p>

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 никем 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**



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.

Следует отметить, что изменение части 1 статьи 1515 ГК РФ в предложенном варианте – 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 следующим образом: «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
<p>Статья 1515. Ответственность за незаконное использование товарного знака</p> <p>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.</p>

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).

Б

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 содержало и 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.6 № 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 аналогичную продукцию, назначаемых для российских больниц **производителем** стентов, американской компанией «Эбботт Лэбораториз». Вернее – поставляли, потому что арбитражные суды запретили такие поставки.

Что это означает? То, что больной, ожидающий получение 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, организованном 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_illyustraciyami/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 конечно таковая имеет место, американских компаний в Африке должна оплачиваться Российской Федерацией и/или российскими больными?

Г

право на судебную защиту

Довод суда первой инстанции о том, что Истец якобы ставит под сомнение законность вступивших в законную 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, которыми не разрешается 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 вводил.

В-третьих, мы можем сослаться на дело № А66-4473/2011 ООО «Да-Линк» против ВАС РФ и ФТС РФ. В этом деле суды Московского судебного округа отказались удовлетворять требование общества «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 суд, 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 судами Северо-Западного округа не ставилось в зависимость от признания в соответствующем процессуальном порядке судебных актов судов Московского округа незаконными.

Отличие данного дела от дела № А66-4473/2011 состоит только в том, что 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 Ответчик в ответ на доводы Федеральной таможенной службы в заявлении по делу № А66-4473/2011 о пересмотре судебных актов 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.

Приложение: копия обращения к Первому заместителю Председателя Правительства Российской Федерации.

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