

В Нагатинский районный суд города Москвы
115201, Москва, Каширский пр-д, дом 3

16 апреля 2012 года

от Ответчика:

Вербицкого Михаила Сергеевича,
115551, г.Москва, Ореховый б-р, дом 11, корп.1, кв.83.

Представитель ответчика

Семенов А.В.
+7 (495) 642-57-68

Истец: ООО «БОРОДА»,

115184, г.Москва, ул. Б.Татарская, дом 35, стр. 4
тел. +7 (495) 728-88-36

Дело №2-650/11

ВОЗРАЖЕНИЯ

на исковое заявление

9 марта 2011 года Нагатинским районным судом в составе председательствующего судьи Бычкова А.В. было вынесено заочное решение по делу №2-650/11 по иску ООО «БОРОДА» к Вербицкому Михаилу Сергеевичу о взыскании с него компенсации за незаконное использование товарного знака и нарушение исключительного права на произведение.

10 мая 2012 года Определением Нагатинского районного суда в составе председательствующего судьи Бычкова А.В. заочное решение по делу №2-650/11 было отменено.

Ответчик считает, что исковое заявление не подлежит удовлетворению по следующим основаниям.

Процессуальные основания.

Ненадлежащий истец, иск в интересе иного лица.

Согласно исковому заявлению **ООО «БОРОДА» является правообладателем товарного знака РФ №270983.**

Как следует из имеющегося в материалах дела Договора от 27 июля 2004 года между ООО «БОРОДА» и Игорем Валентиновичем Пугачом (Приложение 7 к исковому заявлению, лист дела №25) **ООО «БОРОДА» берет на себя обязанности защищать исключительные авторские права И.В.ПУГАЧ на произведение, которое зарегистрировано Роспатентом в Реестре товарных знаков РФ №270983 28 июня 2004 г.**

Между тем согласно статье 1225 ГК РФ произведения (статья 1270 ГК РФ), охраняемые авторским правом, и товарные знаки (статья 1484 ГК РФ) являются разными объектами интеллектуальных прав.

Согласно материалам дела (Свидетельство на товарный знак, листы дела №36-38) **за номером №270983 в Реестре товарных знаков РФ зарегистрирован товарный знак (ст. 1477, 1484 ГК РФ), представляющий собой изображение И.В.Пугача, а не произведение (ст. 1259, 1270 ГК РФ), являющееся объектом авторского права и не подлежащее регистрации в Реестре товарных знаков РФ (ст.1480, 1481 ГК РФ).**

Также в материалах дела отсутствуют доказательства того, что исключительные права на новостную авторскую статью, являющуюся одним из оснований данного искового заявления, принадлежат ООО «БОРОДА». Как усматривается из материалов дела (листы дела 30 и 31) обладателем прав - **автором новостной авторской статьи - является физическое лицо И.В.Пугач.**

Согласно статьям 17 и 49 Гражданского Кодекса РФ физические и юридические лица имеют самостоятельную правоспособность, и осуществляют свои права и обязанности от своего имени, своей волей и в своем интересе.

Сам автор в защиту своих прав в качестве истца по настоящему делу не обращался.

Таким образом, настоящее дело начато по заявлению лица, обращающегося в суд за защитой прав, свобод и законных интересов **другого лица**, т.к. исковое заявление подано юридическим лицом ООО «БОРОДА» в защиту прав физического лица И.В.Пугача. Процессуальный статус ООО «БОРОДА», обратившегося с настоящим иском в суд, определен ст. 46 ГПК РФ.

Согласно части 1 статьи 46 ГПК РФ организации вправе обратиться в суд с заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов других лиц по их просьбе **исключительно в случаях, предусмотренных законом.**

Между тем действующее законодательство не предусматривает возможности обращения юридических лиц – ООО (обществ с ограниченной ответственностью) - в защиту физических лиц (включая своих учредителей), предоставляя такое право лишь организациям по управлению исключительными правами на коллективной основе (статьи 1242-1244 ГК РФ), а также согласно ст. ст. 17, 42, 44 - 46 Закона РФ "О защите прав потребителей" (в ред. Федерального закона от 30 декабря 2001 г. N 196-ФЗ) и ст. ст. 3, 34, 45, 46, 48 ГПК:

- федеральному антимонопольному органу;
- органам местного самоуправления;
- общественным объединениям потребителей;
- органам прокуратуры.

Таким образом, ООО «БОРОДА» обратилось в суд с заявлением в защиту прав физического лица И.В.Пугача незаконно.

Уплата государственной пошлины неуполномоченным лицом.

ООО «БОРОДА» не предоставило доказательств того, что оно вправе **уплачивать государственную пошлину** в интересах физического лица И.В.Пугача.

Согласно п.2 статьи 46 ГПК РФ лица, подавшие заявление в защиту законных интересов других лиц, не наделены полномочием уплаты судебных расходов, в которые с учетом п.1 статьи 88 ГПК РФ входит государственная пошлина за подачу искового заявления.

Статьей 132 ГПК РФ установлено, что к исковому заявлению прилагается документ, подтверждающий уплату государственной пошлины, что подтверждается материалами дела (Платежное поручение №3 ООО «БОРОДА» на сумму 4480 руб. от 12.11.2010г., лист дела №44).

Между тем оплата государственной пошлины совершена лицом, не имеющим соответствующих полномочий в противоречии с п.2 статьи 46 ГПК РФ.

В соответствии с ч. 1 ст. 136 подача искового заявления без соблюдения требований, установленных в статьях 131 и 132 ГПК РФ является основанием для оставления иска без движения.

С учетом вышеизложенного ООО «БОРОДА», действуя в интересах иных лиц, обязано согласовать вопросы уплаты государственной пошлины с истцами, которых оно собирается защищать в суде.

Лицо (истец), в интересах которого подается исковое заявление, должно:

- явным образом одобрить действия в его интересе путем выражения соответствующей просьбы (п.1 статьи 46 ГПК РФ),

- указать цену иска в силу императивного указания п.2 статьи 91 ГПК РФ, поскольку ООО «БОРОДА» не является истцом в отношении новостного авторского произведения И.В.Пугача, а данное право предоставлено только истцу,

- самостоятельно оплатить государственную пошлину либо в этих целях перечислить на счет ООО «БОРОДА» соответствующую сумму и уполномочить ООО «БОРОДА» на осуществление данных процессуальных действий

В материалах дела отсутствуют доказательства совершения указанных действий подателем искового заявления и представляемым им лицом.

Подписание иска неуполномоченным лицом

ООО «БОРОДА» не предоставило доказательств того, что оно вправе **подписывать иск** в интересах иных лиц (И.В.Пугача).

Согласно статье 54 представитель вправе совершать от имени представляемого все процессуальные действия. Однако **право представителя на подписание искового заявления**, предъявление его в суд, передачу спора на рассмотрение третейского суда, предъявление встречного иска, полный или частичный отказ от исковых требований, уменьшение их размера, признание иска, изменение предмета или основания иска, заключение мирового соглашения, передачу полномочий другому лицу (передоверие), обжалование судебного постановления, предъявление исполнительного документа к взысканию, **получение присужденного** имущества или денег **должно быть специально оговорено в доверенности, выданной представляемым лицом.**

Кроме того, в случае удовлетворения данного иска исполнительные листы должны были быть выданы именно истцу-правообладателю – И.В.Пугачу, а не ООО «БОРОДА», поскольку согласно ст. 428 ГПК РФ исполнительный лист выдается взыскателю, а в соответствии с п. 3 ст. 49 Федерального закона об «Об исполнительном производстве» от 02.10.2007 № 229-ФЗ взыскателем признается гражданин или организация, в пользу или в интересах которых выдан исполнительный документ.

Согласно пп. «а» п. 1 ст. 13 Федерального закона «Об исполнительном производстве» от 02.10.2007 № 229-ФЗ в исполнительном листе должны быть указаны следующие сведения о взыскателе-гражданине - фамилия, имя, отчество, место

жительства или место пребывания. Также Федеральный закон «Об исполнительном производстве» от 02.10.2007 № 229-ФЗ не предусматривает возможности участия в исполнительном производстве субъектов, действующих в защиту чужих прав и законных интересов в соответствии со ст. 46 ГПК РФ, вместо самих взыскателей.

Поскольку каких-либо сведений об истце в исковом заявлении не содержится, решение по данному делу в принципе не может быть исполнено, так как оформить исполнительные документы в соответствии с законом не представляется возможным.

Обращение в суд с нарушением подведомственности

В соответствии с п.3 статьи 22 ГПК РФ суды общей юрисдикции рассматривают и разрешают дела, предусмотренные частями первой и второй статьи 22 ГПК РФ, за исключением экономических споров и других дел, отнесенных федеральным конституционным законом и федеральным законом к ведению арбитражных судов.

Согласно п.2 статьи 27 АПК РФ арбитражные суды разрешают экономические споры и рассматривают иные дела с участием организаций, являющихся юридическими лицами, граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и имеющих статус индивидуального предпринимателя, приобретенный в установленном законом порядке (далее - индивидуальные предприниматели).

Пленум Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в Постановлении № 5/29 от 26 марта 2009 г. указал:

«1. Определяя подведомственность дел, связанных с применением положений части четвертой ГК РФ, судам надлежит исходить из следующего.

Споры о том, кто является автором результата интеллектуальной деятельности, подведомственны судам общей юрисдикции **как не связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности.**

Подведомственность споров о нарушениях интеллектуальных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации... определяется исходя из субъектного состава участников спора, если такой спор связан с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности.»

Согласно статье 1478 ГК РФ обладателем исключительного права на товарный знак может быть юридическое лицо или индивидуальный предприниматель. Согласно статье 1477 ГК РФ указанное правовое регулирование применяется к обозначениям, служащим для индивидуализации выполняемых юридическими лицами либо индивидуальными предпринимателями работ или оказываемых ими услуг.

Также следует обратить внимание на установленный материалами дела факт, что спорный текст размещен на Интернет-сайте в DNS-зоне .ORG (<http://lj.rossia.org>).

Согласно общедоступным сведениям¹ Домен .org - домен верхнего уровня общего назначения. Изначально был введён для неприбыльных и некоммерческих организаций, а также структур, которые не подходили для других зон. Делегирован 1.01.1985.

Администратором зоны является иностранное юридическое лицо Public Interest Registry (PIR), контактное лицо Michelle Coon, находящееся по адресу:

1775 Wiehle Avenue, Suite 200, Reston, VA 20190, USA

Phone: +1 (703) 889-5778

¹ <http://www.runames.info/org.html>

Fax: +1 (703) 889-5779

E-mail: mcoon@pir.org

Сайт: www.pir.org

Указанное лицо должно было быть привлечено к участию в деле в качестве ответчика или третьего лица.

Согласно п.9 части 1 статьи 247 АПК РФ арбитражные суды в Российской Федерации рассматривают дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, с участием иностранных организаций, международных организаций, иностранных граждан, лиц без гражданства, осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность (далее - иностранные лица), в случае, если спор возник из отношений, связанных оказанием услуг в международной ассоциации информационно-телекоммуникационных сетей "Интернет" на территории Российской Федерации.

Требования, основанные на товарном знаке Истца, заявлены в отношении служб новостей, экономических прогнозов и прочих услуг, перечисленных в 35 классе МКТУ и других классах согласно Свидетельству на товарный знак РФ 270983.

Согласно ч.1 и ч.4 статьи 23 ГК РФ гражданин вправе заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя. Гражданин, **осуществляющий предпринимательскую деятельность** без образования юридического лица с нарушением требований пункта 1 настоящей статьи, не вправе ссылаться в отношении заключенных им при этом сделок на то, что он не является предпринимателем. Суд может применить к таким сделкам правила настоящего Кодекса об обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

Таким образом, спор о нарушении исключительного права на товарный знак всегда является спором предпринимателей в сфере экономических отношений, даже, если нарушителем выступает физическое лицо, осуществившее без регистрации в качестве индивидуального предпринимателя экономическую деятельность с незаконным использованием товарного знака.

Следовательно, исковое заявление ООО «БОРОДА» не подлежит рассмотрению и разрешению в порядке гражданского судопроизводства, поскольку:

- заявление рассматривается и разрешается в ином судебном порядке;
- заявление предъявлено в защиту прав, свобод или законных интересов другого лица организацией или гражданином, которым настоящим Кодексом или другими федеральными законами не предоставлено такое право; (ч.1 статьи 134 ГПК РФ)

и в его принятии должно было быть отказано.

Более того, исковое заявление, поданное от имени ООО «БОРОДА», имеет своим основанием действия Ответчика, которые не затрагивают права, свободы или законные интересы заявителя в части предъявленных к защите авторских прав.

В случае принятия такого искового заявления к рассмотрению, суд обязан прекратить производство по настоящему делу в порядке статьи 220 ГПК РФ, т.к. дело не подлежит рассмотрению и разрешению в суде в порядке гражданского судопроизводства по основаниям, предусмотренным пунктом 1 части первой статьи 134 ГПК РФ.

Доказательства, заверенные ненадлежащим образом.

Согласно ч.5 статьи 67 ГПК РФ при оценке документов или иных письменных доказательств суд обязан с учетом других доказательств убедиться в том, что такие документ или иное письменное доказательство исходят от органа, уполномоченного представлять данный вид доказательств, подписаны лицом, имеющим право скреплять документ подписью, содержат все другие неотъемлемые реквизиты данного вида доказательств.

В соответствии с п.1 ст.55 ГПК РФ, доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном законом порядке сведения о фактах, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела, а согласно п.2 ст.55 ГПК РФ, доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу решения суда.

Российскому праву известен механизм досудебного обеспечения доказательств, он существует с 1993 года, с момента вступления в силу Закона РФ от 11 февраля 1993 года N 4462-1 «Основы законодательства РФ о нотариате».

Указанный нормативный акт содержит главу 20 «Обеспечение доказательств», где в ст.ст.102-103 указаны основания сбора и фиксации доказательств в досудебном порядке, содержатся условия, при которых досудебное обеспечение доказательств допустимо, а также закреплены виды доказательств, обеспечение которых возможно нотариусом, и процедуры совершения таких нотариальных действий.

«Статья 102. Обеспечение доказательств, необходимых в случае возникновения дела в судах или административных органах»

По просьбе заинтересованных лиц нотариус обеспечивает доказательства, необходимые в случае возникновения дела в суде или административном органе, если имеются основания полагать, что представление доказательств впоследствии станет невозможным или затруднительным.

Нотариус не обеспечивает доказательств по делу, которое в момент обращения заинтересованных лиц к нотариусу находится в производстве суда или административного органа.

Статья 103. Действия нотариуса по обеспечению доказательств

В порядке обеспечения доказательств нотариус допрашивает свидетелей, производит осмотр письменных и вещественных доказательств, назначает экспертизу.

При выполнении процессуальных действий по обеспечению доказательств нотариус руководствуется соответствующими нормами гражданского процессуального законодательства Российской Федерации.

Нотариус извещает о времени и месте обеспечения доказательств стороны и заинтересованных лиц, однако неявка их не является препятствием для выполнения действий по обеспечению доказательств.

Обеспечение доказательств без извещения одной из сторон и заинтересованных лиц производится лишь в случаях, не терпящих отлагательства, или когда нельзя определить, кто впоследствии будет участвовать в деле.

В случае неявки свидетеля или эксперта по вызову нотариус сообщает об этом в народный суд по месту жительства свидетеля или эксперта для принятия мер, предусмотренных законодательными актами Российской Федерации.

Нотариус предупреждает свидетеля и эксперта об ответственности за дачу заведомо ложного показания или заключения и за отказ или уклонение от дачи показания или заключения».

Указанный правовой механизм досудебного обеспечения доказательств существует достаточно давно, в штате ООО «БОРОДА» работают сотрудники, обязанные в силу занимаемой должности иметь достаточную юридическую квалификацию для того, чтобы знать о существующем механизме надлежащего досудебного обеспечения доказательств и уметь его реализовывать при совершении юридических действий, направленных на защиту нарушенных прав. На то указывают иные судебные дела с участием ООО «БОРОДА» в арбитражных судах.

Это дает основания считать, что ООО «БОРОДА» известно о такой предусмотренной законом возможности, и намеренное игнорирование норм действующего законодательства, реализация своих прав с нарушением закона должна быть квалифицирована, в соответствии со ст.10 ГК РФ и ч.1 статьи 35 ГПК РФ, как недобросовестное злоупотребление своими правами, а доказательство, полученное с нарушением норм процессуального права не может быть признано судом надлежащим доказательством и положено в основу судебного решения.

Часть 1 ст.67 ГПК РФ содержит норму о том, что суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств. Это означает, что только доказательства, непосредственно исследованные судом в судебном процессе, могут быть положены в основу решения суда.

Также согласно ч.3 ст.67 ГПК РФ, суд оценивает относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности.

Заверение в Интернет-кафе (листы дела 39-44) приобщенных к материалам дела копий сайта Ответчика было совершено с нарушением положений «Основ законодательства РФ о нотариате», не было проверено соответствие этих копий оригиналу, а оригинал сайта непосредственно судом не исследовался.

Нарушена также методика обеспечения доказательств (см. Приложение №1 и №2).

Согласно ч.6 и 7 статьи 67 ГПК РФ при оценке копии документа или иного письменного доказательства **суд проверяет, не произошло ли при копировании изменение содержания копии документа по сравнению с его оригиналом**, с помощью какого технического приема выполнено копирование, гарантирует ли копирование тождественность копии документа и его оригинала, каким образом сохранялась копия документа.

Суд не может считать доказанными обстоятельства, подтверждаемые только копией документа или иного письменного доказательства, если утрачен и не передан суду оригинал документа, и представленные каждой из спорящих сторон копии этого документа не тождественны между собой, и невозможно установить подлинное содержание оригинала документа с помощью других доказательств.

Иных доказательств, подтверждающих использование авторских произведений, в отношении которых истец полагает нарушенными права их правообладателя И.В.Пугача, суду не представлено. Между тем, согласно ч.1 ст.56 ГПК РФ, каждая сторона должна

доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Материальные основания

1. Согласно материалам дела деяние, вменяемое в вину Ответчику, т.е. **размещение товарного знака РФ №270983 в сети Интернет** для всеобщего сведения было совершено 8 июня 2006 года (лист дела №35). Таким образом начиная с этой даты любое лицо имело доступ к указанной записи в личном электронном дневнике и могло узнать о ее содержании.

ООО «БОРОДА» также указывает на то, что Ответчиком были нарушены **исключительные авторские (т.е. имущественные) права**, поскольку в личном дневнике Ответчика была опубликована фотография Пугача И.В., являющаяся объектом его авторских прав и текст новостного авторского произведения.

Однако исковое заявление подано в суд 12 ноября 2010 года, т.е. более, чем через 4 года. Согласно положениям статьи 196 ГК РФ Общий срок исковой давности устанавливается в три года. При этом течение срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права (ст. 200, ч.1 ГК РФ).

При этом согласно статье 208 ГК РФ **исковая давность не распространяется только на требования о защите личных неимущественных прав** и других нематериальных благ, кроме случаев, предусмотренных законом. Исключительное право на товарный знак является имущественным правом (ст. 1226 ГК РФ).

В материалах дела не имеется никаких доказательств того, что Истец не имел возможности узнать о наличии размещенной 8 июня 2006 года информации по уважительным причинам, которые позволили бы суду применить положения статьи 202 ГК РФ:

- 1) если предъявлению иска препятствовало чрезвычайное и непредотвратимое при данных условиях обстоятельство (непреодолимая сила);
- 2) если истец или ответчик находится в составе Вооруженных Сил, переведенных на военное положение;
- 3) в силу установленной на основании закона Правительством Российской Федерации отсрочки исполнения обязательств (мораторий);
- 4) в силу приостановления действия закона или иного правового акта, регулирующего соответствующее отношение;
- 5) если стороны отношения заключили соглашение о проведении процедуры медиации в соответствии с Федеральным законом "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)".

2. Согласно п.п. 4 п. 6 ст. 1259 ГК РФ **не являются объектами авторских прав**, в частности, сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер (**сообщения о новостях дня**, программы телепередач, расписания движения транспортных средств **и тому подобное**). Следовательно, приведенная в качестве доказательства **новостная авторская статья** (лист дела №30) не может являться основанием иска.

То же относится к **фотографии И.В.Пугача**, размещенной в указанной новостной статье. Аналогичная квалификация указанных объектов была дана во вступившем в законную силу решении 9-го арбитражного апелляционного суда по делу А40-25989/11-12-235 от 14 июня 2011 года, оставленному без изменений судом кассационной инстанции (**Приложение №3**).

Более того, изображение гражданина (в том числе фотография) получило правовую охрану лишь после того, когда Федеральным законом от **18 декабря 2006 г. №231-ФЗ** Гражданский Кодекс был дополнен статьей 152.1 «Охрана изображения гражданина».

Согласно материалам дела основанием настоящего иска является действия на Интернет-сайте, совершенные **8 июля 2006 года** (лист дела №35).

Между тем акты гражданского законодательства не имеют обратной силы и применяются к отношениям, возникшим после введения их в действие (ч.1 статьи 4 ГК РФ). Согласно статье 54 Конституции РФ закон, устанавливающий или отягчающий ответственность, обратной силы не имеет. **Никто не может нести ответственность за деяние, которое в момент его совершения не признавалось правонарушением.**

3. Наличие Договора о защите от 27 июля 2004 г. означает лишь обязанность ООО «БОРОДА» обратиться с иском от имени Пугача И.В. (считающего себя обладателем исключительных авторских прав) в суд, но не наделяет ООО «БОРОДА» исключительными правами автора и правом на самостоятельный иск о защите исключительных прав автора. Таким правом обладает лишь правообладатель (п.1 ст.1229 ГК РФ) или исключительный лицензиат (ст. 1254 ГК РФ).

Распоряжение исключительными правами может быть осуществлено в порядке, установленном статьями 1233, 1234 и 1235 ГК РФ и не может противоречить статьям 383 и 384 ГК РФ, согласно которым переход прав, неразрывно связанных с личностью кредитора (к которым относятся авторские права), в частности требований об алиментах и о возмещении вреда не допускается, при этом право первоначального кредитора переходит к новому кредитору **в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права.**

Между тем на момент заключения Договора между ООО «БОРОДА» и И.В.Пугачом (27 июля 2004 года, лист дела №25), права требования к Ответчику за совершенные 8 июля 2006 года действия (лист дела №35) отсутствовали.

Нельзя передать больше прав, чем имеешь сам.

Более того, **предметом данного договора являются не все авторские права, принадлежащие Пугачу И.В., а лишь изображение товарного знака.** Права на новостную авторскую статью по данному договору не передавались.

Таким образом, ввиду отсутствия у ООО «БОРОДА» нарушенных либо оспариваемых исключительных авторских прав или прав требования ООО «БОРОДА» является ненадлежащим истцом.

4. ООО «БОРОДА» не доказало, что именно в результате виновных действий Ответчика в его личном дневнике появились спорные объекты исключительных прав. Доказательств того, что именно ответчик осуществлял администрирование сайта в момент появления спорной записи на личной странице суду не представлено.

Как следует из непосредственного изучения указанной записи Ответчиком, спорное изображение имеет иной адрес, отличный от адреса личной страницы Ответчика:

<http://imperium.lenin.ru/Lenin/33/2006/boroda-pugach-tz2.jpg>

При этом процитированная новостная статья снабжена ссылкой на первоисточник:

<http://www.sluganaroda.ru/?action=news&mode=news&mode=full&id=8>

который, согласно указанию в конце страницы, администрируется автором:

© Copyright 2006 - 2011, И.В.ПУГАЧ. Все права защищены.

Таким образом, использование указанной статьи на личной странице Ответчика является добросовестным цитированием в объеме, оправданном целью такого цитирования, с соблюдением требований, установленных законом (ст. 1274 ГК РФ).

5. Ответчик в своем личном дневнике не осуществляет предпринимательскую деятельность по реализации товаров или оказанию услуг, в отношении которых Роспатентом в Реестре товарных знаков РФ зарегистрирован товарный знак №270983.

Статьи 1477, 1478, 1484 ГК РФ предусматривают, что исключительное право на товарный знак может быть осуществлено для индивидуализации товаров, работ или услуг юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, при этом, п. 2 ст. 1484 Гражданского кодекса Российской Федерации содержит исчерпывающий перечень способов использования товарного знака.

Использование товарных знаков в иных целях, в том числе для личных или информационных нужд, не связанных с предпринимательской деятельностью, не образует объективного состава использования товарного знака и не может повлечь за собой ответственность, поскольку согласно ч.1 статьи 1250 ГК РФ интеллектуальные права защищаются способами, предусмотренными настоящим Кодексом, с учетом существа нарушенного права и последствий нарушения этого права.

Доказательства наступления вредных последствий, наличия причинно-следственной связи их возникновения с виновными действиями Ответчика в материалы дела согласно статье 56 ГПК РФ ООО «БОРОДА» не представлены.

Приложенная к материалам дела выкопировка из газеты «Труд» за 2004 год (лист дела №46), в котором ООО «БОРОДА» объявляет об исключительных правах на оригинальную бороду на подбородке – охраняемый элемент зарегистрированного товарного знака №270983 содержит лишь оферту на заключение договора, обращенную к тем лицам, кто копирует оригинальную бороду для использования в коммерческих целях (шоу-бизнес, кино, телевидение, представительство и т.п.) и **только на определенное действие: копирование (выбривание за подбородком до схожести) и тиражирование.**

Однако в отношении такого способа использования, как доведение до всеобщего сведения в сети Интернет и т.п. данная оферта предложений не содержит.

При этом ставка в 18000 рублей, объявленная Истцом «для частного пользования», противоречит закону, поскольку товарный знак может быть использован только предпринимателями в гражданском обороте, т.е. согласно статье 129 ГК РФ при отчуждении объектов гражданских прав в ходе осуществления ими своей хозяйственной деятельности.

При этом приведенная оферта от 2004 года не содержит (и не может содержать) никаких предложений в отношении авторских прав иного лица И.В.Пугача) в отношении новостной авторской статьи, написанной в 2006 году.

6. Истец неоднократно обращался в арбитражные суды с соблюдением правил подведомственности споров по аналогичным основаниям (дела А40-25989/11-12-235 к ОАО "Ньюс медиа", А40-34616/2005 к Первому каналу).

Во всех случаях подобные обращения носили характер шиканы – злоупотребление правом (статья 10 ГК РФ) исключительно с целью причинить вред иному лицу – и в исковых требованиях Высшим Арбитражным Судом РФ и всеми нижестоящими судами было отказано (Приложение №3).

Как было показано ранее, и подтверждено иными судебными решениями по аналогичным обстоятельствам с участием того же лица, все доводы Истца являются несостоятельными и противоречат фактическим обстоятельствам дела, представленным в материалы дела доказательствам, полученным с нарушением процессуального законодательства, и основаны на неправильном применении ответчиком норм материального права.

С учетом изложенного, просим уважаемый суд:

- в иске ООО «БОРОДА» к Ответчику отказать.

Представитель по доверенности

Приложение №1

Методика осмотра интернет-сайтов*

В запросе приведён Интернет-адрес веб-сайта в общепринятой нотации, также известной как «URL» (universal resource locator – универсальный указатель ресурса).

Адрес состоит из указателя на используемый протокол (http:), разделителя (//), доменного имени (www.pink-dandelion.net) и пути к конкретной веб-странице (/index.html).

Веб-страница, имеющая такой адрес (URL), должна быть доступна для любого пользователя, имеющего доступ к сети Интернет, по его запросу через любой клиент (браузер), поддерживающий протокол HTTP.

Для осмотра веб-страницы можно просто запустить программу-браузер на компьютере, имеющем подключение к Интернету и набрать в адресной строке вышеуказанный интернет-адрес (URL).

Однако, учитывая особенности функционирования сети Интернет, подобный простой вариант действий даст результат, в корректности которого можно быть уверенным в достаточной степени, но всё же не абсолютно. Для достижения полной уверенности в корректности результата необходимы несколько дополнительных условий.

Необходимо удостовериться, что:

- 1 корректно работает служба DNS (domain name system – система доменных имён), осуществляющая **разрешение доменного имени в IP-адрес**;
- 2 компьютер, при помощи которого производится осмотр, всё время имеет связь с сетью Интернет, **передаваемая и получаемая информация не искажается и не подменяется намеренно кем-либо**;
- 3 **информация получается непосредственно из сети Интернет, а не из кэша** (временного буферного хранилища), что могло бы привести к неактуальности полученной информации;
- 4 пользователям, обращающимся к осматриваемому веб-сайту с **разных адресов, передаётся одинаковая (или несущественно отличающаяся) информация**;
- 5 осматриваемая веб-страница одинаково (или с несущественными различиями) отображается в различных браузерах;
- 6 **вся отображаемая браузером информация возвращается именно осматриваемым веб-сайтом, а не каким-либо другим сайтом через механизм переадресации**, фреймирования, ссылки на иные ресурсы и так далее (если не вся, необходимо установить, какая именно часть информации передаётся другими веб-сайтами).

Вышеперечисленные условия корректности должны быть соблюдены и проверены техническим специалистом. При этом **применяются следующие методы**:

- 7 запросы системы DNS с различных серверов без кэширования результата (как это предусмотрено в штатном режиме большинства DNS-резолверов), рекурсивно, начиная от корневых DNS-серверов; сравнение результатов;

* Цитируется по Приложению «Протокол осмотра веб-сайта» к книге «Форензика — компьютерная криминалистика», Н.Н.Федотов, «Юридический Мир», Москва, 2007 г.
http://forensics.ru/zaverenie_sayta.fnn.doc

8 контрольный запрос с используемого компьютера нескольких других веб-сайтов, содержащих актуальную, легко проверяемую информацию;

9 использование оборудования, программного обеспечения и линий связи, которые управляются независимыми, незаинтересованными субъектами и о которых не могла заранее знать сторона, заинтересованная в исходе осмотра; при каких-либо сомнениях используются альтернативные системы и линии связи;

10 выявление и отключение кэширующих устройств (программ), которые могут привести к тому, что вместо актуальной версии веб-страницы будет получена более ранняя, сохранённая в кэше (буфере) версия этой страницы;

11 запрос осматриваемой веб-страницы через несколько анонимизирующих прокси-серверов, расположенных в разных сетях, у разных провайдеров, желательно даже в разных странах, сравнение полученных версий веб-страницы;

12 отображение осматриваемой веб-страницы в нескольких различных браузерах, (желательно, наиболее распространённых типов и версий), сравнение результатов;

13 анализ HTML-запросов и HTML-кода осматриваемой веб-страницы на предмет наличия переадресации, фреймов (кадров), фрагментов, расположенных на других веб-сайтах, активных элементов и так далее.

Глава 4

Адресация

Кроме изменений, связанных с передачей размещенной информации от сервера к пользователю, следует также упомянуть о возможных проблемах, связанных с адресацией.

Утверждение «В Интернете по такому_то адресу (URL) размещена такая_то информация» не всегда четко и однозначно задает место размещения этой информации.

В URL [28], как правило, используется доменное имя*. Оно является средством адресации. Распространено мнение, что каждому доменному имени соответствует определенный IP_адрес. Браузер получает доменное имя, затем при помощи DNS* разрешает его в IP_адрес и обращается к сайту по этому IP_адресу.

Это верно лишь в первом приближении. На самом деле адресация эта, во_первых, не статична, а во_вторых, не всегда однозначна. Кроме того, пользователь может быть перенаправлен на иной веб_сервер в зависимости от разных обстоятельств. Для иллюстрации приведем два примера.

В первом примере показывается динамическое разрешение доменного имени в IP_адрес, так называемый механизм «Round robin DNS».

При разрешении доменного имени «cnn.com» на несколько сделанных подряд запросов возвращаются восемь различных IP_адресов, причем в разной последовательности:

```
fnn@home$>host cnn.com
cnn.com has address 64.236.16.20
cnn.com has address 64.236.16.52
cnn.com has address 64.236.16.84
cnn.com has address 64.236.16.116
cnn.com has address 64.236.24.12
cnn.com has address 64.236.24.20
cnn.com has address 64.236.24.28
cnn.com has address 64.236.29.120
```

```

cnn.com mail is handled by 10 atlmail3.turner.com
cnn.com mail is handled by 10 atlmail5.turner.com
cnn.com mail is handled by 20 nycmail2.turner.com
cnn.com mail is handled by 30 nycmail1.turner.com
fnn@home$>host cnn.com
cnn.com has address 64.236.29.120
cnn.com has address 64.236.16.20
cnn.com has address 64.236.16.52
cnn.com has address 64.236.16.84
cnn.com has address 64.236.16.116
cnn.com has address 64.236.24.12
cnn.com has address 64.236.24.20
cnn.com has address 64.236.24.28
cnn.com mail is handled by 10 atlmail5.turner.com
cnn.com mail is handled by 20 nycmail2.turner.com
cnn.com mail is handled by 30 nycmail1.turner.com

cnn.com mail is handled by 10 atlmail3.turner.com
fnn@home$>host cnn.com
cnn.com has address 64.236.24.28
cnn.com has address 64.236.29.120
cnn.com has address 64.236.16.20
cnn.com has address 64.236.16.52
cnn.com has address 64.236.16.84
cnn.com has address 64.236.16.116
cnn.com has address 64.236.24.12
cnn.com has address 64.236.24.20
cnn.com mail is handled by 10 atlmail3.turner.com
cnn.com mail is handled by 10 atlmail5.turner.com
cnn.com mail is handled by 20 nycmail2.turner.com
cnn.com mail is handled by 30 nycmail1.turner.com

```

Веб-сайт cnn.com обслуживается сразу несколькими серверами. При разрешении доменного имени DNS-сервер выдает сразу восемь различных IP-адресов. Браузер может выбрать любой из них, но обычно выбирается первый. Выдавая IP-адреса в разном порядке, DNS-сервер пытается равномерно распределить нагрузку на эти сервера.

В данном случае все сервера, обслуживающие веб-сайт, имеют одинаковый контент* (информационное наполнение). Но могли бы иметь разный.

Второй пример показывает зависимость видимой веб-страницы от IP-адреса пользователя. Автор запросил одну и ту же веб-страницу «www.google.com» с двух различных компьютеров.

У первого из них IP-адрес зарегистрирован за российским провайдером, у второго – за немецким. Ответы веб-сервера были различными.

```

bash 2.05b$ lynx _noredir _source www.google.com
<HTML><HEAD><meta http_equiv="content_type" content="text/html;charset=utf_
8">
<TITLE>302 Moved</TITLE></HEAD><BODY>
<H1>302 Moved</H1>
The document has moved
<A HREF="http://www.google.ru/">here</A>.
</BODY></HTML>

```

```

fnn@home$>lynx _noredir _source www.google.com
<HTML><HEAD><meta http_equiv="content_type" content="text/html;charset=utf_
8">
<TITLE>302 Moved</TITLE></HEAD><BODY>
<H1>302 Moved</H1>
The document has moved
<A HREF="http://www.google.de/">here</A>.
</BODY></HTML>

```

При совершенно одинаковом запросе в первом случае пользователь был перенаправлен на веб-сайт «www.google.ru», во втором случае – на веб-сайт «www.google.de». Содержимое этих сайтов существенно различается. И не только языком.

Протокол осмотра сайта с проверкой соответствия DNS и IP-адреса

«...С целью проверки соответствия символьного адреса сайта «www.nsu.ru» с его IP-адресом и доказательства того, что браузер отображает подлинные страницы указанного сайта необходимо определить DNS-серверы, ответственные за хранение IP-адреса осматриваемого сайта.

Находясь в сети Интернет, в адресной строке браузера введен адрес сайта «**Центр регистрации доменов. RU-CENTER**» в виде записи: «www.nic.ru», нажата клавиша «Enter» и осуществлен переход на страницу с адресом «<http://www.nic.ru/>»...

На странице «**RU-CENTER – регистрация доменов, домен РФ, хостинг сайтов, аукцион доменов, DNS серв...**» использована ссылка «Whois» и осуществлен переход на страницу с адресом «<https://www.nic.ru/whois/>»...

На странице «**Whois Service**» заполнена поисковая форма «WHOIS service», а именно – в поле «Для получения информации введите имя домена или IP-адрес» введено: «**nsuh.ru**», использована функция «OK» и осуществлен переход на страницу с адресом «<https://www.nic.ru/whois/?query=nsuh.ru>»...

Согласно регистрационной записи за хранение IP-адреса домена «**nsuh.ru**» отвечают DNS-серверы: «**ns1.masterhost.ru; ns2.masterhost.ru; ns.masterhost.ru;**».

С помощью DNS-сервера – «**ns1.masterhost.ru**» и с целью определения IP-адреса осматриваемого сайта использована утилита «**nslookup**», входящая в состав операционной системы. Для запуска утилиты последовательно использованы функции операционной системы: «Пуск» -> «Все программы» -> «Стандартные» -> «Командная строка». В появившемся окне «Командная строка» в месте курсора в строке «C:\Users\Николай>» введен текст следующего содержания: «**nslookup nsuh ns1.masterhost.ru**» и нажата клавиша «Enter». В результате выполнения утилиты «nslookup» получен ответ DNS-сервера в виде записи:

```
C:\Users\Николай> nslookup nsuh ns1.masterhost.ru
Server: ns1.masterhost.ru
Address: 217.16.16.16
Name: nsuh.ru
Addresses: 90.156.201.15,
           90.156.201.85,
           90.156.201.39,
           90.156.201.35
C:\Users\Николай>
```

Для выяснения вопроса о том, совпадает ли выясненный IP-адрес (90.156.201.35) сайта «www.nsu.ru» с тем, к которому обращается браузер, запущена утилита «**tracert**» входящая в состав операционной системы.

В открытом окне «Командная строка» в месте курсора в строке «C:\Users\Николай>» введен текст следующего содержания: «tracert www.nsu.ru» и нажата клавиша «Enter». В результате выполнения утилиты tracert получен ответ в виде записи:

```
C:\Users\Николай> tracert www.nsu.ru
Трассировка маршрута к www.nsu.ru [90.156.201.15]
С максимальным числом прыжков 30:
 1          <1 ms    5 ms    5 ms    dir-320 [192.168.33.3]
 2          *        *        *        Превышен интервал ожидания для запроса
```

```
3          6 ms  13 ms  24 ms  193.242.238.77.teluru.net [77.238.242.193]
4          17 ms  10 ms  25 ms  m9-bbn01-ge.teluru.net [77.238.224.129]
5          13 ms  18 ms   19 ms  msk-m9-b1-xe1-1-0-vlan51.fiord.ru
[62.140.245.185]
6          7 ms  26 ms  10 ms  Fiord-lgw.Moscow.gldn.net [194.186.0.173]
7          150 ms  202 ms  27 ms  195.239.134.98
8          20 ms  29 ms   11 ms  msk-dsr5-masterhost.c.rt-comm.ru
[195.161.4.62]
9          10 ms  29 ms  11 ms  fe.shared.masterhost.ru [90.156.201.15]
Трассировка завершена.
C:\Users\Николай>
```

...

В результате выполнения утилит выяснено, что IP-адрес, определенный с помощью утилиты «nslookup», совпадает с IP-адресом, полученным с помощью утилиты «tracert», что свидетельствует о том, что DNS-серверы работают нормально и в браузере отражается подлинное содержание сайта «www.nsu.ru».