

Суд по интеллектуальным правам

от ответчика: ООО «Автокомета»
109388, г.Москва, ул.Гурьянова, д.55

истцы: Хёндэ Мотор Компани
123317, Москва, Пресненская наб., д.6, стр.2

АО «Хёндэ МОБИС»
123317, Москва, Пресненская наб., д.6, стр.2

третьи лица: ЭмЭкс ДВС-ЛЛС
Building №1, Office № 0-1-1,
2&3, Dubai, UAE, P.O.Box 16826

ООО «Эмекс.Ру»
140091, Московская область, г.Дзержинский,
ул. Энергетиков, д.22, 1, офис 201

дело № А40-152512/15-51-1252
самозащита – это защита от самих себя
А.И. Трубицын

КАССАЦИОННАЯ ЖАЛОБА

**на решение Арбитражного суда города Москвы от 07.09.2016г. и на
постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от
21.12.2016г.**

**ходатайство о не передаче настоящей жалобы на рассмотрение судьи
Силаева Р.В.**

Уважаемый суд,

Один из пяти вопросов, рассматриваемых в настоящем деле, звучит так:

можно ли считать самозащитой права владельца товарного знака на монополию импорта товаров в Российскую Федерацию действия его представителя по заказу товара из-за границы с последующей доставкой в Россию.

Так как ответ, который даст на поставленный вопрос уважаемый судья Силаев Р.В., нам уже известен, просим о не передаче настоящей жалобы указанному судье.

В настоящем деле Ответчик заявил пять доводов.

Арбитражный суд города Москвы, следуя многократно одобренной Судом по интеллектуальным правам практике игнорирования доводов ответчиков, позиции общества «Автокомета» никакой оценки не дал, суд апелляционной инстанции один довод кассатора оставил без рассмотрения, один не понял, оставшимся дал неверную правовую оценку.

1. незаконный состав суда

Арбитражный суд города Москвы в составе судьи Козленковой О.В. отказался рассматривать заявление об отводе судьи Козленковой О.В. на том основании, что заявление об отводе поступило в суд в электронном виде.

Действительно, судья может оставить без рассмотрения поступившее в электронном виде исковое заявление или жалобу.

Но применительно к нашему заявлению об отводе есть два нюанса, который не учли суды первой и апелляционной инстанции.

Первый нюанс заключается в том, что согласно ч.2 ст.25 АПК РФ принимать решение о рассмотрении или об оставлении без рассмотрения заявления об отводе судьи Козленковой О.В. судья Козленкова О.В. не может, данное заявление подлежало рассмотрению или отказу в рассмотрении председателем арбитражного суда, заместителем председателя арбитражного суда или председателем судебного состава.

Только перечисленные в ч.2 ст.25 АПК РФ лица могли решить, рассматривать заявление об отводе или оставлять без рассмотрения.

Второй существенный нюанс состоит в том, что судья может не рассматривать заявление, поступившее в электронном виде, не из-за того, что заявление «поступило в электронном виде», а только по основаниям, установленным пунктом 7 части 1 статьи 148 АПК РФ – нет возможности установить подлинность подписи заявителя.

На отсутствие такой возможности можно сослаться в первом судебном заседании, но никак не в пятом, после того, как судом приняты к рассмотрению шесть документов за подписью представителя ответчика.

В данном случае суд апелляционной инстанции совершил три правовых ошибки:

- А.** не применил положения ч.2 ст.25 АПК РФ,
- Б.** придумал несуществующую процессуальную стадию рассмотрения заявления об отводе – стадию «предварительной проверки сведений, содержащихся в заявлении» (четвёртый абзац лист четвёртый оспариваемого постановления),
- В.** согласился с необходимостью оставления без рассмотрения заявления об отводе на основании пункта 7 части 1 статьи 148 АПК РФ, которым установлен порядок оставления без рассмотрения искового заявления, а не заявления об отводе, это, во-первых, во-вторых, не ответил на вопрос: почему у Арбитражного суда города Москвы из всех документов, поданных ответчиком, в том числе, в электронном виде, сомнения относительно подписи представителя ООО «Автокомета» возникли только в отношении заявления об отводе.

Отметим, что не рассмотрение заявления об отводе является безусловным основанием отмены судебного акта в силу того, что судебный спор считается рассмотренным судом в незаконном составе.

Здесь сошлёмся на отказное (с правом пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам) определение уважаемой Елены Михайловны Моисеевой № ВАС-1577/13 от 15.03.2013г. по одному из наших дел № А40-134376/11-19-267.

2. пункт выдачи товара

ООО «Автокомета» в своей хозяйственной деятельности выступает в двух лицах: в качестве розничного продавца и в качестве пункта выдачи товаров, приобретённых у других лиц посредством интернет-торговли.

Это достаточно распространённая практика, когда субъекты розничной торговли выполняют также функции пунктов самовывоза (приложение № 1).

Однако Девятый арбитражный апелляционный суд сделал ошибочный вывод о том, что накладная № 43799 от 06.02.2015г., выданная ООО «Автокомета», есть доказательство того, что стороной сделки розничной купли-продажи является именно ООО «Автокомета».

Данный вывод ошибочен по трём причинам:

А. накладные выписывают не только продавцы, но транспортные компании и склады, при этом никто не утверждает, что выписав накладную, транспортная компания или склад, становятся стороной сделки купли-продажи.

Б. согласно ст.493 ГК РФ договор розничной купли-продажи считается заключённым в надлежащей форме с момента выдачи продавцом покупателю кассового или товарного чека или иного документа, **подтверждающего оплату товара.**

В. в соответствии со ст.153 ГК РФ сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей.

Здесь мы переходим к проблеме непонимания довода заявителя судом апелляционной инстанции.

Общество «Автокомета» узнало о том, что Н.Н. Миллер приобрёл и оплатил спорный товар после того, как этот товар поступил в ООО «Автокомета», то есть после того как Н.Н. Миллер приобрёл и оплатил этот товар.

Если ООО «Автокомета» не знало о том, что Н.Н. Миллер заказывает и оплачивает автомобильные запчасти, послужившее предметом настоящего спора, о каком волеизъявлении ООО «Автокомета» на заключение розничной сделки купли-продажи с Н.Н. Миллером может идти речь – таким вот вопросом задался ответчик в суде апелляционной инстанции.

Суд апелляционной инстанции довод кассатора об **отсутствии волеизъявления** на заключение сделки купли-продажи представил во втором абзаце листа пятого оспариваемого постановления как довод **об**

отсутствии вины, то ли намеренно, то ли не достаточно ясно понимая, чем отличается волеизъявление на заключение сделки от вины.

3. вторая сторона сделки

В сделке розничной купли-продажи должно быть как минимум два участника: продавец и покупатель.

В сделке, послужившей предметом настоящего спора, суд апелляционной инстанции продавцом назначил ответчика.

Однако остался открытым вопрос о том, кто в этой сделке покупатель.

Согласно статье 47 Закона от 11.02.1993г. № 4462-1 «Основы законодательства Российской Федерации о нотариате» нотариус не вправе совершать нотариальные действия на свое имя и **от своего имени**, на имя и от имени своих супругов, их и своих родственников (родителей, детей, внуков).

Мы специально выделили словосочетание «от своего имени», потому что в процитированном ниже фрагменте постановления суда апелляционной инстанции Девятый арбитражный апелляционный суд это словосочетание включать не стал, как если бы выступал в деле не в качестве суда, а как сотрудник юридической фирмы «Патентус»:

довод жалобы о необходимости привлечения к участию в деле нотариуса Миллера Н.Н. подлежит отклонению, поскольку в спорных правоотношениях нотариус действовал не в своих личных интересах и не в интересах своих родственников,

Почему суд апелляционной инстанции поступил таким образом – потому что нотариус Миллер Н.Н., в отличие от всех других нотариусов, заключил рассматриваемую сделку купли-продажи **от своего имени**.

В соответствии с ч.5 ст.69 АПК РФ обстоятельства, подтвержденные нотариусом при совершении нотариального действия, не требуют доказывания, если подлинность нотариально оформленного документа не опровергнута в порядке, установленном статьей 161 настоящего Кодекса, или если нотариальный акт не был отменен в порядке, установленном гражданским процессуальным законодательством для рассмотрения заявлений о совершенных нотариальных действиях или об отказе в их совершении.

Но ответчик не предлагает считать недоказанным факт совершения сделки по покупке спорных запчастей, и считает необходимым, и неоднократно на это указывал в судах первой и апелляционной инстанции, привлечь в дело вторую сторону сделки розничной купли-продажи.

Девятый арбитражный апелляционный суд полагает, что нотариус Миллер Н.Н. «оказывал содействие в **самозащите** гражданских прав обратившихся к нему лиц путем обеспечения доказательств в пределах предоставленных ему законом полномочий».

Однако к нотариусу Миллеру Н.Н. за самозащитой обратились не истцы, а ООО «Мобис Партс СНГ», не являющееся правообладателем товарных знаков.

Даже если предположить, что ООО «Мобис Партс СНГ» самозащищало чужие исключительные права, это обстоятельство не приводит нас к тому, что в спорной сделке розничной купли-продажи была только одна сторона – ООО «Автокомета».

Ответчик просил привлечь в дело либо Миллера Н.Н., либо ООО «Мобис Партс СНГ» не только потому, что решение по данному делу затронет их обязанности по отношению к ООО «Автокомета» (см.ч.4 ст.1250 ГК РФ), но и ещё одной причине:

4. согласие на ввоз

Из материалов дела видно, что Н.Н.Миллер выбирал товар (том 1^{ый} лист 14^{ый}), который находится на складах в Москве, в Объединённых Арабских Эмиратах и в Европе:

аличие	Ожидаемый срок	Поставщик	Цена	Фирма
		остальные предложения от	994 Р	Hyundai
✓	80 дн.	Европа EURO	538 Р	В корзину
✓	40 дн.	Эмираты MEGA	736 Р	В корзину
✓	15 дн.	Эмираты NALG	748 Р	В корзину
✓	10 дн.	Европа АТЕМ	1 259 Р	В корзину
18	7 дн.	Москва РИТА	1 939 Р	В корзину

Н.Н.Миллер приобрёл товар, который в момент покупки находился в Объединённых Арабских Эмиратах.

Если Н.Н.Миллер купил и заказал доставку этого товара в Россию по заданию правообладателя, товар был ввезён в Российскую Федерацию **с согласия правообладателя.**

Если Н.Н.Миллер купил и заказал доставку этого товара в Россию не по заданию правообладателя, а по просьбе иного лица – ООО «Мобис Партс СНГ», товар был ввезён в Российскую Федерацию без согласия правообладателя, и суд не мог не привлечь в дело ООО «Мобис Партс СНГ».

Довод общества «Автокомета» о наличии согласия на ввоз остался без рассмотрения в судах первой и апелляционной инстанции.

Вернёмся к выводу суда апелляционной инстанции о самозащите своих прав: акт самозащиты, по мнению судьи Трубицына А.И., состоял в покупке товара из-за границы с доставкой этого товара в Россию.

Самозащищалось право истцов на недопущение ввоза товаров в Российскую Федерацию без согласия истцов.

Выходит, что ООО «Мобис Партс СНГ» самозащищало исключительные права компаний «Хёндэ Мотор Компани» и «Хёндэ МОБИС» методом **умышленного** нарушения этих исключительных прав.

Разве такая самозащита возможна?

Вернее не так, а вот так: разве можно такие действия признавать самозащитой?

5. правовая охрана товарных знаков

Товарные знаки №№ 98414, 87351 охраняются только в отношении транспортных средств.

Товарный знак № 425986 охраняется только по 9^{ому} классу МКТУ.

Товарный знак № 425985 охраняется только по 11^{ому} классу МКТУ.

Товарный знак № 444415 охраняется только по 11^{ому} классу МКТУ.

Суд апелляционной инстанции установил, что данные товарные знаки охраняются в отношении автомобилей и запчастей для автомобилей.

Но автомобили не являются предметом настоящего спора, как и товары 9^{ого} и 11^{ого} классов МКТУ.

Однородность свечи зажигания и воздушного фильтра товарам, перечисленным в свидетельствах о регистрации указанных товарных знаков, не является общеизвестным фактом, а подлежит доказыванию, что наши уважаемые оппоненты не соизволили сделать.

Сходство до степени смешения обозначения «HYUNDAI» с тремя оставшимися товарными знаками:

HMC
(108813) **HYUNDAI** (151190) **HYUNDAI COUPE** (167883) **HYUNDAI H-1** -

- также подлежит доказыванию, причём доказывать должен не суд, а правообладатель, по крайней мере, нам так представляется.

Также отметим, что Суд по интеллектуальным правам решением от 06.05.2016г. по делу № СИП-614/2015 установил, что Хёндэ Мотор Компани не использует товарные знаки:

HMC
(108813) **HYUNDAI** (151190) **HYUNDAI COUPE** (167883) **HYUNDAI H-1**

Факт неиспользования товарных знаков в соответствии с позициями Верховного суда Российской Федерации, изложенными в определениях № 310-ЭС15-12683 от 20.01.2016 по делу № А08-8801/2013 и № 310-ЭС15-2555 от 23.07.2015 по делу № А08-8802/2013, влечёт за собой отказ в судебной защите со ссылкой на ч.2 ст.10 ГК РФ.

Просим отменить решение Арбитражного суда города Москвы от 07.09.2016г. и постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21.12.2016г.

Искренне Ваш,

Сосов М.А.

13.01.2017г.

Приложение:

1. пункты выдачи товара,
2. копия доверенности,
3. копия платёжного поручения.