**Что нового предложено в законопроекте о коммерческой тайне?**

А.Ханкевич, Руководитель отдела специальных программ ЗАО «Интеллект»

Госдума на пленарном заседании в пятницу приняла в первом чтении законопроект "О коммерческой тайне", разработанный Минпромнауки России совместно с Минатомом России, Гостехкомиссией России и Роспатентом.

Этот законопроект определяет критерии отнесения информации к коммерческой тайне и предусматривает правовое регулирование основных вопросов при использовании такой информации и охрану ее конфиденциальности.

Он также устанавливает законодательные ограничения на отнесение информации к коммерческой тайне и обязывает предоставлять информацию, являющуюся коммерческой тайной, органам госвласти, суда и прокуратуры в случае возникновения такой необходимости.

Законопроект определяет права обладателя коммерческой тайны, в том числе имущественные права на подобную информацию. Кроме того, он регулирует отношения, связанные с обращением информации, полученной при выполнении госконтракта для федеральных и государственных нужд. Законопроект также предусматривает ответственность за нарушения законодательства о коммерческой тайне.

Принятие настоящего законопроекта, по мнению его авторов, позволит создать правовые условия для эффективного функционирования в РФ рынка товаров, работ и услуг и предупреждения недобросовестной конкуренции. Законопроект также призван активизировать использование в коммерческих целях различного рода "секретов производства", типа программ для ЭВМ и баз данных, которые не целесообразно охранять исходя из условий конкуренции на рынке.

Законопроект "О коммерческой тайне" направлен на консолидацию законодательства РФ о коммерческой тайне, его развитие и дополнение, в том числе с учетом требований Всемирной торговой организации - соглашения о торговых аспектах интеллектуальной собственности /ТРИПС/ и устраивает всех заинтересованных лиц.

**Анализ**

То, что подобный закон необходим, что без правомерной регламентации вопросов и отношений, связанных с информацией, охраняемой в режиме коммерческой тайны, будут существенно ограничены возможности экономического развития России и вступления в ВТО - это очевидно. В тоже время, в законопроекте ощущается непроработанность ряда моментов.

Для хозяйствующих субъектов наиболее привлекательны положения законопроекта о возможных правах собственника/владельца/обладателя информации в отношении третьих лиц. Правах не только распоряжаться информацией (накапливать, хранить, использовать, реализовывать как объект гражданского права), что соответствует нормам ГК РФ и других положений, но и возможностью исключать третьих лиц в праве распоряжения (накапливания, хранения, использования, реализации как объекта гражданского права) этой или подобной информации[[1]](#footnote-1).

В этом аспекте для нас очевидно, что на правовую/судебную систему государства возлагается нереализуемая задача в части декларируемого права обладателя на неиспользование информации третьими лицами без его согласия. Согласно законопроекту, Государство гарантирует защиту права обладателя того, что никто, кроме владельца и лиц, им уполномоченных, не видел, т.е. фактически неидентифицированую информацию. Защищать то, что отсутствует у независимого органа изначально. «Поди туда, не знаю куда». Конечно, в законопроекте прописана обязанность предоставлять информацию по требованию суда, прокуратуры и т.д. (государственных органов). Но какова вероятность того, что после запроса в госорганы попадет именно та информация, которая явилась предметом притязаний? Что мешает обладателю информации, до передачи в госорганы, изменить, подправить, вставить синонимы, уточнить суть в формулировке. Никто, т.к. лица, допущенные к этой информации, являются зависимыми от работодателя. И доказать факт изменения сути информационного блока и формы изложения будет невозможно.

Сама информация – совокупность данных, символов, знаков, в силу своей нематериальности и возможности передачи существа/сути информационного блока различными путями и формами не может являться предметом рассмотрения без изначальной ее идентификации. Как, например, это сконструировано в патентном праве, когда предметом разбирательства (критерием сравнения) служит формула, предварительно зарегистрированная в уполномоченном государственном органе.

В суде, в силу отсутствия предварительной фиксации в независимом органе и синомимичности любого языка, невозможно будет доказать что передавалась именно эта информация, а не другая.

Рассмотрим утрированный пример из области техники. Обладатель информации (стол с четырмя ножками) хочет сохранить эту информацию в режиме коммерческой тайны и предпринимает для этого все необходимые действия, предписанные законопроектом. Но, как суд будет сравнивать эту информацию с, например, такой: «поверхность, имеющая четыре опоры». Или, «плоскость, которая приподнята над основанием посредством закрепленных на ней столбиков/опор, достаточных для обеспечения устойчивости в количестве более трех и менее пяти». Все эти разные по форме, но одинаковые по сути информационные блоки однозначно вызывают в нашем сознании образ стола, т.е. обозначают одну технической сущность. Как будет поступать судья, опираясь на предложенный закон о коммерческой тайне?

В качестве другого примера возможной коллизии и неразрешимости существа дела с использованием предлагаемого законопроекта рассмотрим реальные разногласия владельцев товарных знаков «Лесной бальзам» и «Кедровый бальзам», которые разворачиваются в настоящее время. Оба знака зарегистрированы, но концерн "Калина", владелец товарного знака "Лесной бальзам", утверждает, что "Кедровый бальзам", владельцем которого является компания "Торн-Косметик", сходен до степени смешения с их знаком. Если рассматривать вопрос с точки зрения родового признака, то кедр один из видов деревьев, произрастающих в лесу, тайге, роще. Следующий возможный вариант, развивающий образ природных живительных сил - «Таежный бальзам». Но в законе о «товарных знаках и знаках обслуживания» присутствует механизм разрешения подобного спора в отношении однородных товаров – при помощи опросов потребителей выявить факт наличия или отсутствия смешения образов в сознании потребителя в отношении этих товарных знаков. Если предположить, что один из знаков, до регистрации, охранялся в режиме коммерческой тайны, а после регистрации другого были предъявлены претензии и требование неиспользования, то в предложенном законопроекте нет никаких способов, позволяющих разрешить данное противоречие.

Именно поэтому, необходимо предусмотреть или детальное определение понятия «информация» для цели идентификации ее в ходе судебного разбирательства, что невозможно в рамках предлагаемого подхода, либо не конструировать подобные правовые акты, где в качестве предполагаемого предмета рассмотрения присутствует то, что невозможно однозначно определить.

Разработчики законопроекта, в качестве обоснования, источника права определяющего возможность создания/формирования такой юридической конструкции указывают не на обычаи делового оборота, сложившиеся в РФ, а на положения международных договоров, участницей которых является, или планирует быть Россия. В частности, "Многосторонних торговых соглашений", "Торговых соглашений многостороннего характера", "Генерального соглашения по тарифам и торговле", являющихся неотъемлемой частью Марракешского соглашения о создании Всемирной Торговой Организации и имеющих обязательную силу для всех Членов ВТО, куда Российское сообщество втягивается необратимым процессом Глобализации мировой торговли.

Так, в приложении 1С (Соглашение об аспектах интеллектуальной собственности, связанных с торговлей (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; ТРИПС), в разделе 7 – охрана закрытой информации – прописаны принципы, критерии и условия применения, при которых информация выступает как составная часть понятия «интеллектуальная собственность» в широком смысле – как право на защиту от недобросовестной конкуренции. В этом случае, для физических и юридических лиц, в отношении такой информации, предусматриваются права на ограничение прав третьих лиц на такую информацию.

Выдержки из приложения 1С ТРИПС:

Раздел 7: Охрана закрытой информации

Статья 39

1. В процессе обеспечения эффективной защиты против недобросовестной конкуренции, как предусмотрено в статье 10-бис Парижской конвенции (1967 г.)[[2]](#footnote-2), члены охраняют закрытую информацию в соответствии с пунктом 2 и сведения, представленные правительствам или государственным органам, в соответствии с пунктом 3.

2. Физическим и юридическим лицам предоставляется возможность препятствовать тому, чтобы информация, правомерно находящаяся под их контролем, без их согласия была раскрыта, получена или использована другими лицами способом, противоречащим честной коммерческой практике[[3]](#footnote-3), при условии, что такая информация:

(а) является секретной в том смысле, что она в целом или в определенной конфигурации и подборе её компонентов не является общеизвестной и легко доступной лицам в тех кругах, которые обычно имеют дело с подобной информацией;

(b) ввиду своей секретности имеет коммерческую ценность; и

(с) является объектом надлежащих в данных обстоятельствах шагов, направленных на сохранение её секретности со стороны лица, правомерно контролирующего эту информацию.

Т.е. условия, при которых возможны права на информацию, в международном соглашении определены следующим образом: - реализация способа, противоречащего честной коммерческой практике, при котором происходит расторжение договора; подрыв доверия или содействие подрыву доверия, и включающего приобретение закрытой информации третьими лицами, которым было известно или не было известно в результате грубой небрежности, что приобретение такой информации подразумевает такую практику.

В отношении состава информации, которая может выступать в качестве закрытой информации (коммерческой тайны) и которая может быть объектом исключительных прав в правоотношениях, так же предусмотрены действенные ограничения в виде следующих критериев:

· общеизвестности и легкодоступности в получении;

· коммерческой ценности, определяемой ее секретностью;

· обязательностью сохранения и отслеживания режима секретности.

Таким образом, не любая информация и не в любых условиях применения может выступать как объект правоотношений с точки зрения ограничения прав третьих лиц. В рассматриваемом законопроекте отсутствует ограничение по первому пункту.

Разберем другой типичный случай, показывающий противоречивость законопроекта. Коммерческая организация, осуществляющая торговые операции имеет базу данных поставщиков и потребителей. Эти базы данных, по мнению руководства, представляет несомненную коммерческую ценность и являются объектом притязаний со стороны конкурентов. К ней ограничен доступ части сотрудников фирмы, непосредственно не связанных с оформлением договоров, и третьих лиц; на материальном носителе присутствует гриф «для служебного пользования». Так, в соответствии с обсуждаемым законопроектом о коммерческой тайне, такая БД является объектом коммерческой тайны фирмы, и фирма наделяется правом требования неиспользования третьими лицами ее в хозяйственном обороте, правом требования компенсации в случае выявления ущерба.

В тоже время, в общедоступных справочниках имеется информация о производителях продукции и о потенциальных потребителях ее в стране и за рубежом. Поэтому, в соответствии с пунктом 2а статьи 39 раздела 7 Приложения 1С ТРИПС, в отношении такой информации не могут предоставляться права как право на защиту от недобросовестной конкуренции, так как данные о поставщиках и потребителях являются общеизвестными и легко доступными для лиц в тех кругах, которые обычно имеют дело с подобной информацией. Т.е. присутствует явное несоответствие положений законопроекта и международного договора. И, при рассмотрении дела в суде, положение международного договора будет иметь приоритет.

**Заключение.**

Предложенный вариант законопроекта о коммерческой тайне не вносит ясности в отдельные аспекты, связанные с обращением в гражданском обороте информации, содержащейся в режиме коммерческой тайны;

Ряд положений прямо противоречит положениям международных договоров;

Большая часть вопросов, связанных с введением в хозяйственный оборот информации, сохраняемой в режиме коммерческой тайны, регламентирована уже существующими нормами в различных законодательных актах РФ;

Вопросы, которые не регламентированы в существующих нормативных актах, предложенный законопроект не решает.

1. Из проекта Закона «О КОММЕРЧЕСКОЙ ТАЙНЕ»

Внесен Правительством РФ (Распоряжение от 21 марта 2003 года N 363-р.) Официальный представитель Правительства РФ - первый заместитель Министра промышленности, науки и технологий РФ Фурсенко А.А.

ГЛАВА III.ОБЛАДАНИЕ КОММЕРЧЕСКОЙ ТАЙНОЙ

Статья 7. Права обладателя коммерческой тайны

 Обладатель коммерческой тайны имеет право:

· устанавливать, изменять и отменять в письменной форме режим коммерческой тайны в соответствии с настоящим Федеральным законом;

· использовать информацию, составляющую коммерческую тайну, для собственных нужд;

· разрешать и запрещать доступ к информации, составляющей его коммерческую тайну;

· вводить информацию, составляющую коммерческую тайну, в гражданский оборот, в том числе передавать полностью или частично имущественные права на эту информацию по договорам в соответствии с законодательством Российской Федерации, с включением в них условий об охране конфиденциальности этой информации;

· передавать информацию, составляющую коммерческую тайну, на основании договоров;

· требовать от юридических и физических лиц, органов государственной власти, органов местного самоуправления,, органов предварительного следствия и дознания соблюдения ими обязанностей по охране конфиденциальности информации, составляющей коммерческую тайну, предусмотренных настоящим Федеральным законом, иными федеральными законами, а также гражданско-правовыми договорами, трудовыми договорами;

· на судебную защиту и защиту в административном порядке прав в связи с разглашением, незаконным получением и незаконным использованием третьими. лицами информации, составляющей коммерческую тайну;

· требовать возмещение убытков, причиненных в связи с нарушением его прав обладателя коммерческой тайны. [↑](#footnote-ref-1)
2. Парижская конвенция по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 года Пересмотрена в Брюсселе 14 декабря 1900 г., в Вашингтоне 2 июня 1911 г., в Гааге 6 ноября 1925 г., в Лондоне 2 июня 1934 г., в Лиссабоне 31 октября 1958 г. и в Стокгольме 14 июля 1967 г. и изменена 2 октября 1979 г.

Статья 10.bis [Недобросовестная конкуренция]

1. Страны Союза обязаны обеспечить гражданам стран, участвующих в Союзе, эффективную защиту от недобросовестной конкуренции.

2. Актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах.

3. В частности, подлежат запрету:

\* все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента;

\* ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, способные дискредитировать предприятие, продукты или промышленную или торговую деятельность конкурента;

\* указания или утверждения, использование которых при осуществлении коммерческой деятельности может ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Для целей настоящего положения выражение "способ, противоречащий честной коммерческой практике" подразумевает как минимум такую практику, как расторжение договора, подрыв доверия или содействие подрыву доверия, и включает приобретение закрытой информации третьими лицами, которым было известно или не было известно в результате грубой небрежности, что приобретение такой информации подразумевает такую практику.* [↑](#footnote-ref-3)