

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО. ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС. МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

О способах закрепления доказательств, собранных частным сыщиком. Взаимодействие детектива с нотариусом

Криони Александр Евгеньевич, частный детектив, руководитель
кабинета детектива А.Е. Криони,
krioni@krioni.com

В 2015 г. на старейшем московском машиностроительном заводе произошел самый крупный и масштабный пожар в истории города с 2005 г. По сообщениям прессы, полностью выгорело и обрушилось складское помещение, сгорело три административных здания, был причинен существенный вред другим производственным постройкам. Версию о поджоге полиция отвергла сразу, однако по странному стечению обстоятельств территория этого завода была объектом частного расследования, которое было окончено непосредственно перед бедствием. Эта статья о том, насколько может быть эффективной борьба с контрафактом и как далеко может зайти нарушитель, если патентные поверенные, нотариусы и детективы будут сотрудничать сообща в делах по защите интересов владельца патентоохраняемого объекта.

Ключевые слова: частный детектив, нотариус, взаимодействие, расследование, контрафакт.

Ways of fixing proofs collected by private detective. Interaction between detective and notary

Krioni Alexander Evgenyevich, private detective, head of the private
detective bureau A.E. Krioni

The most major fire in the history of the city since 2005 happened in the oldest Moscow engineering plant in 2015. According to press the warehouse has completely burned out, and three office buildings have burned down, essential harm to other production constructions has been done. The police has rejected the version about the arson at once, however on strange combination of circumstances the territory of this plant was object of private investigation which has been ended just before disaster. This article about how effective can be fight against a counterfeit and how far can violator come if patent agents, notaries and detectives will cooperate together in affairs on protection of the owner's interests of intellectual property object.

Keywords: private investigator, notary, counterfeit, investigation.

Часто пострадавшие от злонамеренных действий деловых партнеров, доверившись полностью адвокату, когда речь заходит об истребовании доказательств, разумно продолжают надеяться на своего юридического советника. Что в общем-то

правильно, поскольку адвокатский запрос – это пока единственный действенный способ добыть в более-менее конфиденциальном порядке свидетельства нарушения своих прав.

Адвокат кроме как подать ходатайство об истребовании доказательств в суде может в досудебном порядке обратиться с запросом для получения необходимых документов к ответчику, а также ко всем другим лицам, у которого они могут быть. Так выглядит процедура на бумаге. Но на практике злоумышленник совершенно не заинтересован в раскрытии порочащих его репутацию фактов, поскольку за их оглашением в лучшем случае последуют многотысячные убытки. А бывает, что предприимчивый делец в срочном порядке принимает решение бросить компанию, выбирая между условной свободой и уголовной ответственностью.

Контрафактчик, если его не остановить, будет идти до конца, выжимая ресурсы до последнего, до тех пор пока уровень спроса на эксплуатируемый им бренд не снизится до уровня затрат по производству товаров, реализуемых под украденным фирменным наименованием. В арсенале злоумышленника – весь набор из гангстерского фильма: подкуп и угрозы, мошенничество, черные и серые схемы обналаживания, уход от налогов и т.д.

Разумеется, добросовестные потерпевшие не желают связываться с криминалом и предпочитают отказаться от борьбы с преступником в одиночку, полагая, что российское законодательство не позволяет доказать факт совершения противоправных действий. Однако существующая детективная практика все более склоняется к тому, что в отношении правонарушений в сфере интеллектуальной собственности должно применяться российское право, но для его применения нужно доказать состав соответствующего правонарушения, т.е. обеспечить набор фактов, имеющих юридическое значение (см.: дела № № А40-150275/2009, А40-15322/2010, А40-99083/2012, А40-21046/2013, А40-60566/15, А40-23705/15, А58-1533/2015) [1].

О доказательствах правонарушения в сфере интеллектуальной собственности – «фактических данных, на основе которых в определенном законом порядке суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, и иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела...» (ст. 64 АПК РФ) [2] – и новых способах их получения пойдет речь ниже.

По сложившейся практике разрешения споров о нарушении прав интеллектуальной собственности истец должен обосновать факт изготовления или реализации ответчиком контрафактного товара. Вместе с тем правообладатели не всегда могут самостоятельно собрать необходимые доказательства.

Так, изготовитель товара, незаконно произведенного с использованием запатентованной разработки, чаще всего действует скрытно, анонимно, контрафактные товары распространяет преимущественно оптом и среди «своих» покупателей, которые входят в узкий круг устоявшейся «дилерской» сети. В этой связи добросовестный правообладатель, не имея элементарных сведений о месте хранения или производства контрафакта, не то чтобы не в состоянии купить контрольный образец для обеспечения судебной экспертизы, он даже не может отправить запрос в адрес ответчика, поскольку не знает главного – фирменного наименования злоумышленника.

Возникает необходимость в идентификации злодея, в поиске и многочисленных попытках привлечь полицию к сбору необходимых доказательств (договоры, товарные накладные о реализации спорного товара, технические паспорта на спорный товар, образцы товара). Между тем полиция не всегда идет навстречу добросовестному правообладателю.

П р и м е р. По заданию патентных поверенных детектив проводил частное расследование незаконного использования неустановленным лицом иностранных технологий при изготовлении автомобильных запасных частей с их последующей оптовой реализацией. Детективу удалось обнаружить производство, склад контрафактного товара, установить лицо, нарушающее права интеллектуальной собственности клиента, а также произвести тестовую закупку предмета расследования. В тот же день отчет детектива по частному расследованию был передан патентному поверенному – клиенту частного сыщика. Адвокат обратился в местный орган внутренних дел за помощью. Правоохранители не сразу выразили заинтересованность в сотрудничестве. Спустя почти два месяца оперативники связались с детективом и попросили сделать еще одну тестовую закупку. Затем – еще одну. В общей сложности совместное с полицией расследование продолжалось около пяти месяцев. Когда же наступил день запланированного рейда, то в назначенный час детективу позвонил сотрудник оперативных служб и сообщил, что так как он сейчас на другом конце города (!), то мероприятие откладывается на неопределенное время. С нашей же стороны поступило другое предложение: прекратить дальнейшее сотрудничество.

Прямое обращение с ходатайством в суды об истребовании доказательств также не всегда эффективно. Суд, прежде чем удовлетворить просьбу владельца патента, потребует подтверждение невозможности получения доказательств во внесудебном порядке. А, не зная адреса ответчика и его наименования, сделать это, как уже говорилось выше, невозможно. Кроме того, суды отказывают тем, кто не обратился с аналогичной просьбой к третьим лицам, у которых могут находиться запрашиваемые документы (контрагенты ответчика, государственные органы) [3]. И, наконец, главное. На наш взгляд, обращение в суд сразу же после обнаружения нарушения категорически неэффективно, поскольку злоумышленник, узнав о таком интересе, конечно же еще глубже ляжет на дно, откуда его достать никакой оперативной смекалки, сил детектива и средств заказчика не хватит.

Итак, сбор доказательств является важным инструментом в распоряжении пострадавших. Однако отсутствие ясного механизма по сбору необходимых сведений закон возлагает на потерпевшего, что делает защиту патентных прав и доказывание факта нарушения патента затруднительными, а без опытного патентного поверенного – неэффективными.

Прежде чем обращаться в административном или судебном порядке за защитой нарушенных правонарушением прав в сфере интеллектуальной собственности, следует собрать и обеспечить доказательства, которые подтвердили бы наличие состава правонарушения. Данная проблема на практике распадается на две составляющие: 1) проведение мероприятий по поиску и сбору доказательств; 2) закрепление и обеспечение допустимости доказательств.

Следует заметить, что новые положения АПК РФ существенно расширили виды допустимых доказательств, упомянув в ст. 89 АПК РФ [2] «иные документы и материалы». Таким образом, несмотря на то что кодексы все еще не содержат процессуальной фигуры детектива, здесь не исключается возможность обеспечения доказательств на досудебной стадии другими участниками процесса.

Законность проведения частного сыска мероприятия, а следовательно, и возможность использования его результатов в доказывании предполагают не только наличие надлежащей компетенции частного сыщика, осуществляющего расследование. Значительную сложность представляет проверка судом соблюдения детективом порядка сбора и исследования оказавшихся в его распоряжении документов. На практике отдельные факты, установление которых практически затруднено, могут быть установлены при должном взаимодействии детектива и нотариуса.

Пример. Внимание патентного поверенного привлек сайт по продаже поддельных мобильных телефонов премиум-класса. Для установления личности администратора доменного имени адвокат использовал общедоступный сервис проверки данных владельцев доменных имен в сети Интернет (WHOIS-сервис) – сайт АНО «РСИЦ» – центра регистрации доменов. Но поскольку владелец интернет-сайта использовал право не публиковать в открытом доступе свои контактный телефон, e-mail и имя, то был составлен адвокатский запрос. Изучив ответ регистратора, адвокат пришел к заключению, что сведения об администраторе домена являются скорее вымышленными, чем актуальными. Тогда адвокат обратился с поручением к детективу провести частное расследование с целью выяснить, кто стоит за спорным сайтом, а также собрать иные сведения, которые имеют отношение к делу, в том числе к личности администратора доменного имени. В целях обеспечения доказательств и на основании заявления детектива нотариус составил два протокола осмотра: первый протокол – по осмотру веб-сайта, а второй – по осмотру почтового ящика с электронной перепиской между детективом и владельцем интернет-магазина. Спустя две недели, после того как детектив успешно закончил расследование, патентный поверенный, основываясь на выводах в отчете частного сыщика, в установленном процессуальном порядке уведомил владельца сайта о недопустимости незаконного использования товарного знака. А через некоторое время спорный сайт и вовсе прекратил свое существование.

Полномочия нотариуса по обеспечению доказательств закреплены в ст. 103 Основ законодательства РФ «О нотариате» [4]. В соответствии со ст. 102 Основ по просьбе заинтересованных лиц нотариус обеспечивает доказательства, необходимые в случае возникновения дела в суде, если имеются основания полагать, что предоставление доказательств впоследствии станет невозможным или затруднительным [4].

Анализ практики частных расследований позволяет выделить три основных повода, когда у патентного поверенного для достижения целей принятого к производству дела и в рамках проведения частного расследования детективом возникает необходимость в привлечении нотариуса:

- 1) проведение внешнего осмотра предметов (вывесок, рекламных щитов и т.п.);
- 2) проведение осмотра сайтов в сети Интернет;
- 3) проведение тестовой покупки контрафактного товара (опрос работников компании, осмотр внутренних помещений, фотографирование, сбор товарно-сопроводительной документации, отгрузка товара со склада).

Для общей наглядности представления материала мы изобразили процедуру закрепления доказательств в виде схемы (рис. 1). Заинтересованный в обеспечении сведений детектив составляет запрос на имя нотариуса (см. приложение), в котором наиболее полным и точным образом описывает сведения об обнаруженных им обстоятельствах. При этом указывает, что данные сведения предполагается в дальнейшем использовать при рассмотрении спора в административном или судебном порядке и что есть реальная угроза их изменения или уничтожения правонарушителем при передаче спора на рассмотрение уполномоченных органов или суда (ч. 1 ст. 102 Основ законодательства о нотариате) [4].

Отдельно необходимо отметить ходатайство перед нотариусом об обеспечении сведений без извещения заинтересованных лиц, так как на данном этапе обычно нельзя однозначно определить круг лиц, впоследствии участвующих в деле (ч. 3 ст. 103 Основ законодательства о нотариате) [4]. Из соображений конспирации и даже личной безопасности детектива и нотариуса при совершении осмотра, сбора и закрепления сведений рекомендуется письменно уведомить нарушителя непосредственно в день проведения мероприятий, например, через почтовое заказное отправление с описью.

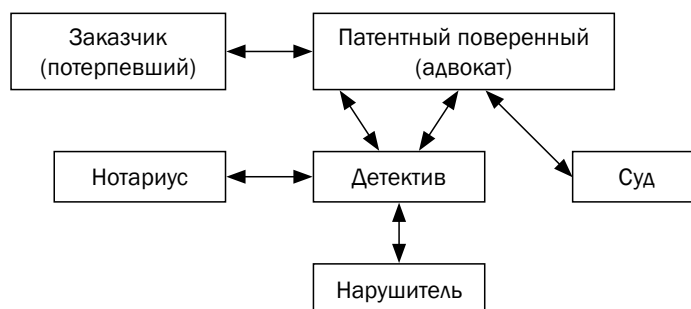


Рис. 1. Схема сбора и обеспечения доказательств по делам нарушения прав в сфере интеллектуальной собственности заказчика на досудебной стадии

В запросе помимо цели обеспечения доказательств указываются адрес предполагаемого нарушителя и его регистрационная информация. Желательно указать предмет нарушения, наименование конкретной цитаты, их последовательность, если это видеоряд; подробные описания изображений, сюжетов, материалов, которые предполагается положить в основу последующего иска, жалобы или заявления. Так как сбор информации происходит порой в сложной оперативной обстановке, исключающей возможность повторных попыток, то детективу целесообразно заблаговременно получить фото- и видеоматериалы, чтобы предложить такой ход действий, который бы обеспечил нотариусу гарантированный и наиболее безопасный доступ к фиксации интересующих заказчика фактов.

П р и м е р. В одном из офисов московского коммерческого банка в охраняемом помещении был установлен терминал, на экране которого воспроизводилась реклама с элементами, нарушающими интеллектуальные права клиента патентного поверенного. По результатам первого внутреннего осмотра детектив составил отчет о расследовании с рекомендациями для его продолжения. Из тактических соображений нотариус принял решение провести второй осмотр и фиксацию предполагаемого нарушения поздно вечером, после закрытия офиса банка. Извещение об успешно проведенном мероприятии нотариус направил банку утром следующего дня заказным письмом.

После проверки соответствия адреса и материала, описанных в запросе, а также после установления наличия в материале сведений, обеспечение которых требуется, нотариус лично фиксирует факты и составляет протокол нотариального действия – обеспечения письменного доказательства путем их осмотра в порядке п. 18 ст. 35 и ст. 102 и 103 Основ законодательства о нотариате [4]. По окончании сбора сведений и для удостоверения факта личного присутствия на объекте нотариус фотографирует детектива на фоне объекта, а также получает иной документ, например чек из банкомата, на котором указаны место и время его выдачи. Таким образом, представляется разумным и не противоречащим смыслу законодательства и сложившейся судебной и нотариальной практике прилагать к протоколу материалы, содержащие иные сведения, следуя в данном случае принципу: «Лучше один раз увидеть, чем сто раз услышать».

В протоколе нотариус подробно описывает не только интересующий материал, но и порядок доступа к нему и все действия, которые производились для получения информации. Следует также непременно указать и подробно описать конкретные интересующие заявителя сведения, которые были получены при прочтении или осмотре объекта нарушения или воспроизведении иного материала. То есть в первую очередь протокол, а не прилагаемые распечатки и магнитные носители, должен содержать в себе сведения, подкрепленные выдержками из текста или исчерпывающим описанием иного материала или документа. Прилагаемые же

распечатки страниц или магнитные носители не имеют самостоятельного значения и не являются в процессуальном смысле самостоятельными доказательствами.

Записанный на магнитный носитель файл, содержащий противоправные материалы или произведение, запечатывается в конверт, скрепленный печатью и подписью нотариуса, и прикладывается к протоколу. Таким образом будет в разумных пределах гарантирована неизменность «иногo документа или материала» на носителе вплоть до момента исследования его судом. Протокол сшивается, подписывается нотариусом и детективом, указываются паспортные данные детектива, сведения о лицензии на частный сыск и адрес постоянного места жительства; документы скрепляются печатью. Нотариальное действие оплачивается государственной пошлиной и заносится в реестр.

Отказ предоставить услугу по сбору и фиксации доказательств. Все запатентованные технические разработки и сведения о зарегистрированных товарных знаках в обязательном порядке публикуются Роспатентом и являются общедоступными. Однако помимо патентоохраняемых объектов в изделиях могут присутствовать иные технические решения, не известные третьим лицам и в силу этого имеющие коммерческую ценность (ноу-хау). Без спорного приобретения изделия либо раскрытия подробной технической документации на него проведение судебной экспертизы, а следовательно, и доказывание факта нарушения патента невозможны.

В целях соблюдения законодательства и профессиональной этики детектив вправе отказаться от дальнейшего выполнения поручения адвоката в сборе документов и других свидетельств в следующих случаях:

- 1) в случае обнаружения признаков совершенного и совершаемого заказчиком преступления;
- 2) если в процессе проведения расследования в материалах дела обнаружены иные доказательства, указывающие на злоупотребление по использованию патента или товарного знака заказчиком детектива;
- 3) если на запрашиваемую заказчиком детектива документацию распространен режим государственной тайны; в материалах расследуемого дела имеются основания полагать о введении режима государственной тайны для запрашиваемой информации;
- 4) если заказчиком детектива является иностранное лицо, не имеющее представительства в России или действующее на территории Российской Федерации без патентного поверенного.

Следует отметить, что и нотариусы могут отказывать в совершении подобных действий, например, по экономическим соображениям, полагая, что данное трудоемкое действие должно, скорее всего, оплачиваться пошлиной как «иное» в размере всего 100 руб. (подп. 26 п. 1 ст. 333.24 Налогового кодекса РФ) [5].

Действительным основанием отказа может являться и тот факт, что технический прогресс в форме услуг доступа к сети Интернет, к сожалению, охватил еще не всю территорию России, а навыки работы в Сети не являются обязательными при назначении на должность новых нотариусов. Данные обстоятельства могут существенным образом препятствовать успешному совершению описываемого действия.

П р и м е р. Патентный поверенный поручил детективу провести тестовую покупку и сфотографировать вывеску на входе в магазин, который находился в г. Т-ске. Для фиксации нарушения было принято решение привлечь нотариуса г. Т-ска. В результате многочисленных переговоров в том числе с представителем городской нотариальной палаты ни один из нотариусов не пошел навстречу адвокатам, мотивируя свое решение главным образом тем, что им неизвестна процедура

предоставления подобных услуг нотариуса населению. В итоге детектив исполнил поручение заказчика самостоятельно, не привлекая нотариуса.

Изложенная выше процедура нотариального обеспечения письменных доказательств более восьми лет успешно реализуется в г. Москве и в Московской области. В регионах нотариусы часто отказываются совершать подобные действия, опасаясь жалоб правонарушителей или конкурентов в нотариальную палату.

Литература

1. Автоматизированная информационная система «Банк решений арбитражных судов». Картотека арбитражных дел // СПС «КонсультантПлюс».
2. Российская Федерация. Законы. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ [Текст] // СПС «КонсультантПлюс».
3. Автоматизированная информационная система «Банк решений арбитражных судов». Картотека арбитражных дел. Решение АС Челябинской области от 16 января 2014 г. по делу № А76-12544/2013) // СПС «КонсультантПлюс».
4. Российская Федерация. Основы законодательства РФ «О нотариате» [Текст] // СПС «КонсультантПлюс».
5. Российская Федерация. Законы. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 5 августа 2000 г. № 117-ФЗ (ред. от 03.07.2016) [Текст] // СПС «КонсультантПлюс».

Приложение к статье см. на стр. 96.



АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВА УЧЕБНОЕ ПОСОБИЕ ДЛЯ БАКАЛАВРОВ И МАГИСТРОВ

Автор – Чашин А.Н.

Объем – 192 стр., обложка

В книге изложены взгляды на основные теоретические проблемы функционирования государства и права.

Предлагаемое учебное пособие предназначено для методического обеспечения процессов обучения бакалавров и магистров по следующим дисциплинам: «Теория государства и права», «Актуальные проблемы права», «История политических и правовых учений», «Правоведение», «Политология».

Издание будет полезно студентам, курсантам и слушателям высших и средних специальных учебных заведений юридического профиля, преподавателям, аспирантам, а также всем, кто интересуется особенностями отечественной юридической и философской мысли.



Книги можно приобрести:

- ♦ в Интернете: www.dis.ru;
- ♦ по почте: (495) 963-19-26; 964-97-57;
- ♦ курьерской доставкой по г. Москве: (499) 148-95-62; 148-99-70.