

УГОЛОВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НЕЗАКОННОЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ТОВАРНЫХ ЗНАКОВ: ТОЛКОВАНИЕ ПРИЗНАКОВ «НЕОДНОКРАТНОСТЬ» И «КРУПНЫЙ УЩЕРБ»



Руслан Долотов, партнер Адвокатского бюро «Феоктистов и партнеры», к.ю.н., доцент НИУ ВШЭ

Сергей Пархоменко, адвокат Адвокатского бюро «Феоктистов и партнеры»



Согласно данным сводных Единых отчетов о преступности, подготовленных Генеральной прокуратурой РФ на протяжении последних пяти лет наблюдается положительная динамика темпа прироста регистрируемых преступлений по ст. 180 УК РФ. Исходя из официальной статистики, это самое распространенное преступление в сфере интеллектуальной собственности.

Статья опубликована в научном журнале «Уголовное право» 2023 г. №11

Однако, несмотря на полтора десятилетия действия постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26.04.2007 № 14 «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака», правоприменитель демонстрирует высокую вариативность толкования криминообразующих признаков «неоднократность» и «крупный ущерб», что говорит о неединообразии уголовно-правовой оценки.

Анализ судебной практики показывает, что деяние, предусмотренное ст. 180 УК РФ, квалифицируется только по признаку крупного ущерба в 26,5% случаев, только по признаку неоднократности – в 17% случаев и по обоим признакам одновременно – в 57% случаев¹. Это может свидетельствовать о том, что правоприменитель испытывает трудности при определении содержания и доказывании криминообразующих признаков данного преступления и вменяет оба, опасаясь, что один из них будет исключен как ошибочно инкриминированный.



¹ Нами проанализированы все официально опубликованные (ГАС «Правосудие» и сайт Московского городского суда) приговоры и иные итоговые судебные решения районных судов по ст. 180 УК РФ за 2022 г. Всего – 83 приговора и постановления (по состоянию на 15.07.2023). URL: <https://disk.yandex.ru/i/BGtmMplzAjksKw>. Здесь и далее, приводя статистические данные, мы будем иметь в виду эту выборку, то есть официально опубликованные (по состоянию на 15.07.2023) приговоры районных судов за 2022 год.

В статье мы проанализируем сложившиеся на практике подходы:

- к определению момента окончания преступления, предусмотренного ст. 180 УК РФ по признаку крупного ущерба, решив вопрос о моменте возникновения ущерба в уголовно-правовом смысле, а также о методике расчета такого ущерба. Будут показаны ошибки правоприменителей, рассматривающих признак «крупный ущерб» по аналогии с признаком «крупный размер»;

- к толкованию признака неоднократного использования чужого товарного знака; здесь мы рассмотрим виды, объективные и субъективные аспекты данного признака, а также проблемы, возникающие при фиксации и документировании на практике нескольких фактов реализации контрафактных товаров.

ТОЛКОВАНИЕ ПРИЗНАКА «КРУПНЫЙ УЩЕРБ»

Для лучшего уяснения содержания признака «крупный ущерб» в ст. 180 УК РФ следует прибегнуть к систематическому толкованию – проанализировать данный признак в сравнении с признаком «крупный размер» в ст. 146 УК и историю изменений ст. 146 УК РФ.

Так, переломным моментом в формировании правоприменительной практики по ст. 146 УК РФ стал 2003 г., когда законодатель трансформировал состав незаконного использования объектов авторского и смежных прав из материального в формальный путем замены криминообразующего признака «крупный ущерб» на «крупный размер»². Это привело к резкому взлету регистрации преступлений по ст. 146 УК РФ (речь шла о тысячах преступлений), в то время как статистика по ст. 180 УК РФ была не столь значительной (сотни преступлений в год):

Данные о количестве зарегистрированных преступлений и числе осужденных³

Год	Статья 146		Статья 180	
	зарегистрировано	осуждено	зарегистрировано	осуждено
2004	1 917	457	238	40
2005	2 924	738	470	32
2006	7 245	1 975	878	56
2007	7 874	2 917	924	73
2008	6 885	3 081	566	122
2009	7 211	2 931	554	127
2010	6 118	2 850	505	167
2011	5 033	2 499	383	140
2012	3 580	1 477	413	103

² См.: Федеральный закон от 08.04.2003 № 45-ФЗ «О внесении изменения в статью 146 Уголовного кодекса Российской Федерации».

³ Сведения о количестве зарегистрированных преступлений взяты из сборников Российской криминологической ассоциации и сводных отчетов по России «Единый отчет о преступности» Генеральной прокуратуры РФ. Сведения о числе осужденных взяты с сайта Судебного департамента при Верховном Суде РФ. URL: <http://www.cdep.ru>

Трансформация предусмотренного ст. 146 УК РФ деяния (в части, касающейся незаконного использования объектов авторского права или смежных прав) в формальный состав в первую очередь была вызвана потребностью облегчить применение ст. 146 УК РФ. Теперь процесс расследования факта интеллектуального пиратства стал легче, так как больше не нужно было доказывать фактически наступивший ущерб. Об этом прямо заявляли сами депутаты Государственной Думы и представитель Президента при обсуждении соответствующего законопроекта: «Проект федерального закона разработан в связи с необходимостью скорректировать основания уголовной ответственности за нарушение авторских и смежных прав. Законопроект предусматривает новую редакцию статьи 146 Уголовного кодекса. При этом частью первой этой статьи предусматривается ответственность за присвоение авторства (плагиат), а частью второй – за незаконное распространение объектов авторского права или смежных прав. Такое разграничение позволяет заменить в части второй указание на крупный ущерб как признак объективной стороны, вызывающий затруднения в правоприменении, на указание о крупном размере применительно к деянию, то есть конкретно к распространению контрафактных изделий»⁴.

Законодатель разграничил понятия «крупный ущерб» и «крупный размер»

Согласно примечанию к ст. 146 УК РФ незаконное использование объектов авторского права или смежных прав признается совершенным в крупном размере, если стоимость экземпляров произведений или фонограмм либо стоимость прав на использование объектов авторского права и смежных прав превышают сто тысяч рублей, а в особо крупном размере – один миллион рублей.

Позднее Пленум Верховного Суда РФ дополнительно разъяснил, что предусмотренные частями 2 и 3 статьи 146 УК РФ незаконное использование объектов авторского права или смежных прав, а равно приобретение, хранение, перевозку контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта следует считать оконченными преступлениями с момента совершения указанных действий в крупном (особо крупном) размере **независимо от наступления преступных последствий в виде фактического причинения ущерба правообладателю.**

Соответственно, стоимость оригинальных экземпляров произведений или фонограмм либо стоимость прав на использование объектов авторского права и смежных прав не может автоматически отождествляться с размером ущерба, который причиняется правообладателям в результате интеллектуального пиратства. Иначе не нужно было бы менять «крупный ущерб» на «крупный размер» в ст. 146 УК РФ.

Отсюда следует вывод о том, что «крупный ущерб», являющийся одним из альтернативных криминообразующих признаков предусмотренного ст. 180 УК РФ преступления, также не может автоматически отождествляться с «крупным размером» – стоимостью аналогичной оригинальной продукции.

Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 26.04.2007 № 14 «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о

⁴ Стенограмма заседания Государственной Думы РФ по обсуждению законопроекта № 162866-3 «О внесении изменения в статью 146 Уголовного кодекса Российской Федерации». URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/162866-3>

незаконном использовании товарного знака» обошел стороной вопрос о том, каким образом может устанавливаться ущерб для целей ст. 180 УК РФ, указав лишь на то, что применительно к ч. 1 ст. 146 и ст. 147 УК РФ при установлении ущерба суды должны исходить из обстоятельств конкретного дела (например, из наличия и размера реального ущерба, размера упущенной выгоды, размера доходов, полученных лицом в результате нарушения им прав на результаты интеллектуальной деятельности или на средства индивидуализации).

В научных исследованиях отмечается, что в большинстве случаев при совершении рассматриваемых



преступлений крупный ущерб для целей ст. 180 УК РФ может быть образован только упущенной выгодой правообладателя, тогда как реальный ущерб от совершения этих преступлений либо невозможен по природе деяния, либо труднодоказуем. Однако это в свою очередь ставит вопрос о том, как исчислять такую упущенную выгоду⁵.

В абсолютном большинстве уголовных дел по ст. 180 УК РФ ущерб выражен в упущенной выгоде, которую суды (при отсутствии разъяснений Верховного Суда о том, как именно рассчитывать эту упущенную выгоду) стали по аналогии рассчитывать так же, как и крупный размер в ст. 146 УК РФ: перемножать количество контрафактных товаров на стоимость оригинальной продукции, руководствуясь такой логикой: одна единица контрафактной продукции вытесняет с рынка одну единицу оригинальной продукции, цена которой является неполученным доходом, который правообладатели получили бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы их исключительные права не были нарушены.

Подобный подход к установлению крупного ущерба в ст. 180 УК РФ, фактически представляющий собой отождествление криминообразующего признака «крупный ущерб» с признаком «крупный размер», уже не раз подвергался обоснованной критике со стороны ученых⁶.

Кроме того, такая «методика» исчисления крупного ущерба входит в противоречие с позицией Верховного Суда РФ, исходя из которой *«судебная коллегия не может согласиться с выводами нижестоящих судов о том, что размер убытков, определяется исходя из цены на оригинальную продукцию, актуальную на дату изъятия контрафактной продукции, на основе принципа, что одна единица контрафактной продукции вытесняет с рынка одну единицу оригинальной продукции, признав, что данная цена является неполученным доходом, который правообладатели получили бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы их исключительные права не были нарушены»*, поэтому, оценивая упущенную выгоду правообладателя, суду необходимо установить его неполученный доход, учесть, что он не находится в прямой зависимости от количества проданных контрафактных

⁵ См.: Есаков Г.А., Сарваров Д.М. О понимании крупного ущерба, размера и неоднократности в составах преступлений против интеллектуальной собственности // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2019. № 5. С. 88 – 89.

⁶ См.: Яни П.С. Роль Верховного Суда РФ в решении проблем квалификации преступлений в сфере экономической деятельности // Закон. 2008. № 11. С. 39 – 50 (доступ из СПС «КонсультантПлюс»).

товаров, то есть не может быть рассчитан путем умножения стоимости оригинального товара на количество контрафактного реализованного товара⁷.

Данное решение касается арбитражного спора, но в нем судом решался тот же самый вопрос о методике расчета упущенной выгоды, что и при определении суммы ущерба для целей ст. 180 УК РФ. Таким образом, автоматическая подмена методики расчета крупного ущерба методикой определения крупного размера не имеет под собой оснований.

Однако суды по-прежнему определяют размер ущерба для целей ст. 180 УК именно таким образом. Это, в свою очередь, приводит к неверному установлению момента окончания преступления. Например, уже при собственно изготовлении контрафактного товара может быть установлен признак крупного размера, характеризующий масштаб деяния, но не наступившие для правообладателя последствия. Тогда как крупный ущерб, выступая криминообразующим – альтернативным для признака неоднократности – последствием предусмотренного ст. 180 УК РФ деяния, в отличие от признака крупного размера, не возникает одновременно вместе с самим деянием (незаконным использованием чужого товарного знака), если это деяние совершено путем такого введения в оборот, как производство, предложение к продаже, демонстрация на выставках и ярмарках и т.п., то есть не путем продажи⁸, поскольку изготовленный контрафактный товар с незаконно нанесенным на него чужим товарным знаком может быть уничтожен практически сразу, например, сгореть на складе, и правообладателю не будет причинен ущерб в виде упущенной выгоды, так как контрафактный товар так и не попадет в гражданский оборот, а значит, не вытеснит с рынка оригинальную продукцию.

Подход к признаку крупного ущерба определяет момент окончания преступления

В подобном случае, полагаем, можно вести речь лишь о покушении на преступление, так как деяние уже совершено (незаконное изготовление или хранение контрафактного товара), а последствия не наступили.

Однако отождествление в правоприменительной практике способа расчета крупного ущерба и крупного размера приводит к ошибочному перенесению судами момента окончания преступления, предусмотренного ст. 180 УК РФ, по признаку «крупный ущерб» на момент совершения деяния и в иных, кроме продажи, формах.

Особенно ярко неосновательное отождествление крупного ущерба и крупного размера прослеживается при квалификации действий обвиняемых по совокупности ст. 171¹ УК РФ со ст. 180 УК РФ. Например, при производстве алкогольной продукции без акцизной марки с нанесением на эту продукцию чужого товарного знака⁹.

⁷ Определение Верховного Суда РФ от 07.02.2023 по делу № А63-6499/2021.

⁸ См. пункт 18 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26.04.2007 № 14.

⁹ По ст. 171¹ УК ответственность наступает за производство, приобретение, хранение, перевозка в целях сбыта или продажу немаркированной алкогольной продукции, подлежащей обязательной маркировке акцизными марками, совершенные в крупном размере.

Нередко при квалификации действий обвиняемых по совокупности ст. 171¹ УК и ст. 180 УК РФ суды не видят разницы между крупным размером и крупным ущербом, применяя одинаковую методику для их расчета и отождествляют момент окончания обоих преступлений.



Так, Садыгов и др. осуждены по ч. 5 ст. 171¹ УК и по ч.3 ст.180 УК за то, что, *«действуя согласно отведенным им преступным ролям ... умышленно незаконно путем наклеивания собственноручно маркировали тару с алкогольной продукцией чужими товарными знаками, а именно: не менее 4500 бутылок с прозрачной жидкостью внутри, объемом 0,25 литра, оклеенных этикетками водка «Урожай», с незаконно размещенными на них*

изобразительным товарным знаком «Урожай» <...> хранили готовую алкогольную и спиртосодержащую продукцию по вышеуказанному адресу с целью дальнейшей продажи и извлечения материальной выгоды ... сотрудниками полиции при проведении осмотра места происшествия по адресу: <адрес> обнаружены и изъяты 4500 бутылок водки «Урожай»... Поскольку указанные образцы водки «Урожай» произведены не заводами-изготовителями оригинальной продукции и без согласия правообладателей соответствующих товарных знаков, хранение либо предложение к продаже, либо продажа данной продукции являются незаконными, а сама продукция – контрафактной. Сумма ущерба правообладателю рассчитывается исходя из того, что одна единица фальсифицированной (контрафактной) продукции вытесняет с рынка одну единицу легального товара, сумму нанесенного ущерба правообладатель оценивает, исходя из стоимости легальной продукции». Суд заключил, что своими преступными действиями Садыгов и другие лица, руководствуясь единым преступным умыслом, незаконно использовали товарные знаки, незаконно маркированные на алкогольную продукцию, до 11 часов 45 минут 27 февраля 2021 года, когда их преступная деятельность была пресечена сотрудниками правоохранительных органов, причинив тем самым ущерб правообладателю товарных знаков «Урожай» – компании «Арди Инвестментс Лимитед» на сумму **473 085 рублей**, что является крупным ущербом¹⁰.

Так как эта алкогольная продукция, подлежащая обязательной маркировке федеральными специальными марками, не была маркирована, суд квалифицировал действия указанных лиц дополнительно по ч.5 ст. 171¹ УК. Данный приговор не обжаловался ни одной из сторон, однако оценка содеянного как оконченного преступления, предусмотренного ст. 180 УК РФ, вызывает сомнения, так как хранение товара с целью его последующей продажи, если этот товар был изъят правоохранительными органами до того, как он будет кому-нибудь продан, не позволяет говорить о причинении правообладателю ущерба в виде упущенной выгоды.

Однако подобный подход к квалификации хранящейся где-либо контрафактной продукции с целью ее последующей продажи как деяния, уже причинившего правообладателю ущерб с самого начала хранения можно встретить и в решениях других судов.

¹⁰ Приговор Пушкинского городского суда Московской области от 01.06.2022 по делу № 1-122/2022.

«Реализуя свой преступный умысел, направленный на незаконное использование чужого товарного знака, в целях извлечения незаконной материальной выгоды, в отсутствие соответствующего договора с указанным выше правообладателем на разрешение использования указанного товарного знака, Панкин В.В. и лица, в отношении которых уголовное дело выделено в отдельное производство, действуя в составе группы лиц по предварительному сговору, на автомобилях...транспортировали указанное выше количество алкогольной продукции в приобретенный в пользование Панкина В.В. гаражный бокс...где продолжили хранить для последующей продажи под видом оригинальной продукции, то есть незаконно использовали чужой товарный знак, неоднократно, а именно: на каждой единице алкогольной продукции имеется маркировка «NEFT» и «НЕФТЬ» с товарным знаком, имеющим свидетельство ВОИС №N№, с целью незаконного извлечения материальной выгоды в крупном размере, до 01 час. 30 мин. ДДММ.ГГТТ... когда данная продукция была обнаружена и изъята из незаконного оборота сотрудниками полиции. Своими совместными неоднократными преступными действиями Панкин В.В. и лица, в отношении которых уголовное дело выделено в отдельное производство, причинили правообладателю товарного знака ««NEFT», «НЕФТЬ»» - компании «NEFT Global, Inc» материальный ущерб в крупном размере на общую сумму 2 051 460 рублей 00 коп.»¹¹.

Вместе с тем количество противоположных решений тоже довольно велико, так как немало судей совершенно обоснованно усматривают различия между признаками «крупный ущерб» и «крупный размер», квалифицируя содеянное в подобных случаях как оконченный состав по ст. 171¹ и покушение преступление, предусмотренное ст. 180 УК РФ¹².

Статья 180 УК РФ в части, касающейся причинения ущерба, относится к материальным составам преступления, то есть это преступление является оконченным только в том случае, если незаконное использование чужого товарного знака повлекло за собой причинение ущерба правообладателю на сумму более 250 000 руб., а между этими последствиями и самим деянием имеется прямая причинно-следственная связь.

Основой для вычисления размера причиненного ущерба при незаконном использовании чужого товарного знака может выступать лишь уже реализованный товар, то есть товар, приобретенный покупателем. Только этот товар уже принес прибыль правонарушителем и нанес ущерб законному правообладателю. Действия лица, готовящего к реализации товар, который в дальнейшем изымается в ходе ОРМ либо при проверочной закупке, можно квалифицировать лишь как покушение на совершение преступления.

В отличие от крупного размера, признак крупного ущерба требует установления дохода, извлеченного нарушителем

В тех случаях, когда следствие вменяет состав оконченного преступления по ст. 180 УК РФ при обнаружении хранящейся на складах контрафактной продукции, суды обоснованно исправляют (пусть такую практику и нельзя назвать господствующей) эту ошибку путем перекалфикации действий

¹¹ Приговор Подольского городского суда Московской области от 06.02.2023 по делу № 1-23/2023.

¹² См.: приговор Раменского городского суда Московской области от 26.09.2016 по делу № 1-390/2016; приговор Аткарского городского суда Саратовской области от 17.06.2021 по делу № 1-41/2021; приговор Калужского районного суда Калужской области от 21.08.2018 г. по делу № 1-555/2018.

виновных на покушение. Например, рассмотрев уголовное дело в отношении Милешина П.П., обвиняемого по ч.3 ст. 180 УК РФ, суд указал: *«из установленных в судебном заседании обстоятельств дела следует, что Милешин П.П. и другое лицо табачную продукцию доставили на склад ДДММ.ПТТТ для последующего сбыта, а ДДММ.ПТТТ данная табачная продукция была обнаружена и изъята сотрудниками правоохранительных органов на месте происшествия – территории склада. Таким образом, Милешин П.П. и другое лицо свои действия по незаконному использованию чужого товарного знака (ч.3 ст.180 УК РФ) не смогли довести до конца по независящим от них обстоятельствам, поскольку данная табачная продукция была обнаружена и изъята сотрудниками правоохранительных органов до ее реализации. В этой связи действия Милешина П.П. подлежат переквалификации с ч.3 ст.180 УК РФ на ч.3 ст.30, ч.3 ст.180 УК РФ, как покушение на незаконное использование чужого товарного знака, совершенное неоднократно, с причинением крупного ущерба, группой лиц по предварительному сговору»¹³.*

ТОЛКОВАНИЕ ПРИЗНАКА «НЕОДНОКРАТНОСТЬ»

Установить и подтвердить признак крупного ущерба в случае розничной или мелкооптовой торговли зачастую проблематично: каждая отдельная сделка по реализации контрафактной продукции, как правило, не образует даже крупный размер (по смыслу примечания к ст. 146 УК), не говоря об ущербе.

В связи с этим законодатель предусмотрел альтернативный криминообразующий признак – неоднократность, предполагающую, что чужое средство индивидуализации товара или услуг незаконно используется два или более раза.

Пленум Верховного Суда РФ в упомянутом постановлении от 26.04.2007 № 14 разъяснил, что неоднократность по смыслу ст. 180 УК РФ предполагает совершение лицом двух и более деяний, состоящих в незаконном использовании товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров. При этом может иметь место как неоднократное использование одного и того же средства индивидуализации товара (услуги), так и одновременное использование двух или более чужих товарных знаков или других средств индивидуализации на одной единице товара.

Неоднократность может быть определена как реальная (несколько случаев незаконного использования одного и того же товарного знака), так и идеальная (незаконное использование нескольких товарных знаков). Анализ судебной практики показывает, что только реальная неоднократность установлена в 18 случаях (44%), только идеальная в 15 случаях (36,5%) и оба вида сразу в 8 случаях (19,5%)¹⁴.

Относительно реальной неоднократности в доктрине сформулировано правило, согласно которому деяние, предусмотренное ст. 180 УК РФ, будет считаться совершенным неоднократно лишь в том случае,

¹³ Приговор Бежицкого районного суда г. Брянска от 11.08.2021 по делу № 1-180/2021

¹⁴ Из 83 проанализированных решений деяние было квалифицировано по признаку неоднократности 61 раз, при этом определить вид неоднократности удалось лишь в 41 деле (20 решений недостаточно мотивированы)

если два и более случая незаконного использования товарного знака не объединены общим умыслом¹⁵. То есть продолжаемое использование товарного знака неоднократность не образует.

Несмотря на то, что прямого подтверждения этому правилу в судебных решениях найти не удалось, фактически правоприменители следуют ему: используя различные способы фиксации таких действий, оперативные сотрудники допускают значительный временной разрыв между фактами реализации контрафактных товаров, позволяющий утверждать о возникновении нового умысла. Установить такие временные промежутки удалось в 14 решениях из проанализированных нами 83: в двух случаях между первым и вторым фактом сбыта прошло 1 и 3 дней, и еще в двенадцати случаях – от одной недели до девяти месяцев. Всего в среднем – 3,25 месяца. Также мы изучили 10 случайных релевантных решений. В каждом решении было от 2 до 8 установленных фактов реализации контрафактных товаров. В восьми делах промежутки между случаями составлял от 5 недель до 10 месяцев (в среднем почти 6 месяцев)¹⁶ и лишь в двух делах этот промежуток был незначительным: соответственно, 1 день и 6 дней¹⁷.

На практике о разрыве умысла могут свидетельствовать не только значительный временной разрыв, но и относимость контрафактных товаров к разным партиям, изменение способов их продажи¹⁸.

Как указано выше, исходя из разъяснений, содержащихся в п. 18 Постановления Пленума № 14, дублирующих положения п. 2 ст. 1484 ГК РФ, незаконное использование товарного знака может выражаться в его размещении на товарах, которые производятся, предлагаются к продаже, продаются, демонстрируются, иным образом вводятся в гражданский оборот, либо хранятся или перевозятся с этой целью и так далее.

В этой связи возникает вопрос о том, могут ли образовывать неоднократность несколько неоднородных действий в отношении одних и тех же товаров, например, перевозка и продажа. Полагаем, ответ на этот вопрос должен быть отрицательным, поскольку любая мыслимая ситуация незаконного использования товарного знака предполагает последовательность из нескольких таких действий, следовательно, усмотрение признака неоднократности здесь нивелировало бы сам этот признак, и любое нарушение становилось бы преступным.

¹⁵ См., например: *Волженкин Б.В.* Преступления в сфере экономической деятельности (экономические преступления). СПб., 2002. С. 318 – 319; *Есаков Г.А., Сарваров Д.М.* Указ. соч.; *Волков К.А., Козлов А.В.* О Постановлении Пленума Верховного Суда РФ по уголовным делам о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака / Российский судья, 2008, № 1; *Серебруев И.В.* Уголовно-правовая специфика незаконного использования товарного знака: постановка проблемы // Российский юридический журнал. 2015. № 2.

¹⁶ См.: приговоры Рузского районного суда Московской области от 29.08.2022 по делу № 1-201/2022, Дятьковского городского суда Брянской области от 27.07.2015 по делу № 1-141/2015, Советского районного суда города Владивостока от 07.03.2019 по делу № 1-78/2019, Островского районного суда Костромской области от 28.09.2021 по делу № 1-67/2021, Красноармейского районного суда города Волгограда от 29.09.2022 по делу № 1-70/2022, Кузьминского районного суда города Москвы от 01.12.2021 по делу № 1-884/2021, Петродворцового районного суда города Санкт-Петербурга от 19.09.2022 по делу № 1-59/2022, Бийского городского суда Алтайского края от 25.05.2021 по делу № 1-19/2021.

¹⁷ См.: приговоры Кировского районного суда города Астрахани от 09.09.2021 по делу № 1-427/2021, Норильского городского суда Красноярского края от 19.05.2022 по делу № 1-215/2022.

¹⁸ См., например, приговор Королевского городского суда Московской области от 15.06.2022 по делу № 1-239/2022.

Кроме того, неоднократность не может характеризовать разные действия, объединенные единым умыслом. Тогда как в ситуации, когда установлен факт перевозки, совершенной за год до реализации, препятствий для вменения признака неоднократности мы не видим.

Следует обратить внимание на принятый в первом чтении в конце июня 2023 г. законопроект № 348960-8¹⁹, которым предлагается дополнить Гражданский кодекс статьей 1252.1 о компенсации за нарушение исключительного права как альтернативы возмещению убытков. Предлагаемая статья содержит положения о множественности нарушений исключительного права, однако эти положения хоть и нельзя рассматривать как применимые к уголовной ответственности по ст. 180 УК РФ при раскрытии бланкетных признаков анализируемого состава, но в них заложена релевантная для нас логика.

Согласно пункту 4 предлагаемой новеллы *«Нарушением исключительного права считается незаконное использование одного результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации каким-либо одним способом. Вместе с тем для целей взыскания компенсации одним нарушением исключительного права может быть признана совокупность действий, заключающаяся в незаконном использовании одним лицом одного или нескольких результатов интеллектуальной деятельности (средств индивидуализации), принадлежащих одному или нескольким правообладателям, одним или несколькими различными способами (выделено нами. – Р.Д., С.П.), при условии, что все эти действия взаимосвязаны и влекут общий экономический результат. В этом случае при определении размера компенсации суд принимает во внимание незаконное использование нарушителем результата или средства индивидуализации различными способами, незаконное использование нескольких результатов интеллектуальной деятельности (средств индивидуализации), а также незаконное использование результатов (средств индивидуализации), принадлежащих нескольким правообладателям».*

В пояснительной записке к законопроекту раскрывается содержание выделенного фрагмента: *«В отношении нескольких способов использования судом может быть признано, что совершено одно нарушение, если такие способы взаимосвязаны и одни из них подчинены другим и не имеют самостоятельного экономического значения. Примерами могут служить перевозка и хранение контрафактных товаров, которые затем были проданы, или воспроизведение произведения для целей его доведения для всеобщего сведения на Интернет-сайте».*

Таким образом, с одной стороны, в законопроекте заложена верная логика: взаимосвязанные этапы деятельности по реализации контрафактных товаров (производство, хранение, перевозка, реклама, продажа и т.п.) не следует признавать самостоятельными нарушениями. С другой стороны, правило о множественности диспозитивно и решение остается на усмотрение суда (что объясняется кардинально иным назначением предлагаемого института в гражданском праве).

На практике с целью установления признака неоднократности правоохранители чаще всего производят документирование нескольких фактов реализации контрафактных товаров. Наиболее распространенными формами такой фиксации выступают предшествующее привлечение к административной ответственности по ст. 14.10 КоАП РФ (12,5%), ОРМ «Проверочная закупка» (71%) и,

¹⁹ URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/348960-8>

реже, свидетельские показания покупателей (8%)²⁰. Первые два вызывают сомнения как в материально-правовом, так и в процессуальном аспектах.

Что касается административной ответственности, то привлечение к ней в качестве способа установить один из как минимум двух фактов продажи контрафактных товаров влечёт нарушение принципа *non bis in idem*. Единство природы уголовной и административной ответственности и вытекающий из него запрет привлечения и к той, и к другой за одно и то же деяние неоднократно отмечались Конституционным Судом РФ²¹. Применительно к составам с административной преюдицией данный принцип не нарушается, потому что преюдиция отражает признак специального субъекта, в то время как само деяние, за которое уже понесена административная ответственность, в состав преступления в качестве признака объективной стороны не входит²².



Предшествующее привлечение к административной ответственности не образует неоднократности

В данном же случае неоднократность отражает именно объективную сторону: деяние, предусмотренное ч. 1 ст. 180 УК РФ, образуют два действия, связанных с незаконным использованием товарного знака. Учёт в качестве одного из таких действий, за которое лицо уже привлечено к административной ответственности по ст. 14.10 КоАП РФ, равносителен констатации признака неоднократности в действиях лица, которое, уже имея судимость по ст. 180 УК РФ, вновь однократно совершает данное деяние²³. В этой связи не можем поддержать авторов, полагающих, что предшествующее привлечение к административной ответственности обязательно²⁴, возможно²⁵ или не имеет значения²⁶.

²⁰ Соответственно 17, 3 и 2 случая из 24 дел, в которых можно определить способ документирования эпизодов незаконного использования товарного знака. Еще 2 случая (8%) приходятся на иные способы.

²¹ См., например, Постановление Конституционного Суда РФ от 14.06.2018 № 23-П.

²² Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 09.01.2019 № 63-УДП18-3.

²³ О недопустимости учета имеющейся судимости по ст. 180 УК РФ см.: *Волженкин Б.В.* Указ. соч. С. 448 – 449, *Есаков Г.А., Сарваров Д.М.* Указ. соч., *Волков К.А. Козлов А.В.* Указ. соч., *Головизнина И.А.* Проблема двусмысленности термина "неоднократность", содержащегося в ст. 180 УК РФ, и пути ее преодоления / *Российский следователь*, 2006, № 11.

²⁴ См., например: *Кондрашина В.А.* Уголовная ответственность за незаконное использование товарного знака по законодательству России и зарубежных стран: Дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2004. С. 59; *Пинкевич Т.В.* Преступления в сфере экономической деятельности: уголовно-правовая характеристика, система, особенности квалификации. Ставрополь, 2000. С. 104.

²⁵ См., например: *Кауфман М.А.* Некоторые проблемные вопросы определения времени совершения преступления // *Российская юстиция*. 2012. № 11.

²⁶ См., например: *Никитина Л.Н.* Неоднократность и крупный ущерб как конструктивные признаки состава незаконного использования товарного знака (ст. 180 УК РФ) // *Общество и право*. 2009. № 2.

В случае, когда факты продажи контрафактного товара документируются посредством проверочных закупок, возникает вопрос о возможности признания такого деяния оконченным. Сомнения возникают о наличии вреда объекту уголовно-правовой охраны. Поэтому суды иногда переквалифицируют неоднократное незаконное использование товарного знака с оконченного деяния на покушение, если факты реализации товаров были зафиксированы в ходе проверочных закупок, ссылаясь на то, что деятельность пресечена, а предмет в оборот не введен.²⁷



Здесь можно провести аналогию с преступлениями, заключающимися в сбыте и посягающими на установленные правила оборота ограниченных в нём предметов. Отметим, что правило о квалификации сбыта наркотических средств в ходе проверочной закупки как оконченного преступления²⁸ не является универсальным по отношению ко всем преступлениям, выражающимся в сбыте²⁹. Применительно к ст. ст. 138.1, 186, 234, 258.1 УК РФ суды квалифицируют сбыт как покушение, если он произошел в условиях проверочной закупки, обосновывая это тем, что предмет преступления в оборот не попал и, следовательно, вред объекту не причинен.³⁰ Встречаются, однако, и противоположные решения³¹.

Таким образом, правило о том, что сбыт наркотических средств в ходе проверочной закупки следует считать оконченным³², не является универсальным по отношению ко всем преступлениям, выражающимся в сбыте³³.

²⁷ См., например: приговоры Дятьковского городского суда Брянской области от 27.07.2018 по делу № 1-61/2018, Дзержинского районного суда г. Волгограда от 13.12.2016 по делу № 1-280/2016, Волоколамского городского суда Московской области от 20.10.2010 по делу № 1-241/2010.

²⁸ п. 13.1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами», не является универсальным (в редакции от 30.06.2015).

²⁹ На это указывает и само содержание пункта 13.1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 № 14. Так, данное постановление содержит разъяснения не только по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами и психотропными веществами, но и по делам по преступлениям, предусмотренных ст. 234 УК РФ, объективную сторону которой также может образовывать сбыт. И постановление содержит ряд пунктов, в которых прямо указано, что содержащиеся в них разъяснения относятся и к той, и к другой группе преступлений. В пункте же 13.1 речь идет лишь о ст. 228.1 УК РФ и лишь об упомянутых в ней предметах, но не о предмете преступления, предусмотренного ст. 234 УК РФ.

³⁰ См., например: Бюллетень судебной практики Московского областного суда за второй квартал 2013 года; постановления Президиума Московского областного суда от 28.03.2012 № 116 по делу № 44у-12/2012, от 06.07.2011 по делу № 44у-159/2011, апелляционный приговор Московского областного суда от 06.02.2014 № 22-80/2014; приговоры Пущинского городского суда Московской области от 05.09.2016 по делу № 1-27/2016, Королевского городского суда Московской области от 30.08.2016 по делу № 1-193/2016 (по ст. 186 УК РФ). Приговоры Тейковского районного суда Ивановской области от 04.03.2022 по делу № 1-35/2022, Мытищинского городского суда Московской области от 22.03.2022 № 1-6/2022 (по ст. 138.1 УК РФ).

³¹ См., например: определение Первого КСОЮ от 16.08.2022 № 77-4120/2022 (по ст. 222 УК РФ); апелляционное определение Московского областного суда от 20.09.2022 по делу № 22-4798/2022 (по ст. 258.1 УК РФ).

³² п. 13.1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами», не является универсальным (в редакции от 30.06.2015).

³³ На это указывает и само содержание пункта 13.1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 № 14. . Так, данное постановление содержит разъяснения не только по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами и психотропными веществами, но и по делам по преступлениям, предусмотренных ст. 234 УК РФ, объективную сторону которой также может образовывать сбыт. И постановление содержит ряд пунктов, в которых прямо указано, что содержащиеся в них разъяснения относятся и к той, и к другой группе преступлений. В пункте же

Полагаем, что экстраполировать такую логику на незаконное использование товарного знака нельзя, так как объективная сторона состава данного преступления качественно отличается от схожих преступлений, связанных со сбытом.

Использование товарного знака в условиях ОРМ следует признавать оконченным

Здесь деянием является не только непосредственно реализация, но и иные действия, например, предложение товара к продаже. Поэтому реализация товара с чужим незаконно нанесенным товарным знаком в ходе нескольких проверочных закупок следует признать оконченным деянием по признаку неоднократности.

Однако в такой ситуации может возникнуть процессуальная проблема, связанная с фиксацией фактов реализации контрафактных товаров в ходе проверочных закупок. Практикой выработано правило, согласно которому проведение ОРМ не в тех целях, которые установлены законом (то есть не для выявления, пресечения или раскрытия преступлений и т.д.) влечёт недопустимость использования их результатов в качестве доказательств.

Применительно к проверочным закупкам об их недопустимости может свидетельствовать отсутствие новых целей у последующих закупок, когда производится лишь фиксация нового эпизода без установления новых значимых для дела обстоятельств (дополнительных причастных лиц, новых способов сбыта, каналов поставки и т.п.). Данное правило сформулировано Верховным Судом РФ по делам о преступлениях, связанных со сбытом наркотических средств³⁴ и является универсальным для оценки законности любых проведённых проверочных закупок.

При реализации контрафактных товаров зачастую единственной целью такой проверочной закупки является как раз фиксация нового эпизода, необходимого для установления признака неоднократности. В связи с этим по делам о преступлениях, предусмотренных ст. 180 УК РФ, суды проверяют наличие реальных целей проведения проверочных закупок³⁵ и при отсутствии таковых признают их результаты недопустимыми³⁶. Недопустимость результатов проверочных закупок влечёт отсутствие доказательств, подтверждающих второй и последующие эпизоды продажи контрафактных товаров, и как следствие, приводит к исключению признака неоднократности.

Что касается идеальной неоднократности, подход Пленума к этому вопросу вызывает обоснованную критику в научной литературе в связи с тем, что не учитывает субъективную сторону и требует

13.1 речь идет лишь о ст. 228.1 УК РФ и лишь об упомянутых в ней предметах, но не о предмете преступления, предусмотренного ст. 234 УК РФ.

³⁴ См., например: определения Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 09.06.2020 по делу № 71-УД20-1, от 28.06.2018 по делу № 88-УД18-3, от 15.01.2014 по делу № 18-Д13-133, от 21.01.2016 по делу № 86-УД15-8, от 04.09.2019 по делу № 13-УД19-7.

³⁵ См., например: определение Первого КСОЮ от 25.01.2022 по делу № 77-185/2022; апелляционные определения Московского городского суда по делу от 25.07.2019 по делу № 10-11270/2019, Алтайского краевого суда от 12.08.2021 по делу № 22-3258/2021; приговоры Головинского районного суда города Москвы от 24.10.2022 по делу № 01-0216/2022, Златоустовского городского суда Челябинской области от 11.03.2022 по делу № 1-38/2022.

³⁶ См., например: кассационное определение Ставропольского краевого суда от 30.05.2012 по делу № 22-2637/2012; апелляционные определения Белгородского областного суда от 18.09.2013 по делу № 22-1634/2013, Верховного суда Республики Татарстан от 07.03.2014 по делу № 22-1182/2014.

квалифицировать использование нескольких товарных знаков в качестве неоднократного независимо от того, совершены ли они с единым умыслом или нет³⁷.

Эту критику поддерживают оба автора настоящей статьи. Конструирование признака неоднократности исключительно через объективные признаки (два и более различных товарных знака) не позволяет констатировать общественную опасность и в ряде случаев стирает грань между преступлением и административным правонарушением.

Само по себе количество товарных знаков не свидетельствует об общественной опасности

Следует отметить, что пример, который приводит Пленум (два товарных знака на одной единице товара), дает основания для более широкой трактовки идеальной неоднократности: любое незаконное

использование двух или более товарных знаков. Тем не менее суды не склонны толковать идеальную неоднократность расширительно: из 23 дел, в которых судами установлена идеальная неоднократность, в 15 случаях она трактуется узко, то есть как два и более товарных знака именно на одной единице товара.

Таким образом, хотелось бы предложить Пленуму Верховного Суда РФ уточнить анализируемое понятие, разъяснив что неоднократность образуют два и более случая незаконного использования товарного знака, которые не объединены единым умыслом. При этом указание на идеальную неоднократность как на использование одновременно двух и более товарных знаков на одной единице товара предлагаем исключить.

³⁷ См, например: *Волков К.А., Козлов А.В.* Указ. соч.; *Панкевич Л.Л.* Некоторые проблемы практики рассмотрения административных и уголовных дел, связанных с незаконным использованием чужого товарного знака // *Имущественные отношения в Российской Федерации.* 2012. № 2.; *Афанасьева Е.Г.* Ответственность за нарушения исключительных прав на товарные знаки и иные средства индивидуализации // *Предпринимательское право.* 2015. № 2.