

ОСОБЕННОСТИ ФОРМИРОВАНИЯ И ИСПОЛЬЗОВАНИЯ РЕЖИМА КОММЕРЧЕСКОЙ ТАЙНЫ

А.Г. ХАНКЕВИЧ

Ханкевич А.Г., ведущий научный сотрудник РНИИИС, кандидат экономических наук.

В статье приводится анализ современного законодательства по вопросу режима коммерческой тайны, выделяются типовые ошибки в правоприменении по этим вопросам и формулируются предложения по их предупреждению. Предлагается при формировании режима коммерческой тайны в организации обеспечить комплексный подход, в основе которого будет сбалансированная система учета результатов интеллектуальной (научно-технической) деятельности организации с поэтапным механизмом проведения внутренней экспертизы по оценке результата, признанию его соответствия критериям по отнесению к информации, составляющей коммерческую тайну, регулярной инвентаризации объектов коммерческой тайны организации.

Актуальность вопроса. Введенные в действие с 2008 г. юридические новации в сфере интеллектуальной собственности требуют детального анализа для их практического применения хозяйствующими субъектами.

К таким изменениям, которые при их использовании могут принести существенные экономические выгоды, относится и сфера коммерческой тайны.

Толкование определений, терминов и положений действующего законодательства в сфере интеллектуальных прав и коммерческой тайны, понимаемое как буквальное значение содержащихся в определениях и положениях слов и выражений при сопоставлении с другими положениями и смыслом законов в целом, позволяет автору сделать, в частности, следующие выводы:

1. Из состава объектов гражданских прав исключены родовые термины "информация" и "результат интеллектуальной деятельности".

Исключив в процессе кодификации законодательства в сфере интеллектуальной собственности информацию из состава объектов, которые могут свободно отчуждаться или переходить от одного лица к другому в порядке универсального правопреемства, законодатель оставил право передачи информации другим лицам по договору в законе <1>. Такую "унификацию" законодательства сложно назвать системной.

<1> Федеральный закон от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации", пп. 3 п. 3 ст. 6.

Исключив, путем изменения текста ст. 128 ГК РФ <2>, результат интеллектуальной деятельности из состава объектов, нахождение которых в обороте допускается, и введя такой объект, как охраняемый результат интеллектуальной деятельности, законодатель, по мнению автора, не обеспечил соблюдение абз. 2 п. 2 ст. 1 ГК РФ. Согласно тексту этого абзаца "гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства". Под гражданским правом в отношении результата интеллектуальной деятельности как бывшего объекта гражданских прав автор понимает право физического лица создавать и распоряжаться созданным результатом интеллектуальной деятельности, что не было отменено прямым законом.

<2> Согласно Федеральному закону от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ.

2. Понятие "интеллектуальная собственность", трактовавшееся ранее как исключительные права на результат интеллектуальной деятельности, что полностью соответствовало

международным соглашениям, с 2008 г. обозначает объекты - охраняемые результаты интеллектуальной деятельности (ст. 1225 ГК РФ). Такое понимание интеллектуальной собственности не согласуется с п. 1 ст. 44 Конституции РФ. Также широко распространенный ранее термин "объект интеллектуальной собственности" потерял всякий юридический смысл и с 2008 г. в публикациях используется, видимо, по недоразумению.

3. Секрет производства - ноу-хау признан одним из видов интеллектуальной собственности (объектом интеллектуальных прав) <3>. Существование у лица исключительных прав на секрет производства - ноу-хау поставлено в зависимость в том числе от наличия режима коммерческой тайны у обладателя секрета производства - ноу-хау и факта содержания в этом режиме секрета производства - ноу-хау.

<3> См.: статья 1225 ГК РФ.

Наличие слова "производство" в термине "секрет производства - ноу-хау" позволяет предположить, что исходное (первичное) исключительное право на секрет производства - ноу-хау возникает у организации, владеющей производством. То есть создание секрета производства - ноу-хау законодателем допускается только у производственных организаций и, таким образом, исключается у обществ, являющихся управляющими - корпорации, холдинги и т.д., обществ, которые не имеют на балансе производственных мощностей, но фактически контролируют и организуют деятельность на производственных мощностях аффилированных лиц. Другим выводом является утверждение, что физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, не может быть обладателем коммерческой тайны (режима коммерческой тайны) и, следовательно, не может быть обладателем секрета производства - ноу-хау (исключительного права на секрет производства - ноу-хау), так как исключительное право на секрет производства - ноу-хау признается законодателем только при условии установления режима коммерческой тайны в отношении информации, составляющей коммерческую тайну. Режим исходя из п. 1 ст. 3 Федерального закона N 98-ФЗ может устанавливаться лицом, занимающимся предпринимательской деятельностью по реализации товаров, работ, услуг. Однако отмечается, что секрет производства - ноу-хау может быть создан работником <4>, но обладателем секрета производства - ноу-хау будет признан работодатель. Известность работнику (владение работником de facto) секрета производства - ноу-хау не является основанием для признания его обладателем секрета производства - ноу-хау, так как согласно п. 4 ст. 3 Федерального закона N 98-ФЗ установлено императивное требование в обязательном установлении режима коммерческой тайны об отношении информации, составляющей коммерческую тайну.

<4> См.: ст. 1470 ГК РФ.

4. Исключительное право на секрет производства - ноу-хау включает следующие правомочия:

- использование сведений, составляющих содержание охраняемого секрета производства - ноу-хау, при изготовлении изделий и реализации экономических и организационных решений;
- распоряжение исключительным правом, т.е. отчуждение исключительного права на секрет производства - ноу-хау, предоставление права использования секрета производства - ноу-хау в соответствии с условиями лицензионного договора.

Наиболее экономически значимое правомочие исключительного права - запрет другим лицам на использование сведений, составляющих содержание охраняемого секрета производства, отсутствует в составе правомочий обладателя секрета производства - ноу-хау. Однако присутствует право запрета лицам на совершение действий, направленных на получение сведений, составляющих содержание охраняемого секрета производства, сохраняемого в режиме коммерческой тайны без согласия обладателя секрета производства - ноу-хау, вопреки трудовому или гражданско-правовому договору.

Исключительное право на секрет производства - ноу-хау, в соответствии с международными договорами, внетерриториально, не ограничено по времени и действует до тех пор, пока сохраняется конфиденциальность сведений, составляющих его содержание.

Допускается обладание исключительным правом на секрет производства - ноу-хау неограниченным числом лиц в случае, если эти лица добросовестно и независимо от других обладателей секрета производства стали обладателями сведений, составляющих содержание охраняемого секрета производства. Этот факт также размывает строгость понятия "исключительное право".

5. Затраты на создание секрета производства - ноу-хау признаются возможным объектом бухгалтерского учета <5> как денежная оценка нематериального актива. Это устранило имевшее место противоречие между НК РФ и ПБУ 14/2000.

<5> ПБУ 14/2007 от 27 декабря 2007 г. N 153н.

6. Не подлежит налогообложению (освобождается от налогообложения) по налогу на добавленную стоимость реализация исключительных прав на объекты интеллектуальных прав (включая секрет производства - ноу-хау), а также прав на использование указанных охраняемых результатов интеллектуальной деятельности (включая секрет производства - ноу-хау) на основании лицензионного договора.

7. Коммерческая тайна - часть общего режима конфиденциальности, сформированного и поддерживаемого организацией в отношении информации различного характера. Для режима коммерческой тайны имманентна информация, которая позволяет ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду. Информация, не отвечающая этим критериям (наличие сформулированных и подтвержденных обстоятельств, которые позволят обладателю секрета производства - ноу-хау получить сформулированные и подтвержденные коммерческие выгоды), признается просто конфиденциальной.

Если строго следовать логике положений законов, то существование в организации режима коммерческой тайны не признается без наличия в этом режиме объектов - информации, составляющей коммерческую тайну, секрет производства - ноу-хау. С точки зрения практики ведения хозяйственной деятельности это нонсенс. Организация режима предполагает проведение лицом ряда мероприятий организационного, управленческого, технического характера, которые затратны и растянуты во времени. Моментально создать эффективный режим коммерческой тайны не представляется возможным. Более того, всегда существует потенциальная возможность снятия статуса объекта коммерческой тайны с объекта учета, ввиду изменения обстоятельств, сопутствующих получению коммерческой выгоды от использования секрета производства - ноу-хау, или правомерного раскрытия секрета производства - ноу-хау третьими лицами.

8. В отличие от режима коммерческой тайны режим конфиденциальности по законодательству РФ не содержит императивных требований к лицам, устанавливающим этот режим, к свойствам режима, к характеристикам (отличительным признакам) объектов (информации), содержащихся в этом режиме. За нарушение режима предусмотрена гражданско-правовая ответственность. А коммерческая тайна - часть общего режима конфиденциальности, который должен отвечать законодательно установленным критериям, и информация, содержащаяся в режиме коммерческой тайны, должна позволять ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду.

Определения терминов "информация, составляющая коммерческую тайну" в п. 2 ст. 3 Федерального закона N 98-ФЗ и "секрет производства - ноу-хау" в ст. 1465 ГК РФ абсолютно идентичны. Это позволяет утверждать, что эти термины являются синонимами. И незаконное использование секрета производства - ноу-хау возможно лишь при умышленном преодолении принятых обладателем информации мер по охране конфиденциальности информации,

составляющей коммерческую тайну. Таким образом, наступает ответственность за нарушение исключительных прав обладателя секрета производства - ноу-хау в соответствии со ст. ст. 1252, 1253 ГК РФ и дополнительно дисциплинарная, гражданско-правовая, административная или уголовная ответственность согласно ст. 14 Федерального закона N 98-ФЗ.

Ответственность в рамках ТК РФ, УК РФ и КоАП РФ наступает за нарушение режима коммерческой тайны; разглашение сведений, составляющих коммерческую тайну; соби́рание сведений, составляющих коммерческую тайну, путем похищения документов, подкупа или угроз, а равно иным незаконным способом и др.

Следует отметить, что говорить о потенциальной эффективности деятельности организации по созданию только режима коммерческой тайны в отрыве от мероприятий организации в отношении объектов патентного и авторского права сложно. Этому объяснение - единая природа создания результатов интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, взаимопереход правовых режимов объектов интеллектуальных прав, объективная неизбежность усовершенствований исходных объектов и создания на их основе новых результатов интеллектуальной деятельности (объектов интеллектуальных прав).

Исходя из этой предпосылки целесообразно говорить о создании общей комплексной системы учета результатов интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере. В этой системе режим коммерческой тайны, предусматривающий определенный алгоритм учета объектов этого режима, был бы составной частью общего режима по созданию, учету (управленческому, бухгалтерскому), использованию, введению в хозяйственный оборот прав на объекты учета.

В 2005 г. автор предложил комплексную модель учета результатов НИОКР <6>, которая, с учетом изменения законодательства, трансформируется в приведенную ниже.

<6> См.: Ханкевич А.Г. Разработка комплексной модели учета нематериальных активов на промышленных предприятиях: Автореф. дис. ... канд. экон. наук. М., 2005. С. 22.

В этой модели отдельным направлением обозначены необходимые и достаточные действия хозяйствующего субъекта по формализации объекта учета, по легитимизации (оформлению), по проведению необходимой инвентаризации, снятию объектов с учета, созданию базы данных научно-технической информации. В модели отчетливо просматриваются направления по "классическим" объектам - изобретения, полезные модели, промышленные образцы, программы для ЭВМ, базы данных, присутствуют объекты - произведения науки, результаты научно-технической деятельности. Линия по секрету производства - ноу-хау - отдельная и предусматривает необходимо-достаточные мероприятия для этого вида объекта интеллектуальных прав.

Отдельная ветвь посвящена результатам научно-технической деятельности (РИД) в форме конструкторской и технологической документации (КД/КТД).

Взаимосвязь и взаимопереход правовых режимов объектов, например из ноу-хау в заявочные материалы на патентование, подразумеваются через реестры: результатов научно-технической деятельности, заявок, патентов, программ для ЭВМ, баз данных, произведений науки, объектов коммерческой тайны.

Автор сознательно предусмотрел одинаковый вид процесса легитимизации результата в отношении признания и выдачи патента и в отношении признания и утверждения по приказу по обществу секрета производства - ноу-хау как объекта коммерческой тайны, так как считает, что исходя из значимости оформляемых прав процедура и сущность экспертизы по этим объектам должны быть соразмерны.

Отдельно нужно отметить определенную затратность (материальную, временную, ресурсную) проведения этих мероприятий. Очень привлекательна внешняя простота оформления исключительных прав на результат интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере с использованием авторского права, упрощенного режима коммерческой тайны. Однако обеспечение полноценной доказательной базы для цели пресечения неправомерных действий работников и третьих лиц в отношении охраняемых организацией сведений при их использовании не столь очевидно.

Практика показывает, что подход большинства обществ к созданию режима коммерческой тайны, формированию перечня информации, составляющей коммерческую тайну, признанию объектов коммерческой тайны максимально упрощен. Выпускается Положение о коммерческой тайне организации, в котором:

- составляется максимально обширный перечень информации, составляющей коммерческую тайну общества, который включает сведения технического, экономического, организационного и иного характера и который рассчитан на имеющуюся и на будущую информацию организации;

- работники общества под расписку обязуются не разглашать сведения, составляющие коммерческую тайну общества;

- отсутствуют мероприятия по идентифицированию потенциальной информации как состав сведений, составляющих содержание секрета производства - ноу-хау;

- присутствует такая ответственность работника, как за разглашение коммерческой тайны, сохранение коммерческой тайны, утечку коммерческой тайны, доступ к коммерческой тайне. Исходя из определения термина "коммерческая тайна" существо этих обязательств не совсем ясно;

- работнику дается право по своему усмотрению, без проведения внутренней экспертизы, ставить штамп "коммерческая тайна" на материальном носителе;

- отсутствует заключение экспертной комиссии по признанию соответствия состава сведений, составляющих содержание секрета производства - ноу-хау, законодательно установленным критериям по отнесению к информации, составляющей коммерческую тайну;

- отсутствует перечень информационных источников, на основании которых был сделан вывод о таком соответствии;

- отсутствуют мероприятия по расчету вознаграждения работнику - автору секрета производства - ноу-хау;

- отсутствует процедура проведения инвентаризации объектов коммерческой тайны и другие мероприятия.

В результате такой режим коммерческой тайны не позволяет в должной мере собрать доказательную базу для предъявления претензий по фактам незаконного использования секрета производства - ноу-хау, неправомерного нарушения режима коммерческой тайны.

Перечень минимально необходимых и разумно достаточных мер для формирования и поддержания в организации эффективного режима коммерческой тайны может предусматривать правовые, организационные и технические меры.

К правовым мерам относятся:

1) выпуск и утверждение нормативно-распорядительных документов общества, регламентирующих:

- процедуру формирования, поддержания и контроля соблюдения режима коммерческой тайны;

- процедуру обращения с информацией, содержащейся в режиме коммерческой тайны;

- порядок и процедуру охраны конфиденциальности в рамках трудовых отношений;

- порядок и процедуру признания ноу-хау в качестве нематериального актива организации и снятия НМА-ноу-хау с бухгалтерского учета;

- порядок организации и процедуру работы экспертной комиссии;

- конкретные обязательства руководителя организации по обеспечению охраны конфиденциальной информации организации;

2) выпуск и утверждение комплекта форм документов:

- договоров с работниками, третьими лицами (физическими и юридическими), договоров отчуждения ноу-хау, лицензионных договоров на использование ноу-хау,

- приказов по признанию ноу-хау, принятию к учету, снятию с учета,

- первичных учетных документов по ноу-хау,

- схем бухгалтерских проводок в отношении ноу-хау,

- реестров учетных документов.

Административные организационные меры включают:

- утверждение приказом директора общества примерного перечня информационных областей, сведения из которых могут составлять коммерческую тайну организации;
- формирование соответствующих структур и назначение ответственных работников;
- утверждение учетной политики организации в отношении охраняемых результатов интеллектуальной деятельности (включая ноу-хау);

- обеспечение контроля исполнения положений и регламентов организации по охраняемым результатам интеллектуальной деятельности (включая ноу-хау), в частности: проведение экспертизы, ведение реестра объектов коммерческой тайны, НМА-ноу-хау, ведение реестра лиц, имеющих доступ к материальным носителям ноу-хау, проведение инвентаризаций ноу-хау и НМА-ноу-хау.

Технические меры предусматривают: формирование комплекта необходимых и разумно достаточных технических устройств (приборов, несгораемых шкафов, программного обеспечения и т.д.) для соблюдения работниками организации установленного режима коммерческой тайны.

Для системного понимания сущности режима коммерческой тайны; организации процесса работы с объектами и взаимовлияния объектов, сохраняемых в этом режиме, автор предлагает самостоятельно ответить на следующие актуальные проблемные вопросы:

может ли организацией быть сформирована система мер (сформирован режим коммерческой тайны) по содержанию (использованию, доступу, передаче, предоставлению, отчуждению) материальных носителей конфиденциальной информации и в этом режиме отсутствовать какая-либо конфиденциальная информация?

Может ли и при каких условиях организация быть обладателем режима коммерческой тайны и не быть обладателем секрета производства - ноу-хау, сохраняемого организацией в этом режиме?

В рамках каких правовых норм нужно регулировать взаимоотношения коммерческих лиц, ведущих предпринимательскую деятельность, и физических лиц - авторов результатов интеллектуальной деятельности по передаче (отчуждению, уступке) прав на эти РИД, если это физическое лицо, не зарегистрировано в качестве предпринимателя без образования юридического лица, т.е. не может быть обладателем секрета производства - ноу-хау; не может реализовывать информацию и РИД, так как такие объекты не предусмотрены в качестве объектов гражданских прав.

Можно ли вводить режим коммерческой тайны в отношении будущей информации?

- Нужно ли проводить инвентаризацию секретов производства - ноу-хау и какой инвентаризационный период необходимо предусмотреть? Должен ли быть этот период одинаковым для всех объектов коммерческой тайны? Можно ли совмещать инвентаризацию НМА и объектов коммерческой тайны по составу комиссии и по времени рассмотрения?

Какую форму первичных документов (реестров) предусмотреть?

Нужно ли в договоре с директором организации указывать конкретные меры ответственности за необеспечение охраны конфиденциальной информации или можно ограничиться фразой "ответственность в соответствии с действующим законодательством"?

Нужно ли выплачивать работнику - автору секрета производства - ноу-хау вознаграждение и в каких случаях?

Какая должна быть глубина поиска для цели проведения внутренней экспертизы?

Какими должны быть взаимоотношения патентно-лицензионной службы и службы безопасности? Кто из них является лидером и на каких этапах жизненного цикла РИД (РНТД)?

Могут ли государство и муниципальные образования быть обладателями коммерческой тайны, секрета производства - ноу-хау?

Выводы и рекомендации.

1. При формировании режима коммерческой тайны в организации целесообразно обеспечить комплексный подход, в основе которого будет сбалансированная система учета результатов интеллектуальной (научно-технической) деятельности организации, в которой режим коммерческой тайны будет составной частью единой системы.

2. В случае признания необходимости внедрения эффективной системы создания, учета, использования объектов интеллектуальных прав организации, предусмотреть в нормативно-распорядительных актах организации пошаговый механизм рассмотрения получаемых

результатов интеллектуальной деятельности, проведения внутренней экспертизы по оценке результата, признанию его соответствия критериям по отнесению к информации, составляющей коммерческую тайну, регулярной инвентаризации объектов коммерческой тайны организации.

3. Следует добиваться от аффилированных структур, контрагентов, заказчиков обеспечения режима коммерческой тайны не хуже, чем у организации-обладателя.

Рис. Функциональная модель комплексной системы учета результатов НИОКР и прав на результаты

Рисунок не приводится.
