

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
Тернопільський національний економічний університет
Кафедра фінансово-економічної безпеки та інтелектуальної власності

Івашків Ярослав Корнелійович

**Механізм забезпечення охорони та захисту комерційної
таємниці суб'єктів господарювання / Mechanism of ensuring the
commercial secrets security and protection of enterprises**

спеціальність: 8.18010014 – Управління фінансово-економічною безпекою
магістерська програма – Управління фінансово-економічною безпекою

Магістерська програма

Виконав студент групи ФЕБм-22
Я.К. Івашків

Науковий керівник:
к.е.н., доцент, О.В. Баранецька

Магістерську роботу допущено
до захисту:
«___» _____ 20__ р.
Завідувач кафедри
_____ Н.Б. Москалюк

ТЕРНОПІЛЬ – 2017

ЗМІСТ

ВСТУП	3
РОЗДІЛ I. ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ОХОРОНИ ТА ЗАХИСТУ КОМЕРЦІЙНОЇ ТАЄМНИЦІ СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ	7
1.1. Поняття та юридично значимі ознаки комерційної таємниці	7
1.2. Суб'єкти права на комерційну таємницю	23
1.3. Правові гарантії охорони та захисту комерційної таємниці суб'єкта господарювання	32
Висновки до розділу 1	43
РОЗДІЛ II. ОРГАНІЗАЦІЯ СИСТЕМИ ОХОРОНИ КОМЕРЦІЙНОЇ ТАЄМНИЦІ СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ	46
2.1. Юридичне закріплення права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю	46
2.2. Дії організаційного характеру щодо охорони та захисту комерційної таємниці	53
2.3. Заходи з підвищення психологічної лояльності з боку працівників як ефективна складова охорони комерційної таємниці суб'єкта господарювання	59
Висновки до розділу 2	67
РОЗДІЛ III. ЗАХИСТ ПРАВ НА КОМЕРЦІЙНУ ТАЄМНИЦЮ	68
3.1. Порухення прав на комерційну таємницю	68
3.2. Форми і способи захисту прав на комерційну таємницю	74
3.3. Критерії розрахунку шкоди, заподіяної порушенням права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю	85
Висновки до розділу 3	96
ВИСНОВКИ	98
СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ	103

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. В сучасних розвинених ринкових умовах інформаційні ресурси являються дуже цінним об'єктом і потребують надійного захисту. На практиці компанії до комерційної таємниці зазвичай відносять властиві конкретному підприємству особливості, деталі комерційної діяльності, ділові зв'язки, ринки та умови купівлі сировини й товарів, відомості про методику встановлення цін, фінансову стабільність підприємства тощо. Тому, усвідомлюючи невідворотний економічний розвиток, необхідність у досягненні переваги на ринку, потреб у знаннях про джерела загроз, порушників і потенційних збитків, господарюючі суб'єкти повинні приділяти увагу створенню системи охорони та захисту своїх інформаційних ресурсів. Питання забезпечення надійної охорони та захисту комерційної таємниці стає ще важливішим внаслідок загострення конкурентної боротьби на ринках, яке може призвести до використання конфіденційних відомостей з метою нанесення шкоди інтересам підприємства та завдання матеріальних і моральних збитків. Сьогодні рівень успішної та ефективної діяльності кожної організації залежить від уміння компанії захистити свою конфіденційну інформацію від її неправомірного використання. Таким чином, зараз існує актуальна потреба в захисті комерційної таємниці суб'єктів господарювання, який би був ефективним і відповідав сьогоdnішнім та перспективним вимогам ринкового середовища.

Питання забезпечення правової охорони та захисту комерційної таємниці висвітлювалися протягом багатьох століть фахівцями у сфері цивільного, кримінального та адміністративного права. Зверталася увага на порядок притягнення до відповідальності за порушення комерційної таємниці, на впровадження спеціальної системи заходів правової охорони. Серед інших слід відмітити праці таких вчених, як: Г. Андрощук, П. Антонюк, Р. Блажко, О. Брель, Д. Гетманцева, С. Князева, А. Марущак, Ю. Носік, І. Солодченко, А. Сляднева, Л. Топалова та інших. На жаль,

незважаючи на різноманітні праці та пропозиції вчених щодо вдосконалення правового регулювання у сфері використання комерційної таємниці, в Україні й досі не прийнято спеціального закону, тому досить багато питань залишаються врегульованими тільки на рівні локальних актів, договорів, тощо. У зв'язку з цим набуває актуальності комплексне дослідження питань забезпечення правової охорони та захисту комерційної таємниці суб'єкта господарювання.

Метою написання дипломної роботи є комплексне дослідження інституту комерційної таємниці як об'єкта фінансово економічної безпеки підприємства, та на основі здійсненого дослідження сформулювати науково-теоретичні рекомендації і пропозиції, спрямовані на забезпечення надійної охорони і захисту комерційної таємниці суб'єктів господарювання.

Для досягнення даної мети були поставлені наступні дослідницькі **завдання**:

- визначити поняття та юридично значимі ознаки комерційної таємниці;
- охарактеризувати суб'єктів права на комерційну таємницю;
- проаналізувати правові гарантії охорони та захисту комерційної таємниці суб'єкта господарювання;
- дослідити юридичне закріплення права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю;
- охарактеризувати дії організаційного характеру щодо охорони та захисту комерційної таємниці;
- здійснити аналіз заходів з підвищення психологічної лояльності з боку працівників як ефективна складова охорони комерційної таємниці суб'єкта господарювання;
- визначити порушення прав на комерційну таємницю;
- охарактеризувати форми і способи захисту прав на комерційну таємницю;
- визначити критерії розрахунку шкоди, заподіяної порушенням права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю.

Об'єктом дослідження виступають суспільні відносини, які виникають у зв'язку з реалізацією права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю його охорону та захист.

Предметом є нормативно-правове регулювання відносин у сфері виникнення, охорони і захисту права на комерційну таємницю, доктринальні дослідження вітчизняних і зарубіжних вчених.

Методологічну основу дослідження склали загальнонаукові методи пізнання правових явищ, як то: діалектичний, структурно-функціональний, формально-логічний, метод системного аналізу і синтезу, – а також властиві теорії права спеціально-наукові методи, а саме: порівняльно-правовий та метод тлумачення правових норм. Комплексне застосування різних методів наукового пізнання спрямоване на забезпечення обґрунтованості висновків та аргументованості пропозицій, зроблених в результаті виконання дисертаційного дослідження.

Застосування діалектичного методу пізнання ґрунтується на взаємозалежності та взаємообумовленості системи правового регулювання у сфері функціонування комерційної таємниці та відповідних суспільних відносин, а також на взаємопов'язаності та постійному розвитку правових процесів і явищ. За допомогою формально-логічного методу в роботі сформульовані визначення комерційної таємниці, суб'єктивного права на комерційну таємницю, а також виконувалось з'ясування змісту правових норм, що регулюють суспільні відносини, які складаються з приводу комерційної таємниці. Методи системного аналізу та синтезу були використані при розкритті ознак комерційної таємниці, при визначенні особливостей правового режиму інформації, що становить комерційну таємницю. За допомогою порівняльно-правового методу були співставлені та проаналізовані окремі положення нормативно-правових актів, досвід правозастосування і теоретичні положення юридичної науки України та деяких іноземних держав щодо суспільних відносин, які складаються з приводу комерційної таємниці. На основі методу тлумачення норм права

встановлювався зміст окремих приписів законодавства України про комерційну таємницю та досліджувався механізм правового регулювання у відповідній сфері суспільних відносин.

Наукова новизна одержаних результатів. У результаті проведеного дослідження раніше проаналізовані положення дістали подальший розвиток.

Основні з них такі:

- визначено юридично значимі ознаки, що є необхідними і достатніми для визнання інформації комерційною таємницею;
- визначено правові гарантії щодо комерційної таємниці;
- окреслено основні напрямки діяльності керівника господарюючого суб'єкта, спрямовані на ефективну охорону та захист комерційно-цінної інформації.

Практичне значення дослідження. Висновки і пропозиції, які містяться в роботі, можуть бути основою при визначенні шляхів вдосконалення законодавства України щодо охорони та захисту комерційної таємниці суб'єктів господарювання та її захисту. Положення дипломної роботи можуть бути використані в навчальному процесі при читанні лекцій та проведенні практичних занять за курсом «Охорона державної та комерційної таємниці», «Цивільне право», «Інформаційне право».

Структура дипломної роботи. Робота складається із вступу, 3 розділів, поділених на дев'ять підрозділів, висновків та списку використаних джерел. Загальний обсяг роботи складає 110 сторінок, список використаних джерел викладений на 8 сторінках і містить 78 найменувань.

Апробація результатів дослідження. Основні результати дослідження були апробовані на Всеукраїнській науково-практичній конференції «Тактичні та стратегічні пріоритети зміцнення фінансово-економічної безпеки держави».

РОЗДІЛ І

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ОХОРОНИ ТА ЗАХИСТУ КОМЕРЦІЙНОЇ ТАЄМНИЦІ СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ

1.1. Поняття та юридично значимі ознаки комерційної таємниці

Важко переоцінити значення комерційної таємниці для суб'єкта господарської діяльності. Надійна охорона такої інформації, що носить конфіденційний характер є не лише способом захисту цінної інформації про об'єкти стратегічних змін, а і економічним інтересом та стратегічним ресурсом, який здатний забезпечити конкурентні переваги на ринку промисловості. Саме тому необхідність встановлення правового режиму комерційної таємниці є одним з першочергових питань забезпечення економічної безпеки підприємства.

Загальновизнаним як на міжнародному рівні, так і в різних правових системах є закріплення поняття комерційної таємниці за допомогою вказівки на її юридично значимі ознаки.

Дані ознаки закріплені в ст. 39 Угоди ТРІПС [1, с. 67], ст. 5 модельних положень про захист від недобросовісної конкуренції, підготовлених Всесвітньою організацією інтелектуальної власності в 1996 році [2], параграф 1 Уніфікованого закону про ділові секрети США, інших національних законодавчих актах.

Так, поняття торгових секретів («trade secrets») дано в пункті 1 (4) Уніфікованого закону про торгові секрети і в коментарі до Зводу законів деліктного права (Restatement of the Law of Torts). Під торговим секретом мається на увазі інформація (формула, модель, компіляція, програма, пристрій, метод, техніка або спосіб), яка може бути використана її власником в своєму бізнесі і створює йому певні переваги перед конкурентами, які не знають або не використовують цю інформацію. У визначенні наголошується

цінність інформації в промисловості, торгівлі, конфіденційність, ступінь складності, з якою вона може бути апробована іншими особами.

Згідно ст. 39 Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності під закритою інформацією розуміється інформація, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній конфігурації і поєднанні її компонентів не є загальновідомою і легко доступною особам в тих колах, які зазвичай мають справу з подібною інформацією; з огляду на що вона є секретною вона має комерційну цінність і є об'єктом належних в даних обставинах кроків, спрямованих на збереження її секретності з боку особи, правомірно контролюючого цю інформацію [1, с. 67].

Ст. 6 Типових положень про захист від недобросовісної конкуренції, використовує термін «секретна інформація» [3], сутність якого збігається з поняттям «закрита інформація».

Необхідність введення понять «секретна інформація», «закрита інформація» на міжнародному рівні обумовлена використанням різних термінів в національних законодавствах.

Термінологічні різночитання поняття комерційно цінної інформації спостерігаються в ФРН [4, s. 272], Австрії [5, s. 10], Італії [6, s. 113]. Німецька доктрина використовує для визначення конфіденційних відомостей два терміни: «торговий секрет» («Geschäftsgeheimnis») і «виробничий секрет» («Betriebsgeheimnis»). Аналогічну позицію займає австрійське право. Італійська доктрина використовує термін «промислові і торгові секрети» («segreto industriale e commerciale»), а датське право оперує поняттям «відомості про виробничі і торговельні відносини» («oplysninger om drifts- eller forretningsforhold»). Часто виробничі секрети (секрети виробництва) ототожнюються з ноу-хау. При цьому, під комерційною таємницею розуміють не захищені законодавчим шляхом результати винахідництва, способи виготовлення, конструкції та інші збагачуючі техніку досягнення. Це можуть бути креслення, рецептура і інші подібні письмові відомості, вся сукупність виробничого досвіду у всіх його різновидах. При цьому

неважливо, чи зафіксований досвід в письмовому вигляді або він проявляється в знаннях і досвіді фахівців. Комерційні знання і досвід також можуть охоронятися як виробничі секрети [7, с. 33].

Збільшення термінів, які використовуються для позначення комерційно цінної інформації, призвело до того, що постала необхідність впровадження і використання більш загального терміна, що охоплює всю сукупність відомостей, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності. Більшість науковців схилилися до використання поняття «господарська таємниця» («Wirtschaftsgeheimnis») [7, с. 34].

На міжнародному рівні таким узагальнюючими поняттями, як було зазначено вище, є терміни «секретна інформація», «закрита інформація» [7].

Аналогом даних універсальних термінів в нашому законодавстві виступає поняття «комерційна таємниця».

Зважаючи на відсутність в національному законодавстві єдиного спеціального закону про комерційну таємницю сьогодні не врегульованими залишаються ряд питань. Серед таких: порядок віднесення інформації до комерційної таємниці, підстави виникнення прав суб'єктів на комерційну таємницю, процедуру доступу до неї. Ці питання керуючись окремими положеннями Цивільного кодексу України (ЦК) [8], Господарського кодексу України (ГК) [9], Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» [10] та іншими нормативними актами, в тому числі міжнародними вирішуються суб'єктами господарювання самостійно шляхом прийняття рішення про необхідність охорони інформації, що є комерційно цінною та вчинення необхідних дій для її охорони та захисту. Однак, спершу як досліджувати ці питання необхідно з'ясувати суть комерційної таємниці проаналізувавши ознаки, що їй притаманні.

Основне визначення комерційної таємниці міститься в ст.505 Цивільного кодексу України: інформація є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до

якого вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію [8].

Згідно з ч.І ст.36 Господарського кодексу України відомості, пов'язані з виробництвом, технологією, управлінням, фінансовою та іншою діяльністю суб'єкта господарювання, що не є державною таємницею, розголошення яких може завдати шкоди інтересам суб'єкта господарювання, можуть бути визнані його комерційною таємницею [9].

Визначення комерційної таємниці, що є в чинному Цивільному кодексі України, було запозичене з відповідного визначення нерозкритої інформації, яке міститься в ч.2 ст.39 Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності. При цьому, ч.2 ст.1 цієї Угоди відносить нерозкрити інформацію до об'єктів права інтелектуальної власності.

В ст.505 Цивільного кодексу України, яка містить визначення комерційної таємниці, вимагається повна (абсолютна) невідомість інформації для третіх осіб (тоді як ч.2 ст.39 Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності не потребує повної невідомості нерозкритої інформації і визначає її «незагальновідомою»), яку практично, в разі виникнення спірних питань у відповідних цивільних відносинах, довести достатньо проблематично. Це є для більшості об'єктів комерційної таємниці нереальним, суттєво звужує можливості цивільно-правової охорони комерційної таємниці як об'єкта права інтелектуальної власності і робить інститут її охорони вкрай обмеженим для застосування.

У відповідності з цим підлягає уточненню визначення комерційної таємниці, зафіксоване у Цивільному та Господарському кодексах України.

Як свідчать наведені дефініції, одне й те саме поняття «комерційна таємниця», попри схожість визначень у наведених нормативно-правових актах, все ж таки інтерпретується по-різному. Це породжує певною мірою двозначність і невизначеність відповідного поняття. У зв'язку з цим вважаємо за необхідне визначити характерні ознаки комерційної таємниці.

Юридично значимими ознаками, необхідними і достатніми для визнання інформації комерційною таємницею суб'єкта господарювання, є наступні.

1. Комерційною таємницею може визнаватися лише інформація.

Інформація, на думку С. Князева, становить комерційну таємницю, характеризується специфічними особливостями та юридичними властивостями, зокрема: інформація при включенні в обіг відокремлюється від автора або власника, упредметнюється у вигляді символів та знаків і внаслідок цього існує окремо та незалежно від автора або власника. Звідси виникає юридична властивість інформації – можливість виступати в якості об'єкта, що передається від одного суб'єкта іншому та потребує юридичного закріплення факту її приналежності суб'єктам, які беруть участь у такому її використанні; після передачі інформації від одного суб'єкта до іншого одна і та сама інформація може залишатися у суб'єкта, який передає, та виникати у суб'єкта, який її отримує, тобто однакова інформація одночасно може належати двом учасникам інформаційних відносин. Це основна відмінність інформації від речі. Юридична властивість інформації в зв'язку з цим – її фізична невідчужуваність від автора, власника та користувача. Така властивість потребує розробки та застосування до інформації при її використанні особливих правових механізмів, які замінюють механізм відчуження речі; інформація при включенні в обіг документується та відображується на матеріальному носіїві. Юридична властивість, яка впливає з цієї особливості, полягає в єдності інформації та матеріального носія, на якому закріплюється інформація. Ця властивість дає можливість ввести для документованої інформації поняття складної складової речі – інформаційної речі, що складається з носія інформації та самої інформації, яка відображена на носії [12, с. 7].

2. Інформація, яка становить комерційну таємницю, не потребує офіційного визнання її охороноспроможності, реєстрації чи дотримання інших формальних процедур для поширення на неї правової охорони. Для охорони комерційної таємниці необхідно мати відомості, достатні для її

ідентифікації, тому вони мають бути зафіксовані на матеріальному носії (зразок, електронна форма, відео, звукозапис та ін.), доступному для сприйняття третіми особами (відповідно, усна форма є недостатньою). Така інформація повинна бути відображена в об'єктивній формі.

3. Це інформація технічного, організаційного, комерційного, виробничого та іншого характеру, що пов'язана з підприємницькою діяльністю; не є державною таємницею, або інформацією, яка відповідно не може належати до комерційної таємниці; згідно норм вітчизняного законодавства є об'єктом права інтелектуальної власності суб'єкта підприємницької діяльності, використання якої не завдасть шкоди суспільству.

4. Така інформація має бути не відомою та не легкодоступною для інших осіб. Здатність інформації тиражуватись та розповсюджуватись без зміни її змісту в необмеженій кількості, якщо не встановлені обмеження доступу до неї втрачає свою економічну цінність.

Відсутність загальновідомості полягає в тому, що інформацією, яка складає комерційну таємницю, володіє обмежене коло осіб, хоча й не обов'язково одна особа. Однаковою або аналогічною інформацією можуть одночасно володіти декілька осіб – але визначальним є те, що коло цих осіб обмежене. Саме не загальновідомість є вихідною для встановлення охорони змісту об'єкту, яким є комерційна таємниця, за відсутності його спеціальної реєстрації.

Незагальнодоступність означає відсутність вільного доступу до інформації на законній підставі. Особи, які допущені до таємниці зобов'язані не розголошувати її.

З даною ознакою пов'язані дві наступні.

5. Внаслідок її невідомості вона має комерційну цінність. Розголошення комерційної таємниці згідно ст. 36 ГК України «може завдати шкоди інтересам суб'єкта господарювання» [9].

Якщо інформація становить іншу цінність (особисту і т.п.), вона не може бути визнана комерційною таємницею. В американській практиці мав місце випадок відмови в праві на охорону церковних таїнств як комерційної таємниці на тій підставі, що ці таїнства можуть мати певну духовну цінність для церкви, але комерційної цінності вони не становлять [13, с. 50].

У деяких державах розрізняють «дійсну комерційну цінність» і «потенційну комерційну цінність» інформації [13, с. 63], тобто представляє цінність вже в момент її віднесення до комерційної таємниці або ж виникає через певний проміжок часу після віднесення інформації до комерційної таємниці. Як видається, таке розмежування доцільно, оскільки склад відомостей, що становлять комерційну таємницю, визначає їх фактичний власник виходячи зі своїх суб'єктивних переконань. Отже, головне, щоб ця інформація представляла цінність для нього і завдяки їй він отримував певну економічну перевагу в порівнянні з конкурентами. На відміну від винаходу, корисної моделі, промислового зразка, де їх цінність об'єктивна, оскільки винахідницький рівень, промислова придатність та новизна визначаються компетентними державними органами і підтверджуються видачею патенту, цінність інформації, що знаходиться в режимі комерційної таємниці неможливо визначити без оцінки її впливу на діяльність суб'єкта господарювання.

Заслуговує інтерес вказівка в Restatement of the Law of Torts США на таку ознаку торгової таємниці як необхідність створення певних переваг перед конкурентами, які не знають або не використовують цю інформацію. Цей критерій може бути основоположним при визначенні комерційної цінності інформація. Тобто комерційна цінність інформації характеризується можливістю досягнення конкурентної переваги, отримання прибутку внаслідок її використання, збереження положення на ринку в зв'язку з використанням даної інформації.

Цікаво відзначити, що англійська судова практика не вважає цей критерій обов'язковим. Наявність комерційної цінності інформації лише

впливає на розмір позовних вимог її законного власника [13, с. 187]. У той же час, на міжнародному рівні (угода ТРІПС) цей показник закріплений [1, с. 47], тому за доцільне закріплення ознаки комерційної цінності інформації в національному законодавстві.

6. Зазначена інформація має бути предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію. Цей критерій є одним з найбільш важливих, оскільки об'єктивно відображає волю суб'єкта господарювання до збереження фактичної монополії над певним обсягом комерційно цінної інформації.

Специфіка правового режиму комерційної таємниці в порівнянні з режимами інших об'єктів права інтелектуальної власності проявляється в тому, що можливість використання винаходів, корисних моделей, промислових зразків, комерційних (фірмових) найменувань, торговельних марок обумовлена наявністю юридичної монополії: охоронного документа (патенту, свідоцтва). Саме цей документ окреслює можливі межі «панування» господарюючого суб'єкта над об'єктом права інтелектуальної власності. Відносно ж комерційної таємниці об'єктивно не існує можливість видачі такого документа.

Так, правовий режим запатентованого винаходу при зверненні до суду не вимагає перевірки (за винятком розгляду спорів про дійсність патентів). Наявність же правового режиму комерційної таємниці встановлюється судом при розгляді спорів, пов'язаних з порушенням прав на комерційну таємницю. Тому необхідно зовнішній прояв фактичної монополії (як основи правового режиму комерційної таємниці) суб'єкта господарювання на його комерційну таємницю.

Такий зовнішній прояв може виражатися в прийнятті відповідних правових, організаційних, технічних заходів щодо збереження конфіденційної інформації. Таким чином, при оцінці достатності заходів щодо охорони конфіденційності інформації, що становить комерційну

таємницю, слід використовувати три критерії: правовий (закріплення режиму комерційної таємниці за певною інформацією в локальних актах), технічний (використання технічних способів захисту інформації) і організаційний (організація спеціального діловодства, створення спеціальних режимних підрозділів і т.п.).

У судовій практиці ФРН існують два критерії оцінки достатності заходів: економічний і технічний, які об'єднані в єдиний термін «неочевидність». Однак межа здібностей правопорушника, який зазіхав на комерційну таємницю, ні теоретично, ні практично прогнозувати неможливо, тому достатність технічних і економічних заходів з охорони конфіденційності інформації слід оцінювати виходячи із загальноприйнятої практики в певній сфері господарювання за умови виключення доступу до інформації, що становить комерційну таємницю, будь-яких осіб без дозволу її власника, і забезпечення можливості використання інформації, що становить комерційну таємницю, працівниками та іншими особами, допущеними до неї власником, без порушення режиму комерційної таємниці.

7. Зміст та об'єм комерційної таємниці встановлюється володільцем інформації на власний розсуд. Йому належать всі права щодо розпорядження нею. Право особи на комерційну таємницю зберігається на весь час існування фактичної монополії цієї особи на інформацію, яка її складає.

Відповідно до ст. 506 ЦК України майновими правами інтелектуальної власності на комерційну таємницю є: право на використання комерційної таємниці; виняткове право дозволяти використання комерційної таємниці; виняткове право перешкоджати неправомірному розголошенню, збиранню або використанню комерційної таємниці; інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом

8. Ще однією особливою ознакою комерційної таємниці є необмеженість строку її захисту.

Сукупність усіх вище зазначених факторів дає підстави вважати інформацію комерційною таємницею.

До комерційної таємниці можуть бути віднесені: технологія виробництва; технологічні прийоми та устаткування; модифікація раніше відомих технологій і процесів; результати та програми наукових досліджень; перспективні методи управління; цінова і збутова політика; порівняльні характеристики власного асортименту і товарів конкурентів з погляду якості, зовнішнього вигляду, пакування тощо; виробничі, комерційні та фінансово-кредитні відносини з партнерами; плани підприємства щодо розширення (скорочення) виробництва; факти ведення переговорів з питань купівлі-продажу; дані, що можуть бути використані для заподіяння шкоди репутації підприємства; інформація про кадри підприємства; наявність засобів та умов для захисту комерційної таємниці. Іноземні фірми в межах відомостей, які необхідно захищати за умов ринку, розглядають як промислову власність: винаходи, дані про устаткування, інструменти, розроблені або придбані ними і недоступні для широкого користування.

Законодавець обмежує право суб'єкта господарювання на комерційну таємницю шляхом встановлення переліку інформації, яка не може бути віднесена до комерційної таємниці. Даний перелік закріплений в підзаконному нормативно-правовому акті Постанові КМУ № 611 від 9 серпня 1993 року «Про перелік відомостей, що не становлять комерційну таємницю», а також в ряді спеціальних законів. Дані обмеження визначають межі використання комерційної таємниці у господарській діяльності.

Встановлення подібного переліку підзаконним нормативно-правовим актом, що не мають вищу юридичну силу в ієрархії нормативно-правових актів, є неприпустимим. Ч.8 ст. 19 ГК України закріплює заборону вимоги від суб'єктів господарювання інформації, не передбаченої законом (а не підзаконним актом), або з порушенням порядку, встановленого законом.

Перелік відомостей, які не можуть становити комерційну таємницю, доцільно закріпити на рівні ГК України. При цьому, слід зазначити, що такий перелік не може бути вичерпним, і внесення доповнень і змін до нього можливо лише на рівні закону, а не підзаконного нормативно-правового акта.

Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці» [14] комерційну таємницю не становлять:

- установчі документи, документи, що надають можливість займатися підприємницькою чи господарською діяльністю та її окремими видами;
- інформація за всіма встановленими формами державної звітності;
- дані, необхідні для перевірки обчислення і сплати податків та інших обов'язкових платежів;
- відомості про кількість і склад працюючих, їх заробітну плату в цілому та за професіями й посадами, а також наявність вільних робочих місць;
- документи про сплату податків і обов'язкових платежів;
- інформація про забруднення довкілля, недотримання безпечних умов праці, реалізацію продукції, що завдає шкоди здоров'ю, а також інші порушення законодавства України та розміри заподіяних при цьому збитків;
- документи про платоспроможність;
- відомості про участь посадових осіб підприємства в кооперативах, малих підприємствах, спілках, об'єднаннях та інших організаціях, які займаються підприємницькою діяльністю;
- відомості, що відповідно до чинного законодавства підлягають оголошенню.

Спірним моментом при визначенні шляхів удосконалення чинного законодавства є проблема віднесення комерційної таємниці до об'єктів інтелектуальної власності. У книзі 4 ЦК України поряд з іншими об'єктами інтелектуальної власності законодавець виділяє комерційну таємницю, з чого слідує висновок, що до комерційної таємниці можуть бути віднесені лише результати інтелектуальної (творчої) діяльності людини. Така практика захисту комерційної таємниці сьогодні існує і в міжнародному праві. Як уже зазначалось вище, її захист передбачено Паризькою конвенцією про охорону

промислової власності, Угодою з торгівельних аспектів прав інтелектуальної власності, де останню визнають об'єктом інтелектуальної власності.

Поряд з цим, не всі об'єкти і не будь-які відомості, що можуть бути віднесені до комерційної таємниці, є результатом інтелектуальної (творчої) діяльності. Згідно ч. 2 ст. 505 ЦК України комерційною таємницею можуть бути відомості технічного, організаційного, комерційного, виробничого та *іншого характеру*, за винятком тих, які відповідно до закону не можуть бути віднесені до комерційної таємниці. Існуюча практика підприємницької діяльності під грифом комерційно-цінної інформації зберігає як знання і досвід виробничо-технічного характеру, що є результатами інтелектуальної діяльності, так і інформацію що становить предмет ділового чи іншого інтересу господарюючого суб'єкта. Подібний поділ такої інформації запропоновано і в науковій літературі. Для прикладу, О. Сліпачук усі види інформації, які можуть вважатися комерційною таємницею, умовно розділяє на дві групи: технічна інформація і комерційна інформація [15, с. 67]. До першої групи належать незапатентовані науково-технічні розробки, бази даних та інші комп'ютерні програми, створені підприємством, усі види «ноу-хау», технічні проекти, промислові зразки, незапатентовані товарні знаки тощо. До другої групи віднесено умови контрактів, дані про постачальників і покупців, інформація про переговори, маркетингові дослідження, дані про розрахунок відпускних цін, розміри знижок тощо. У зв'язку з цим, Г. Виноградова та О. Шпак, роблять висновок, що поняття комерційної таємниці є ширшим, ніж поняття об'єкта інтелектуальної власності, який може входити до складу комерційної таємниці суб'єкта підприємницької діяльності, оскільки може включати в себе інформацію що до певних фактів, подій, явищ та продукти інтелектуальної діяльності [16]. Зважаючи на це, потрібно забезпечити захист інформації, яка є результатом інтелектуальної діяльності, так і інформації, що не містить таких ознак.

Отже, щодо співвідношення інформації, яка захищається за допомогою законодавства про інтелектуальну власність та конфіденційної інформації,

що є комерційно цінною, то воно виглядає наступним чином: комерційна таємниця не обов'язково є об'єктом інтелектуальної власності, однак інформація, що захищена законодавством про інтелектуальну власність, може бути визнана комерційною таємницею.

Ухвалюючи рішення, чи слід скористатися механізмом охорони комерційної таємниці як об'єкта інтелектуальної власності, необхідно насамперед проаналізувати переваги і недоліки такої охорони порівняно з іншими засобами охорони ІВ. Переваги комерційної таємниці полягають у тому що; 1) вона не пов'язана з і витратами на реєстрацію; 2) її дія необмежена в часі; 3) її охорона починає діяти негайно; 4) для встановлення охорони не потрібно її розкриття або реєстрація у державному органі. Водночас недоліки комерційної таємниці полягають у тому, що: 1) якщо таємниця втілена в продукті, треті; особи можуть самостійно розкрити секретну: інформацію і використовувати її на законних підставах шляхом *зворотного інжинірингу*, 2) якщо комерційна таємниця розкрита широкому загалові, охорона не надається; 3) охорона надається виключно від неналежного одержання, використання або розкриття конфіденційної інформації; 4) охорона комерційної таємниці є меншою, ніж охорона патентів; 5) комерційна таємниця не забезпечує охорони від тих, хто самостійно приходить до аналогічної ідеї, що тримається в секреті. Як наслідок, незапатентована комерційна таємниця може бути запатентована іншою особою, якщо вона буде розкрита нею самостійно. У цьому полягає відмінність комерційної таємниці від патентів на винаходи, які охороняють власників патентів навіть від тих, кому вдалося самостійно розробити аналогічне технічне рішення. Закон не передбачає покарання за добросовісне розкриття, що має бути здійснено у такі законні способи, як: 1) *самостійне створення*; комерційна таємниця не забезпечує виключності, тому потенційно будь-хто може розкрити вашу комерційну таємницю самостійно і використовувати або запатентувати її; 2) *зворотний інжиніринг* – це звична практика, яка використовується для визначення механізму функціонування

або складових продукту і яка полягає в тому, що конкурент вивчає продукт з метою його відтворення або навіть виготовлення більш досконалого.

Однак нині серед дослідників доволі поширеною є думка, що охорона результатів інтелектуальної діяльності в режимі комерційної таємниці більш перспективна, ніж захист патентом.

Комерційна таємниця має важливе значення для створення умов, що сприяють залученню до цивільного обороту ноу-хау.

В Україні як в юридичній літературі, так і на законодавчому рівні єдиний підхід до визначення «ноу-хау» не склався. Якщо в розумінні комерційної таємниці була досягнута якась єдність, що дозволила сформулювати законодавче визначення даного поняття, то з визначенням поняття ноу-хау справа йде набагато складніше. Це особливо спостерігається при узгодженості питань про співвідношення даних інститутів.

Але потрібно звернути увагу на те, що діапазон точок зору науковців з приводу співвідношення комерційної таємниці та ноу-хау, доволі широкий [17, с.574]: від заперечення будь-якої комерційної таємниці, у тому числі і ноу-хау, як об'єкта права інтелектуальної власності [18, с.285], до розповсюдження на всю комерційну таємницю [19, с.675], а не тільки на ноу-хау, інституту інтелектуальної власності [20, с. 178]. Існують, наприклад, такі основні точки зору:

- ці категорії є синонімами [21, с.11];
- ноу-хау є різновидом комерційної таємниці [22, с. 12];
- комерційна таємниця є різновидом ноу- хау [23, с.95];
- ноу-хау та комерційна таємниця є категоріями, які частково збігаються за обсягом [24, с.250];
- ноу-хау та комерційна таємниця є різними категоріями [25, с.29].

Виходячи з вищенаведеного потрібно провести порівняльний аналіз понять «комерційна таємниця» та «ноу-хау» виділивши їх загальні та відмінні риси:

- нематеріальний характер результату інтелектуальної діяльності як в першому, так і в другому випадку у формі інформації;
- зміст комерційної таємниці і ноу-хау складає конфіденційна інформація;
- відомості, які складають комерційну таємницю та ноу-хау, є ідентичними;
- дійсна або потенційна комерційна цінність інформації, яка складає комерційну таємницю і ноу-хау, через її незагальновідомість третім особам та відсутність вільного доступу до неї на законній підставі;
- і ноу-хау, і комерційна таємниця пов'язані з підприємницькою діяльністю;
- і для комерційної таємниці, і для ноу-хау відсутня вимога абсолютної секретності;
- комерційна таємниця має бути предметом, адекватних існуючим обставинам, заходів щодо збереження її секретності, вжитих суб'єктом відповідного права, а ноу-хау – предметом встановлення у договорі умов вжиття заходів щодо збереження її конфіденційності, визначених за угодою сторін;
- комерційна таємниця не може існувати за межами підприємства, а ноу-хау можуть існувати і окремо від нього;
- різні види відповідальності за порушення зобов'язань щодо збереження конфіденційності інформації, яка складає комерційну таємницю та ноу-хау. У разі порушення договірних зобов'язань щодо ноу-хау сторони несуть лише цивільно-правову відповідальність, а за порушення прав на комерційну таємницю передбачені різні види відповідальності, в тому числі і кримінальна.

Розглядаючи співвідношення понять комерційна таємниця та ноу-хау потрібно відзначити, що ноу-хау, як і комерційну таємницю, можуть складати різноманітні відомості, вичерпний перелік яких скласти неможливо. Тому в більшості випадків при визначенні даного поняття виділяються перш за все істотні, юридично значимі ознаки відповідних об'єктів. Єдина загальна

ознака, характерна для всіх існуючих визначень полягає в тому, що йдеться про сукупність конкретних знань та досвіду. В якості інших ознак вказують на можливість застосування цих знань і досвіду на практиці, комерційну цінність даної інформації та відсутність загальнодоступності. Отже, розкриття змісту ноу-хау шляхом посилання на найбільш важливі ознаки цього поняття виявляється більш реальним, ніж спроби сформулювати вичерпне визначення.

Правова природа комерційної таємниці є такою, що вона може виникнути й існувати в різних формах тільки за умови ринкової економіки.

Сутність та форми прояву комерційної таємниці в цивільних відносинах, що складаються в процесі здійснення підприємницької діяльності полягає в тому, що інформація, яка складає комерційну таємницю, може мати відношення до різних галузей (техніки, технології, економіки, виробництва, торгівлі), відображати будь-який бік діяльності підприємців, бути продуктом внутрішнього виробництва або може бути отримана за договором, але в силу невідомості її конкурентам, завдяки збереженню фірмового «секрету», має цінність в підприємницькій діяльності та набула в ринковій економіці величезну значимість. Її доля участі в успіху підприємця значно вища в порівнянні з використанням відкритої інформації або традиційних результатів інтелектуальної діяльності. Конкуренція на ринку диктує постійну необхідність в появі елементів новизни, які надають певні економічні переваги, що примушує підприємців відносити їх до комерційної таємниці та забезпечувати відповідний правовий захист.

Маючи відношення до «ноу-хау», такого роду інформація характеризує науково-технічну та технологічну сторони виробництва. Зазначена інформація відноситься і до ділової комерційної інформації, що характеризує управлінську, фінансову, маркетингову та іншу діяльність і дозволяє успішно вести справи та укласти взаємовигідні угоди.

Отже, у сфері суспільного виробництва на етапі розробки та освоєння нової техніки інформація, що складає комерційну таємницю, проявляється в

формі технічних та технологічних секретів (ноу-хау), а на етапі обміну (купівлі - продажу) товарів – в формі комерційних (ділових) секретів. Обидві форми цієї інформації охороняються інститутом комерційної таємниці.

Таким чином, специфічність комерційної таємниці полягає в тому, що вона не піддається офіційній реєстрації, опис, який складає її сутність, має конфіденційний характер і надається із серйозними застереженнями. У ліцензійних договорах, як правило, зазначають порядок і умови передачі інформації, яка складає комерційну таємницю. Цим та іншими чинниками зумовлюється потреба в окремому правовому інституті захисту такої інформації, оскільки вона в сучасних умовах набуває дедалі більшої ціни як товар і цей товар характеризується значним попитом.

1.2. Суб'єкти права на комерційну таємницю

Суб'єктом права на комерційну таємницю є особа, яка потенційно може набувати і здійснювати права та обов'язки щодо комерційної таємниці та, відповідно, бути учасником регулятивних правовідносин щодо комерційної таємниці.

Важливі законодавчі положення для з'ясування кола суб'єктів права на комерційну таємницю взагалі та суб'єктного складу правовідносин щодо комерційної таємниці зокрема містяться в ч. 2 ст. 506 ЦК України, де зазначено, що майнові права інтелектуальної власності на комерційну таємницю належать особі, яка правомірно визначила інформацію комерційною таємницею, якщо інше не встановлено договором. Аналіз цієї норми дозволяє зробити кілька висновків.

По-перше, суб'єктом прав на комерційну таємницю не може бути особа, яка неправомірно визначила інформацію комерційною таємницею, наприклад, включила до її складу відомості, які не можуть становити комерційну таємницю відповідно до закону, не володіють необхідними

ознаками конфіденційності чи комерційної цінності, або відомості, якими така особа заволоділа протиправно.

По-друге, права на комерційну таємницю можуть належати лише тій особі, яка визначила інформацію комерційною таємницею, тобто яка своїм волевиявленням засвідчила намір утримувати певні комерційно цінні відомості в режимі конфіденційності та вжила адекватних дій щодо збереження такого стану невідомості інформації. В особи, яка не вчиняла жодних активних дій, спрямованих на забезпечення правової охорони комерційної таємниці, права на неї не виникають.

Питання про суб'єктів права на комерційну таємницю не отримало однозначного вирішення як в законодавстві України, так і в правовій доктрині.

Зі змісту ст.ст. 36 і 162 ГК України випливає, що дані норми спрямовані на охорону комерційної таємниці, володарем якої виступає суб'єкт господарювання.

У ЦК України коло власників комерційної таємниці ширше. У розділі 46 «Право інтелектуальної власності на комерційну таємницю» він взагалі не визначений. Загальний перелік суб'єктів права інтелектуальної власності, куди включена інтелектуальна власність на комерційну таємницю, дано в ст.421 ЦК: «Суб'єктами права інтелектуальної власності є: творець (творці) об'єкта права інтелектуальної власності (автор, виконавець, винахідник тощо) та інші особи, яким належать особисті немайнові та (або) майнові права інтелектуальної власності відповідно до цього Кодексу, іншого закону чи договору ».

Таке формулювання не суперечить визначенню суб'єкта права на комерційну таємницю в ГК. Більш того, в ст.162 ГК вказується: «Особа, самостійно і сумлінно отримало інформацію, яка є комерційною таємницею, має право використовувати цю інформацію на свій розсуд». Цілком очевидно, що в числі цих осіб можуть бути не тільки суб'єкти господарської діяльності.

У той же час, комерційна таємниця не може існувати поза межами суб'єкта господарювання, тому особи, що не займаються господарською діяльністю, самостійно і сумлінно отримали інформацію, яка потенційно здатна перебувати в режимі комерційної таємниці, мають можливість використовувати її для особистих цілей або ж передати на оплатній основі дану інформацію суб'єкту господарювання (тоді інформація передаються як ноу-хау). Для зазначених осіб – це об'єкт особливого роду, який може виступати товаром, але не комерційною таємницею.

Оскільки інформація, що потенційно представляє комерційну таємницю, повинна мати комерційну цінність, то логічно припустити, що суб'єктами права на комерційну таємницю виступають перш за все суб'єкти підприємницької діяльності (в тому числі і фізичні особи-суб'єкти підприємницької діяльності). Так, А.П. Сергеев зазначає, що серед юридичних осіб суб'єктами права на комерційну таємницю є перш за все ті, які відносяться до комерційних організацій. Юридичні особи, які є некомерційними організаціями, також можуть мати право на комерційну таємницю, якщо справа стосується відомостей, що відносяться до дозволеної їм підприємницької діяльності [19, с. 626].

Для точного визначення суб'єктів права на комерційну таємницю, а також обсягу належних їм прав, проаналізуємо учасників господарських відносин, виходячи з того, чи можуть вони бути суб'єктом права на комерційну таємницю виходячи з їх правового статусу, господарської компетенції.

Суб'єкти підприємницької діяльності. Дані суб'єкти виступають основними користувачами комерційно цінної інформації. Вони згідно ст. 506 ГК України мають такі майнові права:

а) право на використання комерційної таємниці. Дане право означає виключне використання комерційної таємниці правовласником шляхом обмеження незаконного використання комерційної таємниці без згоди власника авторських прав. Однак, дане право допускає одночасне

використання об'єктів комерційної таємниці кількома законними правовласниками. Наприклад, суб'єкт підприємницької діяльності може використовувати інформацію, що становить комерційну таємницю, у власному виробництві;

б) виключне право дозволяти використання комерційної таємниці. Тобто передавати інформацію на договірній основі іншим суб'єктам господарювання (наприклад, за договором комерційної концесії, договору про передачу ноу-хау, змішаного ліцензійним договором, договором підряду на виконання проектних та вишукувальних робіт, договору на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт) , вносити майнові права інтелектуальної власності на комерційну таємницю в якості внеску в господарське товариство, зробити інформацію загальнодоступною (що означає припинення режиму комерційної таємниці). Оплатна передача комерційної таємниці веде до появи нового власника, який може сам розпоряджатися отриманою комерційною таємницею;

в) виключне право перешкоджати неправомірному розголошенню, збиранню або використанню комерційної таємниці. Тобто суб'єкт підприємництва може приймати відповідні організаційно-технічні, правові заходи щодо попередження неправомірного використання комерційної таємниці, в порядку, встановленому законодавством, захищати право на комерційну таємницю. Дане право має певну особливість в силу специфіки правового режиму комерційної таємниці: законний власник комерційної таємниці - це фактичний, а не юридичний монополіст. Зазначена особливість проявляється в тому, що власник права на комерційну таємницю вправі забороняти третім особам зазіхати на відомості, що становлять комерційну таємницю, за допомогою незаконних засобів і способів (фактична монополія), але не може протистояти отримання третіми особами таких відомостей законними способами (юридична монополія) ;

г) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Наприклад, Г.Д. Отнюкова виділяє право відтворювати інформацію,

знищувати непотрібну інформацію [26, с. 58]. В.А. Копилов виділяє право отримувати грошову винагороду, в тому числі обґрунтовану частку доходу від використання ноу-хау [27, с. 280]. Тобто перелік правомочностей суб'єктів підприємницької діяльності відкрито і при необхідності може бути доповнений новими.

Право на комерційну таємницю виникають у суб'єкта господарювання з моменту державної реєстрації, отримання у випадках, передбачених законодавством, відповідних ліцензій, а також по здійсненню певних дій для встановлення режиму комерційної таємниці (прийняття на підприємстві Положення про комерційну таємницю, затвердження керівником Переліку відомостей, що становлять комерційну таємницю, впровадження відповідних організаційно-технічних заходів щодо захисту інформації, що становить комерційну таємницю).

Зокрема, виділяють три необхідні умови виникнення права на комерційну таємницю: виділення відомостей, що становлять комерційну таємницю, складання переліку осіб, допущених до роботи з комерційною таємницею, затвердження правил, що регламентують порядок ознайомлення з такими відомостями.

А.В. Коломієць істотно збільшує перелік обставин, за наявності яких виникає право на комерційну таємницю. Він зазначає, що виникнення права на комерційну таємницю не можна пов'язувати з моментом державної реєстрації. Воно виникає тільки після здійснення новоствореним суб'єктом господарювання юридичних фактів, які лежать в основі права на комерційну таємницю. Автор класифікує юридичні факти на об'єктивні умови виникнення права на комерційну таємницю і суб'єктивні. Об'єктивні умови знаходять відображення в нормах законів та інших нормативно-правових актах. До суб'єктивних умов він відносить самостійно застосовувані законним власником заходи з охорони конфіденційності інформації.[28, с. 59-61].

Наявність у суб'єкта підприємницької діяльності права на комерційну таємницю передбачає дотримання ним певних обов'язків. Однією з основних обов'язків є прийняття суб'єктом господарювання відповідних організаційних, технічних, правових заходів по встановленню режиму комерційної таємниці.

Також майнове право власника комерційної таємниці дозволяти використання комерційної таємниці накладає на нього певні обов'язки по окремим видам договорів. Зокрема, це обов'язок дотримуватися антимонопольно-конкурентного законодавства при встановленні умов конфіденційності, меж поширення продукції, виробленої вторинним правовласником з використанням інформації, що передається за договором технології, в договорах про передачу комерційній таємниці (договір про передачу ноу-хау, договір підряду тощо).

Суб'єктами права на комерційну таємницю є й суб'єкти некомерційної господарської діяльності.

Згідно ст.52 Господарського кодексу України некомерційна діяльність – це самостійна систематична господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання, спрямована на досягнення економічних, соціальних та інших результатів без мети одержання прибутку. Некомерційні господарські організації відповідно до ст. 86 ГК України наділені обмеженим правом на заняття підприємницькою діяльністю. Вони можуть здійснювати підприємницьку діяльність, якщо інше не встановлено законом, і якщо ця діяльність відповідає цілям, для яких вони були створені, та сприяє їх досягненню. Тобто право на комерційну таємницю у некомерційних організацій має певні обмеження. Зокрема, не можуть становити комерційну таємницю відомості про діяльність благодійної організації. Головною метою благодійної організації є здійснення благодійності в інтересах суспільства або окремих категорій осіб. Дана організація, збираючи добровільні безкорисливі пожертви фізичних і юридичних осіб, надає нужденним

матеріальну, фінансову, організаційну чи іншу допомогу. Тому її діяльність повинна бути повністю відкритою для громадськості.

Право на комерційну таємницю у некомерційних (непідприємницьких) організацій обмежена використанням комерційної таємниці тільки в цілях отримання прибутку, яка може бути спрямована на реалізацію поставлених перед організацією завдань. Однак в окресленій царині комерційна таємниця для некомерційних (непідприємницьких) організацій має не менш важливе значення, ніж для комерційних (підприємницьких) суб'єктів господарювання.

Так, науково-дослідні інститути, інші наукові організації можуть працювати на комерційній основі і мати повноцінну комерційну таємницю. Обсяг майнових прав та обов'язків, умови виникнення права на комерційну таємницю збігаються з комерційними організаціями.

Фізичні особи без статусу суб'єкта підприємницької діяльності також можуть виступати суб'єктами права на комерційну таємницю. У числі даної категорії осіб можна виділити: фізичних осіб, які перебувають у трудових відносинах із суб'єктом господарювання, яким стала відома комерційна таємниця в зв'язку з виконанням службових обов'язків, фізичних осіб, які отримали комерційну таємницю в силу цивільно-правового договору, а також фізичних осіб, які виступають в цивільному обороті в якості споживачів. Перші дві категорії виступають користувачами (конфідент) комерційної таємниці. Вони мають право використовувати комерційну таємницю в обсягах, визначених у трудовому, цивільно-правовий договір, і зобов'язані не розголошувати отриману інформацію третім особам, не використовувати її в протиправних цілях. Користувачі комерційної таємниці не можуть бути суб'єктами права на комерційну таємницю.

Не менш суперечливим є питання про можливість закріплення за фізичною особою, виступаючим просто споживачем в цивільному обороті, права на комерційну таємницю. В.О. Калятін підкреслює, що немає перешкод для набуття фізичною особою (яка не є суб'єктом підприємницької діяльності) права на використання відповідної комерційної таємниці [29, с.

412]. Доповнюючи його, А.В. Коломієць зазначає, що фізична особа може отримати у спадок майновий комплекс, до складу якого входить і комерційна таємниця. Тим самим він стає законним власником комерційної таємниці, не маючи статусу суб'єкта підприємницької діяльності [28, с. 49].

Слід зазначити наступне: від того, що на підприємстві змінився власник, саме підприємство не перестало існувати як суб'єкт господарської діяльності. Підприємству як було, так і буде належати закріплене за ним майно на праві власності або інші речові права. Сам же спадкоємець може і не ознайомитися з інформацією, яка становить комерційну таємницю, а керівництво підприємством довірити уповноваженому на те органу. Суб'єктом права на комерційну таємницю є її власник, але реалізувати своє право він може через суб'єкта господарювання, оскільки поза господарської діяльності не може бути комерційної таємниці.

Правом на доступ до комерційної таємниці мають органи державної влади, місцевого самоврядування в рамках закріпленої за ними компетенції для реалізації поставлених перед ними завдань. Органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові особи наділені організаційно-господарськими повноваженнями щодо суб'єктів господарювання. Вони здійснюють прогнозування та планування економічної діяльності, ліцензування, патентування, квотування, стандартизацію та сертифікацію, на них накладається обов'язок справляння податків, обов'язкових платежів, обмеження монополізму та сприяння конкуренції у сфері господарювання, державного контролю та нагляду за господарською діяльністю. Для реалізації перерахованих завдань органи державної влади, місцевого самоврядування повинні мати право доступу до внутрішньої інформації суб'єкта господарювання, в тому числі і тієї, яка становить комерційну таємницю. Вони не можуть використовувати цю інформацію в особистих корисливих цілях, і отримують її лише в обсягах, встановлених законодавством.

Серед суб'єктів права на комерційну таємницю Ю.В. Носік виділяє державу Україна, Автономну Республіку Крим і територіальні громади, які

відповідно до ст. ст. 167-169 ЦК України діють у цивільних відносинах на рівних правах з іншими учасниками цих відносин [30]. Автор зазначає, що проведений аналіз дає підстави для висновку, що об'єктивних економіко-правових обставин, які б перешкождали державі, АР Крим, територіальним громадам та іншим суб'єктам публічного права вступати у цивільні правовідносини щодо комерційної таємниці, не існує. Положення ЦК України про те, що держава, АР Крим і територіальні громади діють у цивільних відносинах на рівних правах з іншими учасниками цих відносин є нормою-принципом, яка водночас свідчить про універсальний обсяг правосуб'єктності таких публічних утворень. Названі публічні утворення відповідно до своєї правової природи та обсягу належної їм правосуб'єктності здатні набувати майнові права інтелектуальної власності на комерційну таємницю різноманітними способами (на підставі договорів, у порядку правонаступництва, спадкування тощо), бути носіями таких прав і здійснювати їх. Тому вживане в Главі 46 ЦК України поняття “особа” має зазнавати розширеного тлумачення з включенням в його обсяг не тільки юридичних та фізичних осіб, а також і публічних утворень: держави Україна, АР Крим, територіальних громад, іноземних держав та інших суб'єктів публічного права.

Крім того, що законодавством не обмежується коло суб'єктів права на комерційну таємницю, відсутні також будь-які спеціальні статусні вимоги до таких суб'єктів. Відповідно, суб'єктами права на комерційну таємницю в Україні можуть бути не лише громадяни та юридичні особи України, а й іноземці, особи без громадянства та іноземні юридичні особи на рівні з національними суб'єктами права на комерційну таємницю.

На основі положень Закону України “Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства” [31] можна стверджувати, що стосовно комерційної таємниці іноземці та особи без громадянства в Україні мають такі ж права й обов'язки, як і громадяни України, в тому числі у сфері підприємництва, зовнішньоекономічної та трудової діяльності. Іноземці та особи без

громадянства користуються таким же правовим захистом своїх прав на комерційну таємницю, як і громадяни України, а також на рівних підставах і в однаковому обсязі з останніми несуть відповідальність за порушення прав інших осіб на комерційну таємницю та невиконання відповідних своїх обов'язків.

Проаналізовані категорії учасників господарських відносин дозволяють виділити суб'єктів права на комерційну таємницю (суб'єкти підприємницької діяльності, в тому числі фізичні особи-суб'єкти підприємництва, некомерційні організації) і учасників відносин, що складаються з приводу комерційної таємниці (органи державної влади, місцевого самоврядування, фізичні особи без статусу суб'єкта підприємницької діяльності, суб'єкти публічного права). Перша категорія реалізує широкий спектр правомочностей по відношенню до комерційної таємниці (хтось більшою, хтось меншою мірою), друга категорія виступає тільки в якості користувачів (конфідентів) інформації, що становить комерційну таємницю.

1.3. Правові гарантії охорони та захисту комерційної таємниці суб'єкта господарювання

Однією з необхідних умов існування закріпленого в законодавстві права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю є наявність гарантій, що забезпечують дане право. Реальність основних прав і свобод – це такий стан, коли кожен індивід не тільки за законом, а й фактично володіє цими правами і свободами. Без реалізації право втрачає свій соціальний зміст і призначення [32, с. 411]. Реальне існування права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю має базуватись на ряді гарантій.

В теорії права виділяють гарантії суб'єктивного права і охоронюваного інтересу, які включають економічні, політичні, ідеологічні та юридичні засоби, що забезпечують постійне вдосконалення змісту суб'єктивних прав і інтересів, їх реальне здійснення, а в необхідних випадках – ефективний

захист. Тобто гарантія являє собою систему умов, засобів і способів, що забезпечують всім і кожному рівні можливості для виявлення, придбання і реалізації своїх прав і свобод.

Головне призначення гарантій – забезпечення блага або інтересу. Тобто згідно зі ст. 162 ГК України та ст. 505 ЦК України суб'єкт господарювання повинен вживати відповідних заходів з охорони конфіденційності інформації, яка становить його комерційну таємницю. Без прийняття відповідних заходів право на комерційну таємницю взагалі може не виникнути.

Вичерпного переліку заходів, прийняття яких забезпечує режим комерційної таємниці, в законодавстві немає. Ст. 505 ЦК України лише вказує на те, що інформація повинна бути предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності. Більш того, охороздатність комерційної таємниці буде оцінюватися судом вже на стадії розгляду справи. При цьому, тягар доведення покладається на ту сторону, яка вважає, що вона є законним власником комерційної таємниці і її права порушені. Наприклад, прийняття на підприємстві локальних актів, що визначають, яка інформація становить режим комерційної таємниці, маркування документів, які містять відомості, що становлять комерційну таємницю, прийняття відповідних організаційно-технічних заходів виступають гарантом того, що при порушенні право на комерційну таємницю буде відновлено або належним чином компенсовано .

Реалізація права на комерційну таємницю забезпечується створенням певних умов, які мають комплексний характер і складають систему гарантій забезпечення права на комерційну таємницю.

Аналіз нормативно-правових актів, які визначають правовий режим комерційної таємниці, а також специфіка комерційної таємниці як об'єкта правового регулювання дозволяє зробити таку класифікацію гарантій збереження комерційної таємниці на гарантії, що забезпечують: реалізацію права на комерційну таємницю; охорону комерційної таємниці; захист права

на комерційну таємницю; гарантії, залучення до юридичної відповідальності за порушення права на комерційну таємницю.

До гарантій, що забезпечує реалізацію права на комерційну таємницю, відносяться:

а) конституційні гарантії. Ст.ст. 41, 42, 54 Конституції України, які закріплюють право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності, на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом; свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості [33];

б) гарантії, закріплені в Законі України «Про інформацію», що носять міжгалузевий характер: що визначають право на інформацію, забезпечене наявністю відповідних режимів, в тому числі режиму конфіденційності щодо інформації комерційного характеру [34];

в) гарантії, закріплені в ГК України. Ст. 47 ГК України встановлює загальні гарантії прав підприємців, незалежно від обраних ними організаційних форм підприємницької діяльності. Держава надає рівні права і можливості для залучення і використання матеріально-технічних, фінансових, трудових, інформаційних, природних та інших ресурсів [8];

г) гарантії, закріплені в ЦК України (ст. 506 ЦК України закріплює майнові права інтелектуальної власності на комерційну таємницю) [9].

До гарантій, що забезпечують охорону комерційної таємниці суб'єкта господарювання, відносяться:

а) гарантії, закріплені в ГК України. Держава гарантує недоторканність майна і забезпечує захист майнових прав підприємця. Вилучення основних і оборотних фондів, іншого майна допускається відповідно до ст.41 Конституції України на підставах і в порядку, передбачених законом. Згідно ч.3 ст.162 ГК України особа, протиправно використовує комерційну таємницю, зобов'язана відшкодувати завдані суб'єкту господарювання збитки;

б) гарантії, закріплені в ЦК України. Згідно ст. 507 ГК України органи державної влади зобов'язані охороняти від недобросовісного комерційного використання інформацію, яка є комерційною таємницею;

в) процесуальні гарантії, закріплені в ГПК.

г) організаційно-правові гарантії, що встановлюються власником комерційної таємниці.

У законодавстві визначено лише можливість застосування зазначених гарантій. Так, ст. 36 ГК України встановлює: склад і обсяг інформації, що становить комерційну таємницю, способи їх захисту визначаються суб'єктом господарювання відповідно до закону. Ст.162 ГК України та ст. 505 ЦК України закріплюють за законним власником комерційної таємниці правомочність на прийняття відповідних (адекватних існуючим обставинам) заходів з охорони конфіденційності комерційної таємниці. Тобто обсяг і характер заходів встановлюється кожним суб'єктом господарювання самостійно. Їх вибір залежить від багатьох факторів: характеру інформації, яка знаходиться в режимі комерційної таємниці, способу об'єктивізації інформації, кількості осіб, які мають законний доступ до інформації, що становить комерційну таємницю тощо. Як справедливо відзначається в юридичній літературі, життєвість права на комерційну таємницю залежить насамперед від самого правовласника, від повноти та ефективності вжитих заходів щодо збереження його фактичної монополії на інформацію [28, с. 58].

Однак, можна виділити ряд заходів, що гарантують збереження комерційної таємниці, які мають загальний характер для всіх суб'єктів господарювання. Перш за все, до таких заходів слід віднести необхідність прийняття керівником господарюючого суб'єкта ряду локальних (організаційно-розпорядчих) актів, які встановлюють правовий режим комерційної таємниці. Це положення про організацію захисту комерційної таємниці, в якому передбачається порядок визначення відомостей, які підлягають захисту в якості комерційної таємниці, організація правомірного доступу співробітників до відомостей, що становлять комерційну таємницю,

порядок роботи з відомостями, що становлять комерційну таємницю, участь співробітників в захисті відомостей, що становлять комерційну таємницю. Керівник повинен окремим наказом затвердити перелік відомостей, що становлять комерційну таємницю суб'єкта господарювання, а також перелік співробітників, допущених до відомостей що становлять комерційну таємницю.

Наступним необхідним заходом є охорона комерційної таємниці в трудових відносинах. Саме працівники, які перебувають з власником комерційної таємниці в трудових відносинах, найчастіше розголошують комерційно цінну інформацію.

Також іноді важко відокремити досвід, самостійно придбаний працівником, що становить його ноу-хау, яким він може розпоряджатися на свій розсуд, від досвіду та інформації, які отримані тільки завдяки ресурсам господарюючого суб'єкта. Наприклад, у справі «Japan v Німсі» відповідач, член технологічного відділу провідної хімічної компанії в Осаці, залишив свою службу, взявши з собою матеріал, призначений для використання у виробництві вінілхлориду, а також підшивку документів, що містять повідомлення про нові способи виробництва вінілхлориду. Всі матеріали компанія зберігала в секреті. Суд визнав цінність таких матеріалів і застосував ст.253 Кримінального кодексу [35, с. 36].

Показовим є приклад із судової практики США. Компанія Dow звинуватила General Electric в тому, що остання переманила 14 експертів, раніше працюючих в Dow, в тому числі інженера Кауфмана, з метою отримання від них інформації, що становить комерційну таємницю Dow. На підтвердження висунутого звинувачення Dow посилалася на доповідь по маркетингу, написаний інженером Кауфманом для General Electric, що містить інформацію, яку Кауфман міг отримати, на думку представників Dow, тільки під час роботи в їхній компанії.

Суд встановив, що, хоча відомості, зазначені в доповіді, і були отримані Кауфманом під час роботи на Dow, дії Кауфмана не можуть

розглядатися як розголошення комерційної таємниці, оскільки ці відомості були оприлюднені на публічній презентації, організованій офіційними представниками Dow, на якій був присутній і Кауфман. Крім того, багато знань, як практичних, так і теоретичних, Кауфман придбав в Каліфорнійському Інституті Технологій. Незаперечні свідчення говорять і на користь того, що він влаштувався на роботу в Dow і приніс з собою великі знання. На думку суду, тут можна говорити про сумлінне придбання інженером Кауфманом відповідних відомостей. Що стосується набутого досвіду, то тут неможливо провести чіткої межі. Ясно лише, що більшість знань інженер отримав поза стінами компанії [36, с. 86].

З метою припинення використання досвіду колишніх працівників конкуруючими компаніями, іноземні суб'єкти господарювання використовують наступний прийом: в трудовому договорі обумовлюють умову, згідно з якою працівник після звільнення не буде працювати протягом певного часу у конкуруючих фірм з виплатою винагороди за дотримання вказаної умови. Однак цей спосіб не має дієвих способів правового захисту в разі порушення звільнилися працівником взятих на себе зобов'язань.

Як видається, найбільш оптимальним варіантом є закріплення в законодавстві положення, згідно з яким особа, яка перебувала у трудових відносинах з власником комерційної таємниці, протягом певного часу після припинення трудового договору не повинна розголошувати відомості які стали йому відомі. Несумлінне використання, розголошення комерційної таємниці особою, яка перебуває в трудових відносинах з суб'єктом господарювання в момент порушення або протягом встановленого законом терміну після закінчення трудового договору слід розглядати як одну з форм недобросовісної конкуренції.

Цікава точка зору Пола Лавер з приводу критеріїв, що дозволяють розмежувати власний досвід працівника і набутий при виконанні службових обов'язків. Він зазначає, що при вирішенні питання, чи становить інформація торговий секрет чи ні, суд повинен враховувати наступні фактори:

– характер діяльності особи, яка обвинувачується в розголошенні комерційної таємниці: чи є властивим для такого працівника доступ до конфіденційного матеріалу. Якщо це так, то потрібно довести, що працівник усвідомлював конфіденційність відомостей, до яких він мав доступ;

– характер інформації. Конкретні види секретної інформації: виробничі технології або наукові формули для використання в фармацевтичних або інших виробках з більшою ймовірністю можуть бути розцінені як торгові секрети, які підлягають нерозголошенню після звільнення з даного підприємства. Інформація більш загального характеру, швидше за все буде розцінена як частина придбаного працівником вміння і знання;

– чи довів роботодавець до працівника, що інформація є конфіденційною;

– характер заходів, прийнятих підприємцем до охорони конфіденційної інформації;

– наскільки легко віддільна дана конфіденційна інформація від інформації, якою працівник може вільно розпоряджатися;

– тривалість часу після моменту витоку інформації;

– ступінь цінності секретної інформації для підприємця;

– Наскільки легко (або важко) було для інших осіб придбати інформацію законним шляхом або розмножити її;

– ступінь запам'ятовування інформації. Якщо інформація не може легко відтворюватися і є складною для сприйняття та запам'ятовування, вона не може бути розцінена як частина набутих умінь і знань, які він може вільно використовувати після звільнення з роботи. Якщо інформація досить проста, щоб її запам'ятати, вона може бути розцінена як частина придбаних ним знань і умінь. Однак ця обставина не матиме вирішального значення для справи. При наявності більшості обставин на користь визначення інформації як конфіденційної, вона буде визнана торговим секретом незважаючи на її легку запам'ятовуваність. Хімічні формули, на виведення яких витрачені

роки, але легко запам'ятовуються – одні з прикладів такого торгового секрету [37, с. 234-236].

Зазначені критерії можуть послужити підставою для розмежування при складанні договору власного досвіду і знань працівника від знань і досвіду, які придбані ним при виконанні службових обов'язків.

Крім цього, виходячи із запропонованих Полом Лавер критеріїв, суб'єкту господарювання доцільно укласти з працівником угоду про дотримання режиму комерційної таємниці. При необхідності ознайомлення працівника з інформацією, що становить комерційну таємницю, в силу покладених на нього службових обов'язків, під розпис довести йому таку інформацію з вимогою підписати зобов'язання: «я повідомлений, що справжній перелік відомостей становить комерційну таємницю організації, з якою я перебуваю в трудових відносинах. Зобов'язуюся не розголошувати зазначену інформацію, не повідомляти її усно або письмово будь-кому, не передавати її державним органам без повідомлення керівника, в разі звільнення не розголошувати і не використовувати для себе або інших. Я попереджений, що в разі порушення даного зобов'язання, я повинен відшкодувати завдані збитки, а також можу бути притягнутий до дисциплінарної або кримінальної відповідальності відповідно до закону ». Доцільно складання Пам'ятки працівникові про збереження комерційної таємниці. Для стимулювання дотримання режиму комерційної таємниці можлива виплата працівникам компенсацій за взяту ним на себе обов'язок зберігати комерційну таємницю.

Можна виділити також гарантії, спрямовані на збереження комерційної таємниці в договірних правовідносинах (договір про передачу ноу-хау, комерційна концесія тощо). В Україні подібні гарантії найчастіше обмежуються застереженням в договорі про збереження конфіденційності переданої інформації. Тим часом, в ЄС і зарубіжних країн активно використовуються прийоми так званої обмежувальної ділової практики. Зарубіжні юристи пропонують використовувати наступні застереження при

укладанні договору про передачу ноу-хау: «конфіденційність: дійсність цього контракту ні в якій мірі не залежить від того, чи є « ноу-хау » за своєю природою секретним чи ні. Одержувач визнає, що «ноу-хау», наскільки йому відомо, не є загальним надбанням, а ефективно засекречений. Одержувач також визнає, що у нього немає цього «ноу-хау» і що, наскільки йому відомо, жодне підприємство ним не володіє. Одержувач зобов'язується вжити всіх заходів проти розкриття «ноу-хау» на території (визначеної договором) і за її межами, а також зробити все, щоб запобігти його передачу прямо або побічно третім особам. Зокрема, одержувач: гарантує, що вся інформація і документи, які він отримує за цим договором, залишаються строго конфіденційними; зобов'язується запобігати розкриття «ноу-хау» службовцями, посадовими особами та контрагентами одержувача. Будь-яке порушення одержувачем зазначених зобов'язань дозволить постачальнику анулювати цей контракт без звернення до суду» [7].

У договорі обумовлюються також «території виключного права», «території невиключного права», «зони експорту» [7]. Ліцензіату надається право по виготовленню продукції і з продажу (експорту) продукції лише в межах територій, чітко визначених у договорі. Якщо ліцензіат порушить ці умови, в контракті може бути передбачено право ліцензіара відмовитися від виконання угоди без звернення до арбітражу, причому в цьому випадку ліцензіар залишає за собою право вимагати відшкодування витрат, що виникли в результаті порушення, включаючи упущену вигоду [7].

У нашій правовій системі також існує можливість застосування подібних заходів. Так, відповідно ст.ст.235, 236 ГК України в господарських договорах сторони можуть передбачати оперативно-господарські санкції: заходи оперативного впливу на правопорушника з метою припинення або попередження повторення порушення зобов'язання, що застосовуються сторонами в односторонньому порядку.

Для охорони своїх інтересів продавець ноу-хау часто використовує застереження про заборону конкуренції протягом певного часу після

закінчення терміну дії договору про передачу ноу-хау. Така практика спостерігається в ФРН. Наприклад, покупець ноу-хау не повинен здійснювати в певній галузі діяльність взагалі або протягом тривалого часу зокрема. Однак, такі застереження не повинні суперечити добрим звичаям [7]. Заборони дійсні лише тоді, коли після припинення договору ще не втрачена секретність, і лише відносно тієї продукції, яка виробляється з використанням переданого за договором ноу-хау.

До гарантій, що забезпечує захист права на комерційну таємницю, відносяться:

а) конституційні гарантії, що закріплюють захист інтелектуальної власності, моральних та інтелектуальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності; Конституція гарантує захист державою конкуренції у підприємницькій діяльності, недопущення неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції;

б) гарантії, закріплені в ГК України та ЦК України, що передбачають способи захисту, а також умови їх застосування.

До гарантій, що забезпечує можливість притягнення до юридичної відповідальності за порушення права на комерційну таємницю, відносяться:

а) гарантії, закріплені в КК України (ст.231 Кримінального Кодексу України «Незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну таємницю», ст.232 КК України «Розголошення комерційної таємниці») [38];

б) гарантії, закріплені в Кодексі України про адміністративні правопорушення (ч.3 ст.1643 КпАП України, яка встановлює відповідальність за отримання, використання, розголошення комерційної таємниці з метою заподіяння шкоди діловій репутації або майну іншого підприємця) [39];

в) гарантії, закріплені в ГК України, Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» (ст.ст.16-19 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», ст. 36 ГК України, яка визначає

недобросовісною конкуренцією неправомірне збирання, розголошення, схилення до розголошення та неправомірне використання комерційної таємниці, а також ст.ст.20-26 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», що передбачають відповідальність за недобросовісну конкуренцію).

Можна констатувати, що за порушення права на комерційну таємницю, передбачені наступні види відповідальності: господарсько-правова (ст.36 ГК України, ст.ст.20-26 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»), цивільно-правова (ст. 24 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», що передбачає відшкодування збитків), адміністративна (ч.3 ст.1643 КпАП), кримінальна (ст.ст.231, 232 КК). При цьому, норми КК і КпАП спрямовані на захист добросовісної конкуренції та дублюють ознаки протиправності діянь, закріплені в Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

Важливою юридичною гарантією прав і інтересів є створення і функціонування всеохоплюючої системи форм захисту суб'єктивного права, а також постійне вдосконалення засобів і способів захисту права і охоронюваного законом інтересу. Однак не слід повністю ототожнювати гарантії з відповідальністю і захистом права. Сама юридична відповідальність, а також система захисту права на комерційну таємницю не можуть забезпечити реалізацію права в тих випадках, коли відсутня можливість певної поведінки законного володаря комерційної таємниці. Дані гарантії носять винятковий особливий характер. Наявність відповідальності, побоювання застосування санкції можуть бути віднесені до гарантій прав в якості умов, які забезпечують їх безперешкодне та ефективне здійснення. У той же час не можна категорично стверджувати, що інститут відповідальності зовсім не має причетності до гарантій. Це гарантії іншого рівня, гарантії, що забезпечують законність у сфері використання комерційної таємниці.

Таким чином, проведене дослідження дозволяє виділити наступні правові гарантії: гарантії, які забезпечують реалізацію права на комерційну таємницю; гарантії, які забезпечують охорону комерційної таємниці; гарантії, які забезпечують захист права на комерційну таємницю; гарантії, що забезпечують можливість притягнення до юридичної відповідальності за порушення права на комерційну таємницю. При використанні обмежувальних застережень в договорах про передачу ноу-хау неприпустимо порушення правил конкуренції.

Висновки до розділу 1 .

На сьогодні відсутній окремий спеціальний закон про комерційну таємницю та її правову охорону, а правовідносини щодо комерційної таємниці регулюються окремими положеннями Цивільного кодексу України (ЦК), Господарського кодексу України (ГК), Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» та іншими нормативними актами, в тому числі міжнародними.

Основне визначення комерційної таємниці міститься в ст.505 Цивільного кодексу України: інформація є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію.

Юридично значимими ознаками, необхідними і достатніми для визнання інформації комерційною таємницею суб'єкта господарювання, є наступні:

- комерційною таємницею може визнаватися лише інформація;
- інформація, яка становить комерційну таємницю, не потребує офіційного визнання її охороноспроможності, реєстрації чи дотримання інших формальних процедур для поширення на неї правової охорони;

– це інформація технічного, організаційного, комерційного, виробничого та іншого характеру, що пов'язана з підприємницькою діяльністю; не є державною таємницею, або інформацією, яка відповідно не може належати до комерційної таємниці; згідно норм вітчизняного законодавства є об'єктом права інтелектуальної власності суб'єкта підприємницької діяльності, використання якої не завдасть шкоди суспільству;

– така інформація має бути не відомою та не легкодоступною для інших осіб;

– зазначена інформація має бути предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію;

– зміст та об'єм комерційної таємниці встановлюється володільцем інформації на власний розсуд;

– необмеженість строку її захисту.

Сукупність усіх вище зазначених факторів дає підстави вважати інформацію комерційною таємницею.

Спірним моментом при визначенні шляхів удосконалення чинного законодавства є проблема віднесення комерційної таємниці до об'єктів інтелектуальної власності. Проаналізувавши норми міжнародного та національного законодавства, а також ряд наукових праць, щодо співвідношення інформації, яка захищається за допомогою законодавства про інтелектуальну власність та конфіденційної інформації, що є комерційно цінною, то воно виглядає наступним чином: комерційна таємниця не обов'язково є об'єктом інтелектуальної власності, однак інформація, що захищена законодавством про інтелектуальну власність, може бути визнана комерційною таємницею.

Проаналізовані категорії учасників господарських відносин дозволяють виділити суб'єктів права на комерційну таємницю (суб'єкти підприємницької діяльності, в тому числі фізичні особи-суб'єкти підприємництва, некомерційні організації) і учасників відносин, що складаються з приводу

комерційної таємниці (органи державної влади, місцевого самоврядування, фізичні особи без статусу суб'єкта підприємницької діяльності, суб'єкти публічного права). Перша категорія реалізує широкий спектр правомочностей по відношенню до комерційної таємниці (хтось більшою, хтось меншою мірою), друга категорія виступає тільки в якості користувачів (конфідентів) інформації, що становить комерційну таємницю.

Проведене дослідження дозволяє виділити наступні правові гарантії щодо комерційної таємниці: гарантії, які забезпечують реалізацію права на комерційну таємницю; гарантії, які забезпечують охорону комерційної таємниці; гарантії, які забезпечують захист права на комерційну таємницю; гарантії, що забезпечують можливість притягнення до юридичної відповідальності за порушення права на комерційну таємницю.

РОЗДІЛ II

ОРГАНІЗАЦІЯ СИСТЕМИ ОХОРОНИ КОМЕРЦІЙНОЇ ТАЄМНИЦІ СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ

2.1. Юридичне закріплення права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю

Та для того, щоб якась інформація охоронялась як комерційна таємниця одного бажання мало. Підприємство має здійснити певні дії, що спрямовані на засекречування інформації та запобігання її розголошенню.

Основною ціллю підприємства, яке має інформацію, яка для нього важлива як комерційна таємниця, є забезпечення її зберігання в секреті й нерозголошення.

Якщо особа – суб'єкт підприємницької діяльності має намір скористатися своїми правами на комерційну таємницю, то вона повинна спланувати й організувати дії правового характеру.

Передусім – це внесення відповідних положень до установчих документів.

В установчих документах з посиланням на статті 505, 506 ЦК України [8] та статті 36, 135, 155, 162 ГК України [9] передбачити право підприємства відносити інформацію, що йому належить, до комерційної таємниці та право приймати внутрішні документи, якими визначається її склад, обсяг та порядок захисту інформації, що є конфіденційною або комерційною таємницею.

Необхідно, також закріпити право підприємства не виконувати вимоги правоохоронних органів і органів контролю, посадових осіб, і інших органів державного управління, за відсутності у них законних повноважень та підстав на ознайомлення з такою категорією інформації та право підприємства розробляти внутрішню документацію, згідно якої визначається

порядок надання інформації, що віднесена до комерційної таємниці, на вимогу вищезазначених органів у випадку наявності у них повноважень, встановлених законом.

У випадках, коли внеском одного з засновників товариства до статутного капіталу були такі права на об'єкт інтелектуальної власності як комерційна таємниця, то визначити порядок доступу до цієї інформації інших засновників.

Цим самим підприємство юридично закріплює своє право перешкоджати розголошенню інформації, яка становить його комерційну таємницю.

Власне наявність у підприємства якоїсь секретної інформації не створює її комерційної цінності. Ця цінність набувається внаслідок використання такої інформації. Використовує же секретну інформацію в цілях діяльності підприємства найманий персонал [40, с. 78].

Для врегулювання правовідносин з трудовим колективом щодо комерційної таємниці відповідні положення доцільно внести в колективний договір. У ньому необхідно передбачити права і обов'язки адміністрації, з однієї сторони, та обов'язки трудового колективу, з іншої сторони. Це може бути сформульовано як те, що «в цілях перешкодження витоку інформації, що становить комерційну таємницю, що може завдати підприємствам матеріальної шкоди, на адміністрацію покладається обов'язок впровадити систему заходів для її охорони і захисту. На членів трудового колективу в свою чергу покладається обов'язок виконання встановленого на підприємстві порядку охорони та захисту комерційної таємниці».

Додатково доцільно передбачити обов'язок адміністрації періодично проводити заняття із співробітниками підприємства, у яких є допуск до конфіденційної інформації, забезпечення їх необхідними методичними матеріалами і засобами з питань охорони та захисту комерційної таємниці, і право організації проводити контроль за дотриманням режиму секретності на підприємстві. Потрібно зазначити, що відомості цих методичних матеріалів,

своєю чергою, можуть бути віднесені до конфіденційної інформації [41, с. 16].

Як відповідальність членів трудового колективу за порушення порядку роботи з інформацією, що визнана комерційною таємницею, в колективному договорі можна передбачити позбавлення (або зменшення розміру) премії, відсторонення від роботи з такою інформацією, притягнення до дисциплінарної відповідальності, передбаченої КЗпП України.

Не слід забувати, що на момент ведення переговорів з укладання колективного договору сторони зобов'язуються надавати одна одній будь-яку інформацію щодо змісту договору. У цьому разі Закон України «Про колективні договори і угоди» (ст. 10) [42] зазначає, що «учасники переговорів не мають права розголошувати дані, що є державною або комерційною таємницею, і підписують відповідні зобов'язання».

У Правилах внутрішнього трудового розпорядку конкретизуються обов'язки адміністрації та співробітників підприємства з питань охорони та захисту комерційно таємниці.

На базі вищезазначених документів підприємства воно планує та організовує розробку, прийняття й упровадження таких внутрішніх документів:

- 1) Положення «Про комерційну таємницю підприємства»;
- 2) Перелік відомостей, що становлять комерційну таємницю підприємства.

Процес розробки та впровадження Положення «Про комерційну таємницю підприємства» можна відобразити наступним чином.

Дія 1. Керівник підприємства видає наказ про призначення відповідальної особи за режим секретності щодо конфіденційної інформації та комерційної таємниці та комісії з питань комерційної таємниці. В цьому наказі можуть бути визначені основні функції комісії. Серед її першочергових завдань: розробка проекту положення про комерційну таємницю, переліку відомостей, що становлять комерційну таємницю,

розробка типових документів, що стосуються охорони комерційної таємниці тощо.

Дія 2. На виконання цього наказу комісія готує проект Положення про комерційну таємницю підприємства та направляє його керівництву для затвердження.

У вітчизняному законодавстві відсутні вимоги та регламентації, що стосуються структури та змісту такого Положення. Але, незважаючи на відмінності в сферах діяльності, структурах, кількості працівників і керівного складу підприємств, можна сформулювати деякі загальні рекомендації щодо його змісту:

1. Загальні положення.
2. Визначення переліку відомостей, що становлять комерційну таємницю та конфіденційну інформацію підприємства.
3. Порядок захисту комерційної таємниці та конфіденційної інформації підприємства.
4. Порядок видачі працівниками документів, відомостей, передання інформації, що становить комерційну таємницю та конфіденційну інформацію підприємства контрагентам, клієнтам і державним органам.
5. Процедура наймання (звільнення) працівника/співробітника підприємства.

Внаслідок її невідомості вона має комерційну цінність



Рисунок 2.1. Процес віднесення інформації до комерційної таємниці

6. Відповідальність за розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю та конфіденційну інформацію підприємства.

7. Прикінцеві положення.

8. Додатки.

У розділі 2 цього положення перелік відомостей доцільно охарактеризувати загальними поняттями, а для їх докладного визначення послатися на Перелік відомостей, що становлять комерційну таємницю підприємства.

Це може бути:

- ✓ технологічна інформація;
- ✓ відомості про управління підприємством;

- ✓ відомості про фінанси підприємства; відомості про плани підприємства;
- ✓ відомості про виробництво підприємства;
- ✓ відомості про партнерів підприємства;
- ✓ відомості про контракти підприємства; відомості про ціни на підприємстві;
- ✓ відомості про оплату праці на підприємстві;
- ✓ відомості про забезпечення режиму безпеки підприємства;
- ✓ інші відомості, зокрема й і особистого характеру щодо працівників.

Відсутність конкретизації пов'язана з уникненням необхідності переробляти Положення тому, що з часом, у зв'язку, наприклад, з диверсифікацією, може виникнути необхідність віднесення до комерційної таємниці інших видів інформації.

У разі необхідності, в Положенні може бути визначено право підприємства встановлювати особливі режими доступу до певної інформації на підставі певних положень.

У Додатках можуть бути наведені типові документи, що стосуються питань комерційної таємниці, наприклад: «Службова записка з пропозицією віднесення інформації до комерційної таємниці», «Зобов'язання працівника щодо нерозголошення комерційної таємниці та конфіденційної інформації», «Угоди про конфіденційність з відвідувачами підприємства» тощо.

Якщо вищезазначені типові документи не будуть обумовлені в положенні, їх необхідно впроваджувати окремим наказом керівника підприємства.

Дія 3 і 4. Керівник підприємства видає накази:

- ✓ про затвердження та впровадження підприємстві Положення про комерційну таємницю підприємства та порядку ознайомлення з ним;
- ✓ про визначення відомостей, що становлять комерційну таємницю.

Безпосередніми виконавцями останнього наказу зазвичай є комісія з питань комерційної таємниці та керівники структурних підрозділів.

Дія 5. На виконання цього наказу керівники структурних підрозділів надають комісії з питань комерційної таємниці службові записки з обґрунтованим переліком інформації, щодо якої доцільно обмежити доступ та/або віднести до комерційної таємниці. У службовій записці має бути пропозиція щодо переліку осіб, яким не обхідно надати дозвіл на доступ до цієї інформації.

Комісія повинна проаналізувати можливі збитки від розголошення визначених відомостей. Залежно від можливих збитків визначається режим секретності інформації. Крім цього, комісії слід взяти до уваги можливе зниження ефективності діяльності підприємства у зв'язку з обмеженням доступу до інформації, з огляду на все вищезгадане, комісія формує Перелік відомостей, що становлять комерційну таємницю підприємства.

Підготовлений комісією перелік відомостей, що становлять комерційну таємницю підприємства, надається на затвердження керівництву підприємства.

Дія 6. Керівник підприємства видає наказ про затвердження Переліку відомостей, що становлять комерційну таємницю підприємства та введення його в дію. З цим наказом мають бути ознайомлені під підпис всі співробітники, допущені до роботи з інформацією, що визначена як комерційна таємниця.

Перелік відомостей, що становлять комерційну таємницю, має періодично корегуватися. Відомості, які втратили своє значення, стали загальнодоступними чи втратили комерційну цінність тощо, мають вилучатися, а вноситись нові, що потребують захисту.

Дії правового характеру створюють тільки підґрунтя для забезпечення основної мети підприємства – нерозголошення комерційної таємниці [43, с. 56].

Потрібно пам'ятати, що вищезазначені дії є необхідними для віднесення інформації до комерційної таємниці, але далеко не достатніми для того, щоб дана інформація належним чином охоронялася в режимі

«комерційна таємниця». Для надійної охорони та захисту комерційної таємниці потрібно здійснити ряд організаційних дій.

2.2. Дії організаційного характеру щодо охорони та захисту комерційної таємниці

До внутрішніх чинників, що сприяють витоку інформації науковці відносять: безконтрольне використання технічних засобів – 10%, підбір випадкових людей – 8%, звичку ділитись досвідом – 12%, прагнення співробітників підзаробити – 24%, відсутність служби безпеки – 14%, балакучість співробітників – 32%. (Див. рис.2.2)

Як бачимо комплекс дій із забезпечення нерозголошення інформації, передусім, має бути спрямований на персонал підприємства, на забезпечення захисту баз даних, документації та контроль за їх використанням. Усе це зумовлює вжиття певних дій організаційного, технічного і психологічного характеру.

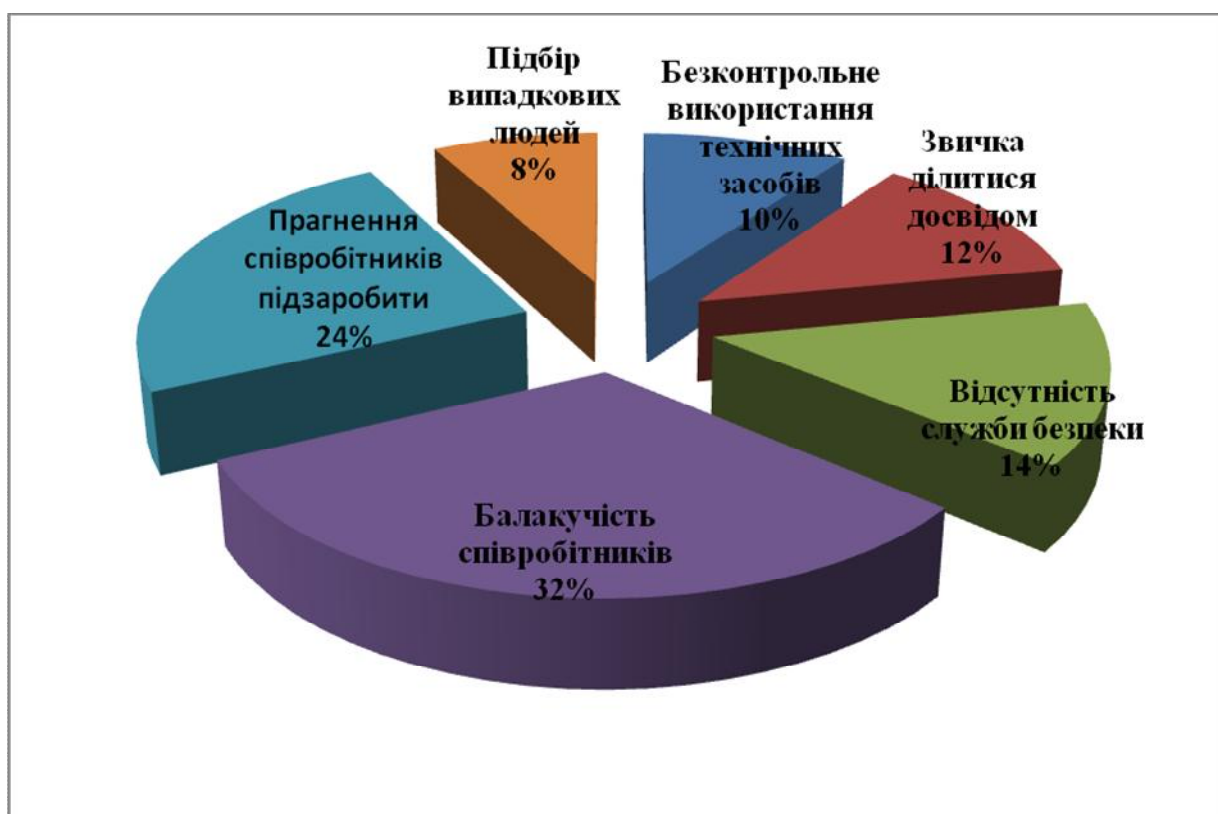


Рисунок 2.2. Внутрішні чинники, що сприяють витоку інформації

До дій організаційного характеру належать такі:

1. Створення режимно-секретного підрозділу з функціями підтримки і контролю за дотриманням встановленого режиму секретності (за доцільності, з огляду на кількісний склад працівників підприємства), діяльність якого визначається відповідними інструкціями, положеннями чи наказами.

Наявність охоронця на вході в підприємство не вирішує повною мірою питань інформаційної безпеки підприємства. Безумовно, що це сприятиме обмеженню доступу в службові приміщення сторонніх осіб і зменшить ризик випадкового розкриття конфіденційної інформації чи комерційної таємниці. Залучення до здійснення функцій режимно-секретного підрозділу спеціалізованих сторонніх організацій пов'язане з необхідністю розкривати перед нею певну частку своїх секретів (не знаючи, що охороняти, неможливо побудувати ефективну систему охорони) та слабкою мотивацією співробітників цієї організації на досягнення цілей саме вашого підприємства. Варто пам'ятати, що залучення до забезпечення інформаційної безпеки підприємства сторонніх осіб-консультантів може бути ефективним тільки на початкових етапах: розробка, впровадження. Подальша підтримка та контроль за функціонуванням має здійснюватися штатним співробітником підприємства [44, с. 29].

Не кожне підприємство, що володіє комерційною таємницею, може собі дозволити мати додатковий штат співробітників режимно-секретного підрозділу. В цих випадках, як мінімум, доцільно призначити особу, відповідальну за здійснення необхідних дій. Цілком зрозумілим є те, що здійснення таких функцій вимагає необхідних теоретичних і практичних знань, на формування та підтримку яких також мають бути спрямовані дії підприємства.

Як основні функції режимно-секретного підрозділу доцільно визначити такі :

✓ розробка, впровадження та забезпечення функціонування дозвільної системи доступу до інформації;

- ✓ розробка й упровадження маркування документації та носіїв інформації, віднесеної до комерційної таємниці та дій щодо їх збереження;
- ✓ розробка та впровадження секретного діловодства;
- ✓ планування й організація дій технічного характеру щодо охорони носіїв інформації та інформаційних мереж;
- ✓ дії, що спрямовані на виявлення витoku інформації, джерел такого витoku та локалізації негативних наслідків тощо;
- ✓ планування, організація та здійснення дій психологічного характеру: інструктаж персоналу, роз'яснювальна робота, перевірки та ін.;
- ✓ контроль, аналіз і надання рекомендацій з поліпшення.

У разі доцільності на режимно-секретний підрозділ можуть бути покладені функції забезпечення захисту майна та персоналу підприємства [45, с. 73].

2. Розробка дозвільної системи доступу до інформації.

За оцінками вітчизняних і зарубіжних фахівців таких як Андрощук Г.А., Крайнев П. П., Зеркалов Д. В. головним джерелом витoku конфіденційної інформації є персонал підприємства. При цьому його дії, здебільшого, мають свідомий характер. Вони можуть бути зумовлені, наприклад, бажанням помститися за несправедливість з боку керівництва, корисливими мотивами тощо.

Тож для підприємств» вкрай важливим є зафіксувати персональну відповідальність співробітників за доручену їм комерційну таємницю. Здійснюється це через оформлення допуску до комерційної таємниці при прийнятті на роботу чи переведенні на відповідну посаду.

Усвідомлення співробітником можливості покарання за розголошення комерційної таємниці відіграє важливу роль у профілактиці її витoku.

В основу створення системи допуску можуть бути покладені відповідні положення Закону України «Про державну таємницю», які мають бути адаптовані до захисту комерційної таємниці.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про державну таємницю» [46]:

- ✓ допуск до державної таємниці — оформлення права громадянина на доступ до секретної інформації;

- ✓ доступ до державної таємниці — надання повноважною посадовою особою дозволу громадянину на ознайомлення з конкретною секретною інформацією та провадження діяльності, пов'язаної з державною таємницею, чи ознайомлення з конкретною секретною інформацією та провадження діяльності, пов'язаної з державною таємницею, цією посадовою особою відповідно до її службових повноважень.

Отже, під допуском до комерційної таємниці потрібно розуміти письмове розпорядження керівника підприємства, що дає конкретному співробітникові право на ознайомлення чи роботу з інформацією, що становить комерційну таємницю.

Процедуру надання допуску можна рекомендувати здійснювати так:

- ✓ визначення потреби співробітника в конфіденційній інформації при виконанні ним службових обов'язків;

- ✓ перевірку співробітника у зв'язку з допуском до комерційної таємниці;

- ✓ ознайомлення співробітника з мірою відповідальності за порушення законодавства про незаконне збирання, поширення та використання комерційної таємниці;

- ✓ оформлення письмового зобов'язання працівника про нерозголошення комерційної таємниці, що буде йому довірена.

При перевірці співробітника на допуск необхідно брати до уваги таке:

- ✓ досягнення ним дієздатного віку 18 років;

- ✓ наявність судимості за злочини, пов'язані з розголошенням державної чи комерційної таємниці, а також у фінансово-господарській сфері;

- ✓ наявність психічних захворювань, схильність до вживання алкоголю та наркотиків;

- ✓ факти надання в процесі підготовки матеріалів для оформлення допуску недостовірних відомостей про себе;

- ✓ наявність підозрілих зв'язків із співробітниками підприємств-конкурентів.

У разі звільнення співробітника, який був допущений до комерційної таємниці, від нього відбирається попередження-зобов'язання про нерозголошення відомостей, які стали йому доступні в процесі роботи на підприємстві [45, с. 83].

Мета відбору такого попередження-зобов'язання про нерозголошення – профілактика розголошення співробітником, що звільняється, комерційної таємниці і створення юридичних підстав для відшкодування збитків у разі розголошення таких відомостей.

3. Введення відповідного маркування носіїв з конфіденційною, інформацією.

Відомості, що становлять комерційну таємницю, можуть бути диференційовані підприємством за ступенем важливості з присвоєнням відповідного грифу.

Наприклад:

1. Для конфіденційної інформації – гриф «Для службового користування» або «ДСК»;

2. Для різних режимів секретності, за необхідності, комерційної таємниці:

- ✓ гриф «Для службового користування. Комерційна таємниця – секретно» або «ДСК: КТ-С»;

- ✓ гриф «Для службового користування. Комерційна таємниця –

- ✓ суворо секретно» або «ДСК: КТ-ССО»;

- ✓ гриф «Для службового користування. Комерційна таємниця – особливо секретно» (або «ДСК: КТ-ОС») тощо.

Вищезазначене маркування наноситься на носії з інформацією, а в разі зберігання інформації в електронному вигляді, гриф має передувати відкриттю безпосередньо інформації.

4. Організація секретного діловодства.

Залежно від видів інформації, що визначеної як комерційна таємниця, та її обігу в цілях ефективної діяльності підприємства здійснюються різні дії щодо організації секретного діловодства. Та серед мінімально необхідних слід передбачити такі : облік документів або носіїв інформації, що має гриф «КТ »;

- ✓ забезпечення збереження носіїв інформації, що має гриф «КТ»;
- ✓ встановлення порядку роботи з документами чи носіями інформації, що має гриф «КТ»;
- ✓ встановлення порядку розсилки документів або носіїв інформації, що має гриф «КТ» тощо.

Дії технічного характеру щонайменше можна поділити на ті, що спрямовані на захист:

- ✓ приміщень підприємства та
 - ✓ інформаційних мереж.
- Це щонайменше:
- ✓ виявлення можливих джерел витоку конфіденційної інформації, у зокрема й і комерційної таємниці;
 - ✓ встановлення спеціального обладнання та/або програмних засобів для захисту інформації;
 - ✓ встановлення спеціального обладнання для спостереження за приміщеннями організації;
 - ✓ проведення регулярних оперативних заходів з технічного захисту та пошуку каналів витоку інформації.

2.3. Заходи з підвищення психологічної лояльності з боку працівників як ефективна складова охорони комерційної таємниці суб'єкта господарювання

Статистичні дані (дані Інтерполу) свідчать про те, що 25 % службовців фірми готові продати її секрети в будь-який час кому завгодно, 50 % роблять такі вчинки незалежно від обставин і лише 25 % зберігають інформацію [47].

Здебільшого конфіденційна інформація розкривається або використовується діючими, а особливо, колишніми працівниками. Між працівником і роботодавцем завжди укладено, так би мовити, «психологічний договір». На відміну від офіційного юридично оформленого контракту, такий договір є комплексом взаємних очікувань щодо внеску працівника в діяльність підприємства з одного боку і його винагороди за свій внесок – з іншого. Ці очікування зазвичай формуються та усвідомлюються в процесі роботи в компанії. З тим, як працівники освоюють культуру компанії, вони усвідомлюють, що саме допустимо, а що – ні, які їхні обов'язки та як вони винні компанії, а компанія – їм.

Так, працівник зобов'язаний зберігати конфіденційність. Однак в умовах високої мобільності робочої сили, «психологічні договори» виявляються ненадійними. Це означає, що офіційні юридично оформлені контракти набувають більшого значення. Такі контракти або положення, що в них містяться, посилюють юридичну охорону комерційної таємниці і забезпечують компанії безпеку в разі виникнення судового спору. Є кілька видів контрактних положень, які підприємство може включати до трудових угод зі своїми працівниками з метою охорони своєї конфіденційної інформації.

По-перше, це положення про взаємні зобов'язання про нерозголошення, коли обидві сторони погоджуються не розголошувати конфіденційну інформацію, що підпадає під дію контракту. Такі положення слід включати до всіх видів контрактів, незважаючи на те, чи це контракти зі

штатними працівниками, стажерами, тимчасовим персоналом, акціонерами, клієнтами або кимось іншим, хто може отримати доступ до комерційних секретів підприємства.

По-друге, не менш важливим є положення про відмову від конкуренції, відповідно до якого працівники не мають права провадити аналогічний вид діяльності або обіймати аналогічну посаду у конкурентів роботодавця і навіть відкривати власну справу, використовуючи для цього інформацію підприємства-роботодавця. Положення про відмову від конкуренції має включати в себе такі зобов'язання: не працювати за сумісництвом, не конкурувати з роботодавцем, не організовувати компанію-конкурента і не вмовляти своїх колег перейти на роботу до такої компанії. Разом з тим в одних країнах включення таких положень заборонено, а в більшості інших обмеження мають бути розумними.

Така норма наявна, зокрема, в німецькому конкурентному законодавстві. Аналогічна стаття була передбачена і в проекті З У «Про захист від недобросовісної конкуренції». Однак при підготовці законопроекту до другого читання цю норму не підтримали депутати, оскільки, на їхню думку, це є порушенням прав людини. Тому зараз в Україні доволі поширеною практикою є перехід працівників після звільнення в конкуруючі структури – банки, страхові компанії тощо. На нашу думку, доцільно переглянути цю законодавчу норму, беручи до уваги зарубіжний досвід і вітчизняну практику.

Однак, Угоди про конфіденційність – відсутність повної гарантії. Питання збереження комерційної таємниці актуальне завжди з огляду на ймовірність її розголошення. Як правило, основну загрозу становлять самі працівники, оскільки немає жодних гарантій того, що укладення з ними угоди про нерозголошення й угоди про відмову від конкуренції буде достатньо для того, щоб запобігти використанню або несанкціонованому розкриттю секретної інформації працівниками, що пішли з компанії будь-якому разі положення про відмову від конкуренції не забезпечує цілковитої

гарантії, оскільки щодо нього нерідко встановлюються обмеження щодо терміну дії та географічного охоплення.

Потягом останніх 20 років світ бізнесу й умови роботи зазнали суттєвих змін. В минулому найнятий працівник був упевнений у тому, що він працюватиме в компанії все життя, а роботодавець очікував від нього повної лояльності щодо підприємства. Однак глобалізаційні процеси дещо змінили ситуацію, працівники стикаються з проблемами, пов'язаними з реструктуризацією фірм, зміною місцезнаходження компаній та їхнім збільшенням, ставлення до лояльності почало змінюватися [48, с.54]. Роботодавці недотримуються встановлених правил, взаємні зобов'язання порушуються і переглядаються, від працівника вже не очікують довічної служби і відданості, часта зміна роботи стає звичним явищем, люди постійно шукають більш високооплачувану роботу або кращі умови праці. У сучасних умовах важко домогтися лояльності та довіри на робочому місці.

За даними дослідження американського ринку робочої сили, проведеного 2015 року консультантами з кадрових питань компанії «Фиичун», лояльність працівників до свого роботодавця залежить від розмірів підприємства. Статистичні дані свідчать про те, що майже 80 % працівників МСП лояльні до своїх підприємств, тоді як у великих компаніях цей показник становить менше 50 %. Законодавство про охорону комерційної таємниці спрямоване на забезпечення балансу між різними варіантами політики в галузі конкуренції. З одного боку, необхідно заохочувати інновації і творчість та забезпечити охорону компаніям, що інвестують кошти в інноваційну і творчу діяльність. З іншого, слід заохочувати здорову конкуренцію і свободу зайнятості [51, с.23]. Про складність таких різних і нерідко суперечливих політичних підходів свідчить застосування в країнах загального права *доктрини неминучого розкриття і доктрини трампліна*.

Доктрина неминучого розкриття постала у зв'язку з необхідністю вирішення проблеми переходу працівників в інші компанії. Її основний принцип полягає в тому, що працівники, які мали доступ до конфіденційної

інформації, неминуче розкриють цю її майбутньому роботодавцю, якщо останній провадить свою діяльність в тій самій сфері. З доктрини випливає, що навіть у тому разі, коли працівник керується добрими намірами, він автоматично або інстинктивно передасть здобуту на попередньому місці роботи інформацію, навички і знання своєму новому роботодавцеві, якщо останній провадить діяльність у тій самій галузі. У цьому випадку вступають в дію чинники політики, згадані вище. Водночас суспільство має охороняти конфіденційну інформацію своїх підприємств, проте воно не може обмежити свободу зайнятості своїх членів.

Судові рішення у цій сфері залежать від фактів і обставин кожного конкретного спору. Як правило, судова заборона на перехід працівника в іншу компанію накладається у разі, якщо встановлюється, що є висока ймовірність передачі колишнім працівником новому роботодавцю інформації, яка не є широко відомою або не може бути легко «виведеною» конкурентами у відповідній галузі. Слід розмежовувати конкретну конфіденційну інформацію та звичайні навички і знання, які працівник набув під час роботи у своїй попередній компанії. Він не може бути позбавлений можливості використовувати такі отримані навички і знання.

Доктрина трампліна застосовується з метою перешкодити працівникові, який під час роботи у колишнього роботодавця міг мати доступ до конфіденційної інформації, використовувати таку інформацію у своїх інтересах і тим самим отримати необґрунтовану перевагу стосовно колишнього роботодавця.

Доктрина трампліна може також застосовуватися навіть, якщо відповідна інформація вже стала суспільним надбанням, з тим, щоб заборонити колишньому працівникові, який набув у попереднього роботодавця конкретні виробничі знання (технічні навички), використовувати ці навички/ знання для виробництва конкуруючого продукту. Це спричинено тим, що ці знання дали б працівнику несправедливі переваги стосовно тих, хто має доступ до опублікованої інформації.

Однак домогтися встановлення судової заборони непросто, оскільки питання про конфіденційність має складний характер: важко чітко визначити і розмежувати знання, які працівник уже мав на час приходу в компанію, і знання, які він одержав під час роботи в ній.

Протягом останніх десятиліть відбулися зміни в умовах праці і, як наслідок, в ступені лояльності працівника, що підвищило ймовірність порушення психологічної угоди. Тому необхідно приділити більше уваги питанню *підвищення лояльності працівників як одного із засобів підвищення охорони комерційної таємниці*. Від цього роботодавець виграє, оскільки вжиття відповідних заходів надасть змогу підвищити продуктивність і, що важливіше, закріпити кадри, зменшити їх плинність і завдяки цьому звести до мінімуму ризик розголошення комерційної таємниці.

Підвищення ступеня лояльності працівників. На думку зарубіжних фахівців, імовірність витоку відомостей, що становлять комерційну таємницю, при проведенні таких дій, як підкуп, шантаж, переманювання працівників фірми, впровадження своїх агентів, становить 43 %; отримання відомостей шляхом їхнього вивідування у співробітників – 24 %. Отже, персонал фірми є, з одного боку, найважливішим ресурсом підприємницької діяльності, а з іншого, окремі працівники залежно від певних обставин можуть стати джерелом значних втрат і навіть причиною банкрутства фірми. Наприклад, у Західній Європі та США втрата 20 % конфіденційної інформації призводить до розорення фірми протягом одного місяця [47].

Саме тому організаційні й адміністративні заходи захисту конфіденційної інформації необхідно поєднувати з соціально-психологічними. Серед соціально-психологічних заходів можна виокремити два основні напрями. Це, *по-перше*, правильний добір і розстановка кадрів і, *по-друге*, матеріальне і моральне стимулювання. Західні фахівці з економічної безпеки вважають, що збереження секретів фірми залежить від правильного добору, розстановки і стимулювання персоналу щонайменше на 80 %.

Такі компанії, як «Саутвест Ейрлайнз», «Тойота» і «Сіско», які прагнуть збільшити прибуток, піклуючись про своїх працівників, усвідомили, що забезпечення прихильності працівників справі компанії має бути добре інтегровано в її політику у сфері людських ресурсів і спільні бізнес-стратегії. Лояльність з боку працівників важлива не менше, ніж лояльність з боку клієнтів, оскільки підприємство довіряє клієнтів своїм працівникам, і тому важливо збирати, узагальнювати та інтерпретувати інформацію про працівників задля того, щоб мати чітке уявлення про їхні потреби та очікування. Взаємостосунки між роботодавцем і працівниками мають ґрунтуватися на взаємній повазі та розумінні, справедливому і рівному ставленні до працівників, незалежно від займаних ними посад [54, с.51].

Важливим кроком на шляху забезпечення прихильності працівників справі підприємства є спілкування. Очікування керівництва можуть відрізнятися від очікувань працівників, тому необхідно їх з'ясувати, щоб обидві сторони усвідомлювали, що саме від кожної з них вимагаються і в якому обсязі. Коли керівники користуються повагою і довірою у підлеглих, це відповідає інтересам справи. Тому організація програм підвищення кваліфікації керівників може сприяти вдосконаленню їхніх навичок управління людьми і полегшити вирішення певних завдань у конкретних сферах. Не зайвим буде і налагодження спілкування всередині компанії, зокрема, важливо дослухатися до думки працівників, оскільки в такому разі у них виникає почуття долучення до спільної справи, тож сама компанія може отримати з цього зиск з погляду поліпшення управління та вирішення внутрішніх проблем. Організація таких програм, як внутрішні форуми, на яких працівники мають можливість вільно висловлювати свої думки і побажання, може сприяти створенню сприятливої робочої атмосфери. Крім того, вислуховуючи думки працівників, керівники компанії можуть виявляти слабкі ланки й невдоволення та вживати заходи, спрямовані на їхнє усунення.

В умовах культури «слабкої відчуженості від влади» начальники ставляться з повагою до своїх підлеглих, яким доручається виконання важливих завдань, відповідальність несуть обидві сторони або найчастіше її бере на себе керівник, оскільки саме на нього покладений обов'язок здійснювати управління, і керівники нерідко спілкуються зі своїми підлеглими після роботи. Така культура є більш колегіальною, а демократична і децентралізована атмосфера на робочому місці значною мірою сприяють підвищенню ступеня лояльності працівників, оскільки вони полегшують спілкування між керівниками і працівниками та зміцнюють взаємну довіру. А це, у свою чергу, сприяє підвищенню лояльності щодо підприємства.

Під час розробки стратегії забезпечення прихильності працівників справі підприємства варто подбати про те, щоб кожен працівник розумів, яка його роль у компанії і як він сприяє досягненню загального успіху, тому що це посилює його відчуття причетності, самоповаги і значущості, а також підвищує ступінь лояльності щодо компанії.

Для працівників велике значення має також належна винагорода, допомога та пільги. З фінансового боку зарплата працівників має справедливо відображати їхній внесок у роботу компанії. Одним зі способів взаємного зв'язку інтересів підприємства і працівника є застосування механізму участі у прибутках, відповідно до якого працівникам виплачуються премії залежно від прибутків компанії. Зрештою, дія як працівників, так і роботодавців спрямовані на досягнення спільного завдання – отримання взаємної вигоди. Наприклад, компанія «Проктер енд Гембл» пропонує своїм працівникам дуже вигідну участь у прибутках компанії, і багато з них володіють її акціями на сотні тисяч доларів. Це породжує у працівників сильне відчуття причетності і надає їм певні фінансові переваги.

Важливу роль відіграє також нематеріальне заохочення працівників за їхній внесок, наприклад, оголошення подяки, надання відгулу, розміщення фотографії на дошці пошани, відкриття доступу до навчальних програм

тощо. У найбільшій у світі приватній компанії – розробника програмного забезпечення – Інституту САС – плинність кадрів становить 4 %. Підтримці цього показника на порівняно низькому рівні сприяють такі пільги, що надаються працівникам, як послуги з денного догляду за дітьми для працюючих матерів, організація дозвілля та відпочинку, повне покриття витрат з медичного страхування, а також 35-годинний робочий тиждень.

Попри важливість вживання заходів, спрямованих на забезпечення лояльності працівників, роботодавцям не слід оминати увагою необхідність охорони комерційної таємниці. З цією метою вони мають постійно контролювати діяльність працівників. Однак при цьому їм не слід виходити за рамки встановлених обмежень, вони повинні поважати недоторканність приватного життя працівників. Водночас надмірний контроль може підірвати довіру з боку працівників, оскільки у них може виникнути відчуття, що вони не користуються довірою.

У разі спливу терміну дії трудової угоди важливо провести з працівником бесіду, під час якої роботодавець має нагадати йому про зобов'язання щодо нерозголошення після звільнення комерційних секретів, до яких той мав доступ, перебуваючи в компанії, і про наслідки порушення цих зобов'язань. Такі бесіди становлять інтерес і для роботодавця, оскільки він може з'ясувати плани колишнього співробітника на майбутнє, наприклад, до якої компанії той планує влаштуватися на роботу. Ця інформація дасть можливість роботодавцю краще оцінити наявні та потенційні ризики порушення його комерційної таємниці і виявити конкурентів.

Ухвалюючи рішення про збереження відповідної інформації в секреті, варто подбати про створення надійної системи охорони такої інформації. Крім того, підприємствам слід вжити заходи, спрямовані на забезпечення психологічної лояльності з боку працівників для підвищення ефективності укладених угод про нерозголошення і про відмову від конкуренції. Тому підприємствам рекомендується повністю інтегрувати заходи з підвищення

психологічної лояльності у свою стратегію у сфері охорони ІВ і загальну бізнес-стратегію.

Висновки до розділу 2.

Суб'єкт підприємницької діяльності, який має намір скористатися своїм правом на комерційну таємницю повинен самостійно спланувати і організувати усі дії правового та організаційного характеру, щоб забезпечити можливість використовувати та охороняти інформацію в режимі «комерційна таємниця». Ефективність її захисту залежатиме від докладених зусиль з боку власника-розпорядника такої інформації. Втім, в умовах сьогодення, особливу увагу слід приділити питанням, які за даними наукових досліджень більшою мірою впливають на захист комерційно-цінної інформації. По-перше, – це сучасні досягнення в галузі комунікаційних технологій, що дають можливість швидкого копіювання та поширення цінної інформації. Часто такі дії відбуваються без дозволу на те власника. Тому, важливо особливо увагу приділити застосуванню технічних засобів захисту комерційної таємниці, використовуючи надійні інформаційні системи, ліцензійне програмне забезпечення тощо. По-друге, варто більше уваги приділити питанням підвищення лояльності працівників. Вжиття відповідних заходів дасть змогу покращити продуктивність, закріпити кадри, зменшити їх плинність і завдяки цьому мінімізувати ризик розголошення комерційної таємниці.

РОЗДІЛ ІІІ

ЗАХИСТ ПРАВ НА КОМЕРЦІЙНУ ТАЄМНИЦЮ

3.1. Порушення прав на комерційну таємницю

Відповідно до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» та ст. 36 ГК України правопорушенням є неправомірне збирання, розголошення та використання комерційної таємниці. Зокрема це:

- 1) неправомірне збирання комерційної таємниці;
- 2) розголошення комерційної таємниці;
- 3) схилення до розголошення комерційної таємниці;
- 4) неправомірне використання комерційної таємниці.

Неправомірним збиранням комерційної таємниці відповідно до ст. 16 Закону є добування протиправним способом відомостей, що відповідно до законодавства України становлять комерційну таємницю, якщо це завдало чи могло завдати шкоди господарюючому суб'єкту (підприємцю).

Для кваліфікації дій як неправомірного збирання комерційної таємниці слід встановити, чи:

- інформація складає комерційну таємницю;
- інформація здобута в протиправний спосіб;
- внаслідок таких дій добросовісному конкуренту завдається чи може бути завдана шкода.

Під протиправним способом добування відомостей, що становлять комерційну таємницю, розуміється добування всупереч режиму доступу, який встановлений власником комерційної таємниці. Неправомірним вважається збирання комерційної таємниці незалежно від того, яким способом здійснювалися протиправні дії: крадіжка документів, підслуховування розмов, одержання таких відомостей від осіб, що володіють ними, за плату тощо. Відповідно до німецького законодавства, зазначає А. Дерінгер, збирання відомостей є неправомірним тільки в тому випадку, якщо

воно здійснюється без отримання на це повноважень «із застосуванням технічних засобів» (копіювальна техніка, фотоапарати, телекамери, пристрої для прослуховування тощо), «через виготовлення точного відображення таємниці» (копії, креслення, передрук, запис на магнітну плівку) або «через вилучення предмета, в якому втілено таємницю». Таким чином, неправомірне збирання охоплює два процеси: по-перше, метод, який є правомірним тільки за згоди уповноваженої особи, по-друге, факт застосування цього методу без отримання на це повноважень чи згоди [55, с. 311].

Кожен власник комерційної таємниці самостійно встановлює режим і спосіб захисту цієї інформації, а отже, передбачає, кому і в яких випадках вона може чи не може бути повідомлена. Будь-які дії, які суперечать встановленому режиму захисту (крім визначених законом), є протиправними. До дій, визначених законом, належить доступ до комерційної таємниці осіб, які за законом мають право на такий доступ. До цих осіб, зокрема, належать працівники органів державної виконавчої влади, правоохоронних органів, банківських установ, які відповідно до законодавства мають право доступу до конфіденційної інформації за характером виконуваних ними професійних чи службових функцій. Так, зокрема, право ознайомлюватись з відомостями, що становлять комерційну таємницю, та одночасно обов'язок дотримуватись режиму цієї таємниці, тобто не розголошувати її третім особам. Також слід зазначити, що неправомірним збиранням комерційної таємниці будуть лише дії, які завдали чи могли завдати шкоди суб'єкту господарювання. При цьому розмір завданої чи гіпотетичної шкоди не має значення для отримання відповідного захисту. Отже, в разі, коли такі дії шкоди завдати не могли, вони не будуть визнані правопорушенням навіть за наявності інших складових недобросовісної дії. Особливістю кваліфікації дій як неправомірного збирання комерційної таємниці може бути неможливість доведення наявності майнової шкоди. Разом з цим наявність немайнової

(моральної) шкоди існує майже завжди, хоча її дуже важко довести [56, с. 158–159].

Відповідно до п. 5.12 Інформаційного листа Антимонопольного комітету України «Про особливості застосування положень законодавства про захист від недобросовісної конкуренції у зв'язку з набранням чинності Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 18 грудня 2008 р. № 689-VI» під час застосування ст. 16–19 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» необхідно враховувати, що відповідно до ст. 508 ЦК України строк правової охорони комерційної таємниці обмежується часом існування сукупності її ознак, зокрема умови щодо важкодоступності відповідних відомостей для третіх осіб [57].

Розголошенням комерційної таємниці є ознайомлення іншої особи без згоди особи, уповноваженої на те, з відомостями, що відповідно до чинного законодавства України становлять комерційну таємницю, особою, якій ці відомості були довірені у встановленому порядку або стали відомі у зв'язку з виконанням відповідних обов'язків, якщо це завдало чи могло завдати шкоди суб'єкту господарювання.

Для кваліфікації дій як неправомірного розголошення комерційної таємниці слід довести, що:

- інформація, з якою здійснюється ознайомлення, є комерційною таємницею;
- поширення інформації здійснюється без дозволу власника чи особи, яка її законно контролює;
- інформація повідомляється особою, якій ця інформація стала відома у встановленому порядку або в зв'язку з виконанням відповідних обов'язків (тобто особа усвідомлює, що ця інформація є таємною і належним чином охороняється);
- поширення цієї інформації завдає чи може завдати шкоди.

Під розголошенням слід розуміти незаконне ознайомлення інших осіб з відомостями, що є комерційною таємницею, так і створення особою, якій ці відомості стали відомі (у зв'язку з професійною або службовою діяльністю і яка повинна зберігати їх у таємниці), умов, сприятливих ознайомленню із ними сторонніх осіб. До таких осіб належать працівники правоохоронних органів, банківських установ, податкових органів, органів влади та управління, а також інші особи, які відповідно до законодавства мають право знайомитися із відомостями, що становлять комерційну таємницю, або мають доступ до таких відомостей за характером професійних або службових обов'язків, які вони виконують.

Способи розголошення комерційної таємниці (повідомлення іншим особам, у засобах масової інформації або іншим чином) значення не мають. Розголошення інформації, що становить комерційну таємницю, обов'язково передбачає завдання шкоди чи можливість її завдання. Якщо матеріальну шкоду довести і обґрунтувати може бути важко або за певних умов неможливо, суб'єкт господарювання, чий права порушені, має право вимагати відшкодування моральної шкоди відповідно до ст. 23 ЦК України з урахуванням положень п. 3 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди», відповідно до якого під немайновою шкодою, заподіяною юридичній особі, слід розуміти втрати немайнового характеру, що настали у зв'язку з приниженням її ділової репутації, посяганням на фірмове найменування, товарний знак, виробничу марку, розголошенням комерційної таємниці, а також вчиненням дій, спрямованих на зниження престижу чи підірив довіри до її діяльності [58].

Схиленням до розголошення комерційної таємниці є спонукання особи, якій були довірені у встановленому порядку або стали відомі у зв'язку з виконанням відповідних обов'язків відомості, що відповідно до законодавства України становлять комерційну таємницю, до розкриття цих

відомостей, якщо це завдало чи могло завдати шкоди суб'єкту господарювання.

Для кваліфікації дій як схилення до розголошення комерційної таємниці слід визначити, що:

- інформація є комерційною таємницею;
- особа, що спонукає до розголошення комерційної таємниці, є конкурентом власника інформації;

- особа, яку спонукають до розголошення, розуміє, що відповідна інформація є комерційною таємницею і вона її отримала з дозволу власника в законний спосіб;

- розкриття інформації завдасть або може завдати шкоди добросовісному суб'єкту господарювання.

Законодавець не визначає, що саме може бути визнане спонуканням, тому можна вважати, що будь-які умисні дії, які спрямовані на те, щоб особа, якій комерційна таємниця була довірена у встановленому порядку або стала відома у зв'язку з виконанням відповідних обов'язків, розголосила її. Особами, які правомірно володіють комерційною таємницею, можуть бути особи, яким відповідна інформація стала відома внаслідок виконання не лише службових, а й інших, зокрема, договірних обов'язків (наприклад, аудиторам, працівникам юридичних чи консалтингових фірм).

Неправомірним використанням комерційної таємниці визнається впровадження у виробництво або врахування під час планування чи здійснення господарської діяльності без дозволу уповноваженої на те особи неправомірно здобутих відомостей, що становлять відповідно до законодавства України комерційну таємницю.

Для кваліфікації дій як неправомірного використання комерційної таємниці слід довести, що:

- інформація, що використовується, є комерційною таємницею іншого суб'єкта господарювання;
- інформація отримана внаслідок неправомірних дій;

– використання відповідної інформації звільняє або істотно зменшує витрати суб'єкта господарювання на інновації;

– використання комерційної таємниці конкурента дозволяє суб'єкту господарювання перемагати в конкурентній боротьбі.

Особливістю зазначених недобросовісних дій є те, що інформація, що складає комерційну таємницю добросовісного конкурента, використовується іншим суб'єктом господарювання в господарській діяльності. При цьому чинне законодавство не вимагає, щоб недобросовісний суб'єкт господарювання сам збирав чи схилив до розголошення комерційної таємниці, чи фінансував цей процес достатньо, щоб він використовував цю інформацію у виробничому чи управлінському процесі і розумів, що відповідна інформація є комерційною таємницею конкурента, а її використання надасть змогу суб'єкту господарювання отримати переваги в конкуренції чи перемогти в конкурентній боротьбі за рахунок контролю і використання цієї інформації. Слід погодитися з В. І. Єременко, що сама природа комерційної таємниці, що припускає її секретний характер настільки довго, наскільки це можливо, виключає її публікацію, а потім передачу в суспільне надбання після певного періоду часу [59, с. 259].

Правовий захист від недобросовісної конкуренції у сфері комерційної таємниці (ноу-хау) відомий законодавствам і правозастосовній практиці багатьох зарубіжних країн. Особливий інтерес викликають положення законодавства країн ЄС про відповідальність за дії з розголошення ділових секретів колишніми службовцями, які незабаром після звільнення з підприємства передають конкурентам ділові секрети підприємства або самі їх використовують, відкривши конкуруючий суб'єкт господарювання. В принципі колишній працівник може вільно використовувати секретні відомості та знання, отримані ним під час роботи на колишньому підприємстві. З цього приводу А. І. Камінка зазначав: «... несправедливо, якщо господар, запрошуючи службовця, позбавляє його разом з тим назавжди права скористатися своїм досвідом, знаннями, тими засобами, які

він набув тривалою, важкою і сумлінною службою для того, щоб перетворитися зі службовця в підприємця. З іншого боку, часом може здаватися несправедливим, якби було безумовно допустимо право прикажчика, після відходу від господаря негайно вступати з ним в конкуренцію, скориставшись саме тими спеціальними знаннями щодо стану справ свого колишнього господаря, які він придбав у нього на службі» [60, с. 207]. Лише наявність особливих обставин робить ці дії недобросовісними. Верховний федеральний суд Німеччини в одній зі своїх постанов висловився з цього приводу так: дії службовця стають недобросовісними лише тоді, коли він провокує розірвання трудового договору з єдиною метою – використовувати з конкурентною метою фабричні і комерційні секрети свого роботодавця. Відповідно до чинного законодавства Німеччини може бути визнано недобросовісним використання секретів конкуруючого підприємства новим наймачем службовця, який йому передавав ці секрети [59, с. 263]. На жаль, чинне законодавство України не передбачає відповідальності за вчинення такої недобросовісної дії конкурентів як переманювання працівників.

3.2. Форми і способи захисту прав на комерційну таємницю

Захист порушених суб'єктивних прав на комерційну таємницю може здійснюватися в двох формах: юрисдикційній і неюрисдикційній. Під формою захисту розуміється комплекс внутрішньо узгоджених організаційних заходів щодо захисту суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів [61, с. 10].

Юрисдикційна форма захисту є діяльність уповноважених державних органів щодо захисту порушених прав або оспорюваних суб'єктивних прав [61, с. 337]. Суть даної форми виражається в тому, що суб'єкт господарювання, чиє право на комерційну таємницю порушено, звертається за захистом до державних або інших компетентних органів.

Дана форма захисту на думку А.П. Сергєєва є основною формою захисту права на комерційну таємницю [62, с. 684].

Юрисдикційна форма захисту права на комерційну таємницю здійснюється як в судовому, так і в адміністративному порядку.

Судовий порядок захисту передбачає звернення з позовом про захист порушеного права до суду. Оскільки основними користувачами права на комерційну таємницю виступають суб'єкти господарювання, то дані позови в більшості випадків відносяться до підвідомчості господарських судів.

Згідно ч. 4 ст.16 ГПК справи у спорах про порушення майнових прав інтелектуальної власності розглядаються господарським судом за місцем вчинення порушення [61]. Виняток становлять випадки, коли в якості відповідача виступає працівник, що розголосив комерційну таємницю всупереч трудовому договору, або ж фізична особа (не суб'єкт підприємницької діяльності), що розголосила комерційну таємницю всупереч цивільно-правовому договору, а також якщо особа притягується до кримінально-правової (ст. 231 «Незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну таємницю», ст.232 «Розголошення комерційної таємниці» КК) або адміністративно-правової відповідальності (ч. 3 ст. тисячі шістсот сорок три «Недобросовісна конкуренція» КАП). В даному випадку справа підлягає розгляду в суді загальної юрисдикції. У порядку цивільного судочинства позови можуть подаватися до суду загальної юрисдикції за місцем знаходження позивача (ч.1 ст. 126 ЦПК).

Судовий захист права на комерційну таємницю може здійснюватися способами, передбаченими ст.20 Господарського кодексу України (відповідно до ч.4 ст.147 Господарського кодексу України), ст. 16 ЦК України, ст.432 ЦК України. Також існує кримінально-правова і адміністративно-правовий захист права на комерційну таємницю. Слід зазначити, що звернення до кримінально-правового захисту служить

підставою для визнання суб'єкта господарювання цивільним позивачем і розгляду питання відшкодування завданої майнової і моральної шкоди.

Згідно ч.2 ст.155 ГК України на об'єкти інтелектуальної власності (в тому числі і на комерційну таємницю) поширюються загальні умови захисту прав інтелектуальної власності, визначені в ЦК України. Ст. 432 ЦК України встановлює: кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого права інтелектуальної власності відповідно до ст.16 ЦК України. Також згідно ч.4 ст. 147 ГК України майнові права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю захищаються способами, передбаченими в ст.20 Господарського кодексу України. Це:

- визнання наявності або відсутності права;
- визнання повністю або частково недійсними актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування, актів інших господарюючих суб'єктів, що суперечать законодавству, ущемляють права та законні інтереси суб'єктів господарювання або споживачів; визнання недійсними господарських договорів з підстав, передбачених законом;
- відновлення становища, яке існувало до порушення прав та законних інтересів суб'єктів господарювання;
- припинення дій, які порушують право або створюють загрозу його порушення;
- присудження до виконання обов'язку в натурі;
- відшкодування збитку;
- застосування штрафних санкцій;
- застосування оперативно-господарських санкцій;
- застосування адміністративно-господарських санкцій;
- встановлення, зміну чи припинення господарських правовідносин;
- а також інші способи, передбачені законом.

Крім зазначених способів захисту ст.16 ЦК України закріплює можливість визнання угоди недійсною, відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Ст. 432 ГК України закріплює специфічні, прийнятні

тільки щодо об'єктів права інтелектуальної власності, способи захисту, що реалізуються в судовому порядку: застосування невідкладних заходів щодо попередження порушення права інтелектуальної власності та збереження відповідних доказів; призупинення пропуску через митний кордон України товарів, імпорт яких експорт яких здійснюється з порушенням права інтелектуальної власності; вилучення з цивільного обороту товарів, виготовлених або введених у цивільний оборот з порушенням права інтелектуальної власності; вилучення з цивільного обороту матеріалів та знарядь, використаних переважно для виготовлення товарів з порушенням права інтелектуальної власності; застосування разового грошового стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності. Розмір стягнення визначається відповідно до закону з урахуванням вини особи та інших обставин, що мають істотне значення; опублікування в засобах масової інформації відомостей про порушення права інтелектуальної власності та зміст судового рішення щодо такого порушення.

Проаналізуємо загальні способи захисту, закріплені в ст.20 Господарського кодексу України та ст. 16 ЦК України, а також способи захисту права інтелектуальної власності (ст.432 ЦК України).

Позов про визнання права на комерційну таємницю може бути використаний суб'єктом господарювання, коли дане право оспорується будь-ким, коли третя особа вимагає від суб'єкта господарювання без встановлених законом підстав розкрити інформацію, що становить комерційну таємницю [60, с. 686].

Так, згідно з ч.2 ст.429 ЦК України майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належить працівникові, який створив цей об'єкт, та юридичній або фізичній особі, де або у якої він працює, спільно, якщо інше не встановлено договором.

Особливості здійснення майнових прав інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, можуть бути встановлені законом (ч. 3 ст.429 ЦК України). Наприклад, працівник, створивши винахід або корисну модель в зв'язку з виконанням ним обов'язків за трудовим договором (згідно ст.1 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» службовий винахід (корисна модель) [62]), робить спробу подачі заявки на видачу патенту або хоче іншим чином розкрити сутність досягнутого їм результату. Суб'єкт ж господарювання вважає більш доцільним поки не патентувати отриманий результат, а зберігати його в режимі комерційної таємниці. Тобто відповідно до ст.9 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» роботодавець прийняв рішення про збереження службового винаходу (корисної моделі) як «конфіденційної інформації», а з винахідником уклав письмовий договір щодо розміру та умови виплати винагороди виходячи з економічної цінності винаходу (корисної моделі).

При виникненні вищеописаної ситуації суб'єкт господарювання (роботодавець) може захистити свої інтереси шляхом подачі позову в суд загальної юрисдикції про визнання права на комерційну таємницю.

Такий спосіб захисту, як відновлення становища, яке існувало до порушення права, і припинення дій, що порушують право або створюють загрозу його порушення, може бути ефективним лише в тому випадку, коли відомості, що становлять комерційну таємницю, були отримані третьою особою у незаконний спосіб, але вона або не мала ще можливість з ними ознайомитися, або в разі, коли відомості були придбані незаконним способом з метою їх подальшої передачі і передача таких відомостей особі, зацікавленій в їх отриманні, ще не відбулася. Повинна мати місце можливість ліквідації наслідків порушення, наприклад, на особу, яка заволоділа інформацією за допомогою незаконних способів може бути покладено обов'язок щодо повернення незаконно отриманої документації або знищення матеріальних носіїв інформації, на неї може бути накладено заборону на

використання придбаної незаконним способом інформації, що становить комерційну таємницю, для особистих цілей.

Правоволоділець комерційної таємниці може також зажадати визнання недійсним акту державного органу або органу, якому наказано розкрити відомості, що становлять комерційну таємницю, якщо дії даного органу виходять за межі компетенції, наданої йому за законом, або іншим чином суперечать закону.

Органи державної влади, правоохоронних органів для реалізації покладених на них завдань мають право отримувати інформацію від суб'єктів господарювання. Однак проблематичним є питання надання інформації, що становить комерційну таємницю.

На додаток до вищевикладених способів захисту права на комерційну таємницю, в разі, коли особа отримала відомості, що становлять комерційну таємницю за договором, який передбачає обов'язок по виплаті винагороди володарю права на комерційну таємницю, і не здійснила своєчасно такої виплати, суд вправі за позовом потерпілої сторони винести рішення про присудження до виконання обов'язку в натурі.

В рамках судової форми захисту можливо також застосування таких заходів відповідальності, як відшкодування збитків (згідно ч.3 ст.162 Господарського кодексу України), штрафних санкцій.

Специфіка права на комерційну таємницю (як і на інші об'єкти права інтелектуальної власності) обумовлює необхідність застосування особливих способів захисту права на комерційну таємницю. Як було зазначено вище, специфічні способи захисту закріплені в ст.432 ЦК України.

Внесення в ЦК України даної норми обумовлено необхідністю дотримання Україною стандартів захисту інтелектуальної власності Угоди ТРІПС. Частина третя Угоди ТРІПС визнає чотири типи захисту права інтелектуальної власності: цивільно-судовий, адміністративний, митний, кримінально-судовий [1, с. 19]. Всі чотири типи захисту знайшли своє відображення в національному законодавстві.

Для реалізації положень ЦК України Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності» ГПК і ЦПК доповнені окремими главами, в яких визначені види невідкладних заходів щодо попередження порушення права інтелектуальної власності та збереження відповідних доказів, а також механізм їх застосування. Дані заходи названі попереджувальними заходами.

Законодавець виділяє наступні заходи: огляд приміщень, в яких відбуваються дії, пов'язані з порушенням прав; накладення арешту на майно, що належить особі, щодо якої вжито запобіжні заходи, і яке знаходиться у нього або у іншої особи, витребування доказів. Можливо також застосування таких способів, як: вилучення з цивільного обороту товарів, виготовлених або введених у цивільний оборот з порушенням права інтелектуальної власності; вилучення з цивільного обороту матеріалів та знарядь, які використовувалися переважно для виготовлення товарів з порушенням права інтелектуальної власності; опублікування в засобах масової інформації відомостей про порушення права інтелектуальної власності та зміст судового рішення щодо такого порушення (при цьому в публікації не повинна розкриватися сутність комерційної таємниці); застосування разового грошового стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності.

Останній спосіб захисту знайшов своє відображення в спеціальних законах, що регулюють відносини, що складаються з приводу об'єктів права інтелектуальної власності (Закон України «Про охорону прав на промислові зразки», Закон України «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем», Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», Закон України «Про авторське право і суміжні права», Закон України «Про охорону прав на зазначення походження товарів»).

У кожному із зазначених законів є окрема стаття, присвячена способам захисту прав на об'єкти права інтелектуальної власності, в тому числі і такий спосіб, як компенсація. Однак розмір компенсації встановлений

тільки в одному Законі – Законі України «Про авторське право і суміжні права». Ст.44 Закону закріплює можливість виплати компенсації, яка визначається судом, у сумі від 10 до 50 000 мінімальних розмірів заробітної плати, встановлених законодавством України, замість відшкодування збитків або стягнення прибутку (п.2 ст.44 Закону передбачає також можливість вилучення і направлення в користь того, чиє право порушено, прибутку порушника, отриманої їм у результаті порушення авторського права і суміжних прав, замість відшкодування збитків) [63].

Деякі дослідники вважають за доцільне передбачити таку ж суму компенсації і щодо об'єктів права на комерційну таємницю (за аналогією з авторським правом) [64, с. 157]. Питання про можливість застосування компенсації щодо комерційної таємниці не викликає сумніву, оскільки даний спосіб захисту закріплений в Главі 35 "Загальні положення про право інтелектуальної власності" ЦК України, тобто він є застосовуваним до всіх об'єктів права інтелектуальної власності. Ст. 45 (1) Угоди ТРІПС також передбачає можливість застосування судом компенсації: суд може зобов'язати порушника виплатити правовласнику адекватну компенсацію за заподіяну йому в зв'язку з порушенням його права інтелектуальної власності шкоду, заподіяну йому даними порушником, який свідомо знав або повинен був знати, що здійснює правопорушення .

Можливість застосування компенсації до комерційної таємниці була також підтримана в науковій літературі [65, с. 13]. Як один з основних аргументів на користь зазначеного способу захисту автори наводять труднощі (а іноді і неможливість) визначення розміру збитків від незаконного використання комерційної таємниці. Але викликає сумнів розмір компенсації, а також, який характер вона повинна носити: заходи захисту або заходи відповідальності. Наприклад, О.А. Підпригора вважає, що компенсація відповідно до підпункту 3 п.1 ст.44 Закону України «Про авторське право і суміжні права» повинна виплачуватися крім компенсації

збитків і прибутку, як міра покарання за порушення прав, і можливо в інших розмірах [66, з . 13].

Застосування заходів відповідальності за порушення права на комерційну таємницю відомо, зокрема, законодавством США, допускає застосування до порушника санкцій штрафного характеру [67, с. 27]. У той же час, слід зазначити, що суб'єкт господарювання, чиє право порушено, не повинен збагачуватися за рахунок особи, яка порушила право на комерційну таємницю. Він має законне право відновити своє становище, а при неможливості відновлення – компенсувати свої втрати. Тому застосування штрафних санкцій можливо не в формі компенсації, а в формі штрафів, передбачених у договорах (договір про передачу ноу-хау, комерційна концесія).

Повертаючись до питання розміру компенсації, слід зазначити, що з одного боку, право на комерційну таємницю, як і на об'єкти авторського права, не підлягає реєстрації, але, в той же час право інтелектуальної власності на комерційну таємницю має ряд істотних відмінностей. Комерційна таємниця – самий універсальний об'єкт інтелектуальної власності, тому і його незаконне використання може носити абсолютно різні наслідки. Ст.432 ЦК України встановлює, що розмір разового грошового стягнення визначається відповідно до закону з урахуванням вини особи та інших обставин, що мають істотне значення.

Викладене дозволяє зробити наступний висновок: компенсація за своїм характером є мірою відповідальності, однак вона не повинна застосовуватися як додаткове обтяження разом з відшкодуванням збитків. Компенсація не повинна замінювати відшкодування збитків, а повинна застосовуватися виключно в особливих випадках, коли у суду немає сумніву в наявності у потерпілого збитків, однак, визначення точного розміру збитків представляється скрутним. Що стосується розміру компенсації, то встановлення чітких грошових кордонів не представляється доцільним. Як вже зазначалося раніше, у всіх спеціальних законах (крім одного) не

передбачений розмір компенсації. Слід виходити із загальних засад, закріплених в ст. 432 ЦК України: розмір грошового стягнення визначається відповідно до закону з урахуванням вини особи та інших обставин, що мають істотне значення.

Ст. 20 ГК України та ст. 16 ЦК України не дають вичерпний перелік способів захисту, що допускає можливість застосування додаткових способів захисту права на комерційну таємницю. Аналіз зарубіжного і національного законодавства дозволяє виділити наступні способи захисту права на комерційну таємницю: вилучення та направлення на користь суб'єкта господарювання, чиє право на комерційну таємницю порушено, прибутку порушника, отриманого ним у результаті порушення права на комерційну таємницю; примус до укладення договору про передачу ноу-хау незаконних користувачам комерційної таємниці. Останній захід відповідальності використовується в практиці США.

Примусове укладення договору про передачу ноу-хау доцільно, коли комерційна таємниця вже стала відома конкуренту. Застосування інших проаналізованих вище способів захисту часто виявляється неефективним, оскільки не компенсує в повному обсязі збитки, завдані порушенням права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю. Збитки в більшості випадків складаються з упущеної вигоди, яку важко визначити в момент порушення права на комерційну таємницю. Примусове укладення договору про передачу ноу-хау дозволить суб'єкту господарювання, чиє право на комерційну таємницю порушено, отримати компенсацію у формі платежів за договором, розмір яких буде визначатися виходячи з прибутку, отриманої порушником внаслідок застосування незаконно отриманої комерційної таємниці.

Таким чином, при використанні судової форми захисту суб'єкт господарювання може вдаватися до наступних способів захисту права на комерційну таємницю: визнання наявності або відсутності права на комерційну таємницю, визнання повністю або частково недійсним актів

органів державної влади та органів місцевого самоврядування, актів інших суб'єктів, що суперечать законодавству, ущемляють права і законні інтереси суб'єкта господарювання; відновлення становища, яке існувало до порушення права (за умови, що інформація не стала загальновідомою), припинення дій, які порушують право або створюють загрозу його порушення, присудження до виконання обов'язку в натурі. Суб'єкт господарювання може також вдатися до заходів відповідальності: відшкодування шкоди, застосування штрафних санкцій. Можливо також застосування способів захисту права інтелектуальної власності, передбачених ст.432 ЦК України (за винятком митного захисту). Аналіз зарубіжного законодавства дозволяє виділити такий спосіб захисту права на комерційну таємницю, як примусове укладення з суб'єктом господарювання, що порушив право на комерційну таємницю, договору про передачу ноу-хау, предметом якого буде виступати незаконно отримана комерційна таємниця.

В рамках юрисдикційної форми захисту можна виділити адміністративний порядок захисту права на комерційну таємницю. Даний порядок передбачений Законом України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 року. Згідно з нормами Закону володілець права на комерційну таємницю вправі звернутися із заявою про порушення права на комерційну таємницю до відповідного територіального органу АМК, який в свою чергу зобов'язаний розглянути обставини справи і винести обов'язкове для виконання розпорядження про усунення порушення.

При вчиненні незаконних дій щодо комерційної таємниці АМК згідно ст. 30 Закону може прийняти рішення про визнання факту недобросовісної конкуренції, припинення недобросовісної конкуренції, накладення штрафу. Зазначені заходи носять характер адміністративно-господарських санкцій (згідно ст.238 Господарського кодексу України).

Для відшкодування збитків, завданих актом недобросовісної конкуренції, суб'єкт господарювання повинен звернутися в суд (ст.24 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»).

Рішення АМК і його територіальних відділень, прийняті у справах про недобросовісну конкуренцію можуть бути оскаржені до суду (ст.32 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»).

Неюрисдикційна форма захисту охоплює собою дії суб'єкта господарювання щодо захисту його права на комерційну таємницю, які вчиняються ним самостійно, без звернення за допомогою до державних або іншим компетентним органам [68, с. 337].

У ЦК України право на використання даної форми закріплено в ст.19. Особа має право на самозахист свого цивільного права та права іншої особи від порушень і протиправних посягань. Кодексом встановлено певні обмеження при використанні даного права. Засоби протидії повинні бути не заборонені законом і не суперечити моральним засадам суспільства. Способи захисту повинні відповідати змісту порушеного права, характеру дій, якими воно порушене, а також наслідкам, заподіяним цим порушенням.

По суті, це право зводиться до виведення з ладу технічних засобів, незаконно введених третіми особами з метою отримання інформації, дезінформації осіб, які незаконно отримали засекречені відомості, з метою нейтралізації події, а також до застосування оперативно-господарських санкцій, якщо інформація, що становить комерційну таємницю, відповідно до умов договору передається по частинах, і одна зі сторін порушила умови договору.

3.3. Критерії розрахунку шкоди, заподіяної порушенням права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю

Відшкодування збитків у грошовій формі, завданих незаконним використанням комерційної таємниці, є найбільш прийнятним способом відновлення порушеного права з точки зору компенсації майнової сфери її законного власника.

Підвищену значущість стягнення завданих збитків у порівнянні з іншими способами захисту відзначає ряд дослідників. Так, Е.В. Петров, В.А. Северин, визнаючи особливе значення стягнення завданих збитків в інформаційній сфері, та зауважують, що такий вид відповідальності не набув широкого поширення в зв'язку з відсутністю законодавчого регулювання стягнення збитків і методик їх розрахунку [65, с. 15; 69, с. 72]. Визначення розміру шкоди при порушенні майнових прав інтелектуальної власності є також однією з умов адаптації нашого законодавства до стандартів ЄС [70, с. 517].

В умовах розвитку ринку інтелектуальної власності механізм захисту має передбачати не тільки ефективну правову охорону, а й можливість економічної компенсації власнику в разі порушення його прав на об'єкти інтелектуальної власності [71, с. 289].

Законом України «Про інформацію» закріплює за громадянами і юридичними особами, які займаються інформаційною діяльністю, право використовувати інформаційну продукцію та інформаційні послуги як об'єкт товарних відносин. Згідно ч.3 ст. 162 ГК України особа, протиправно використовує комерційну таємницю, що належить суб'єкту господарювання, зобов'язана відшкодувати завдані йому такими діями збитки відповідно до закону. Однак шляхи оцінки вартості інформації законодавець не врегулює.

Український досвід правозастосовчої практики з розгляду в судах різної юрисдикції спорів про порушення прав власників об'єктів інтелектуальної власності (в тому числі і комерційної таємниці) з визначенням розміру відшкодування завданих порушенням збитків також ще зовсім невеликий.

Одним з основних чинників, що стимулюють розвиток ринкових відносин в галузі використання прав інтелектуальної власності, є наявність методики розрахунку збитків, яких зазнало підприємство в зв'язку з

порушенням його права на комерційну таємницю, для їх компенсації за допомогою позовів в судах.

У науковій літературі намічені певні підходи до вирішення проблеми оцінки вартості інформації. Більшість авторів визначають вартість інформації виходячи з того впливу, який вона чинить на виробництво (збільшення споживчої вартості продукції, поліпшення її техніко-економічних характеристик, зниження витрат на виробництво) [72, с. 58-59]. При оцінці комерційно цінної інформації з вказаною точкою зору можна погодитися частково, оскільки слід оцінювати не тільки те, який ефект принесе використання інформації на виробництво, але і те, як її використання відіб'ється на ринкове положення суб'єкта господарювання.

При визначенні розміру збитків, завданих порушенням права на комерційну таємницю, слід виходити із загальних положень про відшкодування шкоди, закріплених в законодавстві, а також тих економічних переваг, які отримує суб'єкт господарювання при використанні інформації, що становить комерційну таємницю.

До складу збитків, що підлягають відшкодуванню особою, яка допустила господарське правопорушення, включаються вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна, визначеного відповідно до вимог законодавства; додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншими суб'єктами, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо), понесені стороною, що зазнала збитків внаслідок порушення зобов'язання другою стороною; неодержаний прибуток (втрачена вигода), на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати у разі виконання зобов'язання іншою стороною; матеріальна компенсація моральної шкоди у випадках, передбачених законодавством.

ЦК України також у складі збитків виділяє реальні збитки, упущену вигоду (ст.22), моральну шкоду (ст. 23).

Тобто в структурі збитків, завданих порушенням права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю, слід виділити безпосередньо

майнову шкоду (реальні збитки, упущену вигоду) та моральну шкоду. ЦК України встановлює загальне правило: збитки відшкодовуються в повному обсязі, якщо договором або законом не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі.

Ст.22 ЦК України визначено межі визначення упущеної вигоди. Якщо особа, яка порушила право, одержала у зв'язку з цим доходи, то розмір упущеної вигоди, що має відшкодовуватися особі, право якої порушено, не може бути меншим від доходів, одержаних особою, яка порушила право. Тобто мінімальний розмір відшкодування упущеної вигоди становить суму отриманого правопорушником доходу від незаконного використання комерційної таємниці.

Об'єкти, що знаходяться в режимі комерційної таємниці, схильні до морального, а не фізичного зносу, оскільки головною метою засекречування в режимі комерційної таємниці певної економічно цінної інформації виступає досягнення конкурентної переваги шляхом реалізації продукції, що користується підвищеним попитом у порівнянні з продукцією конкурентів внаслідок:

а) ексклюзивності продукції, виробленої за допомогою використання інформації, що знаходиться в режимі комерційної таємниці, або ж продукція має будь-які найкращі характеристики (якість, оформлення, сервісне обслуговування);

б) більш низьку ціну продукції при тій же якості;

в) отримання тимчасової монополії і створення власного бренду.

Порушення права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю в останньому варіанті не приносить йому збитків, оскільки у нього окупилися витрати на виготовлення продукції з використанням інформації, яка складає його комерційну таємницю, його продукція користується попитом у зв'язку з тим, що вона володіє брендом.

При порушенні права на комерційну таємницю в перших двох варіантах можливі дві ситуації: витрати на випуск продукції з використанням

інформації, що становить комерційну таємницю ще не окупилися; або вже окупилися.

У ситуації, коли витрати на випуск продукції вже окупилися, відшкодуванню підлягає тільки упущена вигода. При визначенні її розміру слід виходити з такого: на якій стадії життєвого циклу знаходиться товар, виготовлений на основі технології, що становить комерційну таємницю, чи комерціалізований об'єкт комерційної таємниці.

Можна виділити три життєвих цикли товару: розробка, просування на ринок, стандартизація. Перша стадія характеризується витратами на дослідження і розробки, на проведення НДДКР, спрямованими на створення будь-якого нового об'єкта, здебільшого технічного характеру (хоча можливо і комерційного), загальними і адміністративними витратами, зумовленими необхідністю встановлення режиму комерційної таємниці, витратами на оплату послуг розробників. На даному етапі об'єкти, що знаходяться в режимі комерційної таємниці, ще не комерціалізувалися.

Просування на ринок відрізняється великою питомою вагою маркетингових витрат, обумовлених необхідністю створення реклами нового продукту, підготовки методик визначення вартості нового продукту, дослідження передбачуваного ринку збуту нового товару і т.п. Протягом даного періоду нова технологія комерціалізується.

На даному етапі також можуть виникнути досвід і знання комерційного характеру, потенційно здатні перебувати в режимі комерційної таємниці. Як показує практика, в даний час досвід і знання комерційного характеру набувають все більшого значення і від їх застосування, в кінцевому рахунку, залежить успіх комерціалізації нової технічної розробки. Саме на цьому етапі суб'єкт господарювання, що володіє комерційною таємницею, має можливість зайняти монопольне становище з виробництва товарів з використанням технології, комерційного досвіду та знань, які перебувають в режимі комерційної таємниці.

Стандартизація продукції, яка виробляється з використанням комерційної таємниці, спочатку характеризується насиченням ринку новою продукцією, коли суб'єкт господарювання має можливість «зняти вершки», а також отримувати додаткові доходи у вигляді роялті чи іншої форми оплати за передачу майнових прав на договірних засадах. Ризик розкриття від подібної передачі суб'єкт господарювання оцінює сам. Надалі спостерігається спад прибутковості нової розробки, зважаючи на можливість сумлінного створення іншими суб'єктами господарювання аналогів нової продукції, звикання споживачів до нового продукту.

Таким чином, крива доходів від продажів об'єктів, створених з використанням комерційної таємниці, виглядає наступним чином (рис. 3.1):

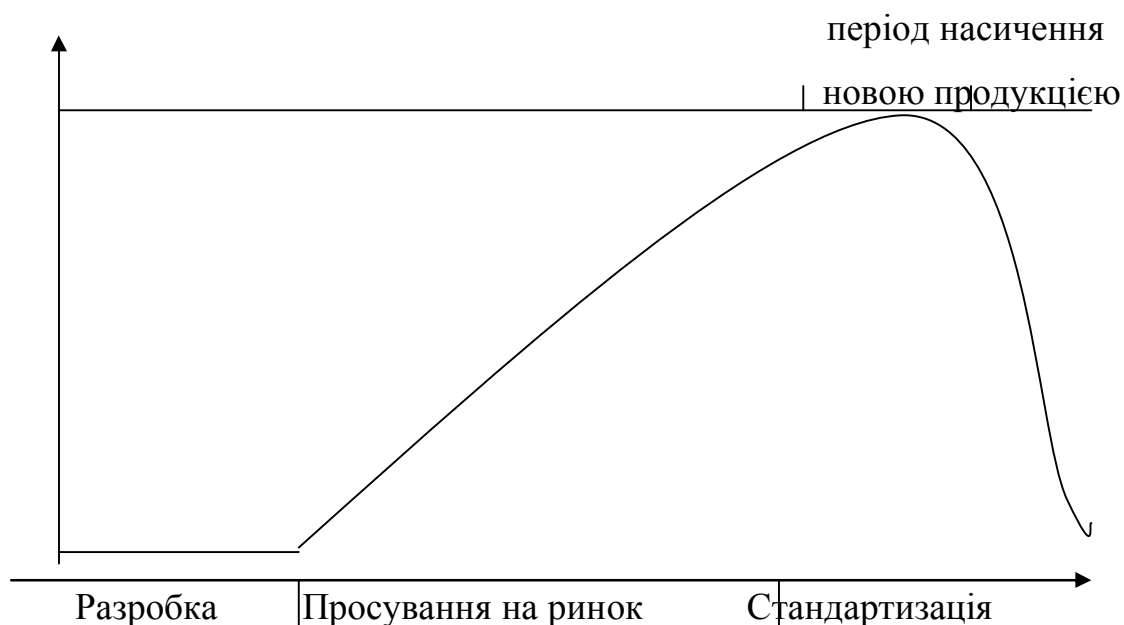


Рис. 3.1. Крива доходів від продажу об'єктів, створених з використанням комерційної таємниці

Тобто витрати на створення продукції з використанням інформації, що знаходиться в режимі комерційної таємниці, починають окупатися з моменту просування товару на ринок. Саме на стадіях просування товару на ринок і його стандартизації можлива ситуація, коли порушення права на комерційну таємницю спричинило моральну шкоду і неотримання прибутку,

на яку власник комерційної таємниці мав право розраховувати (втраченої вигоди).

Упущена вигода обумовлена очікуваними доходами від реалізації на ринку продукції, створеної з використанням інформації, що становить комерційну таємницю суб'єкта господарювання. Для її розрахунку доцільно використовувати дохідний або ринковий методи.

При використанні прибуткового методу слід враховувати неoderжаний прибуток від втрачених продажів, ерозію цін, неотриманий прибуток від втрати супутніх продажів, збільшення витрат для прискореного просування товару на ринок. Вимога відшкодування збитків за втрачений прибуток можливо, якщо має місце існування попиту на продукт, створений шляхом використання об'єкта комерційної таємниці, немає ніяких аналогів даної продукції, у підприємства існують виробничі і маркетингові можливості для задоволення потенційного попиту, порушник прав інтелектуальної власності отримав певні прибутки від незаконного використання об'єкта інтелектуальної власності законного власника.

Сума збитку внаслідок неотримання прибутку від втрачених продажів визначається розміром чистого прибутку, отриманого порушником за продаж об'єктів з використанням технології, комерційних знань, що становлять комерційну таємницю законного власника.

Сума збитку від супутніх продажів, тобто від договорів, укладених законним власником з третіми особами на передачу об'єктів, що знаходяться в режимі комерційної таємниці, складається з сум роялті, інших відрахувань, які суб'єкт господарювання – законний власник отримав би, якщо комерційна таємниця не стала загальновідомою, суб'єкт господарювання не втратив б свого монопольного положення з продажу об'єктів з використанням комерційної таємниці.

Суму збитків від ерозії цін можна розрахувати шляхом порівняння планованих цін на продукцію, вироблену з використанням комерційної таємниці, і тих цін, які об'єктивно склалися під впливом попиту і пропозиції

на ринку в зв'язку з тим, що суб'єкт господарювання законний власник комерційної таємниці втратив монопольне становище внаслідок порушення його прав на комерційну таємницю.

Розмір збільшених витрат на прискорене просування на ринок можна визначити шляхом калькуляції вартості додаткових маркетингових досліджень, створення додаткової реклами. Виникнення даних витрат обумовлено тим, що суб'єкт господарювання – законний власник комерційної таємниці змушений для того, щоб хоч якось окупити витрати на НДДКР, швидше просунути новий продукт на ринок, щоб зовсім не втратити конкурентну перевагу.

При використанні ринкового методу розрахунок проводиться з урахуванням динаміки середньостатистичних показників попиту на товари такої ж групи за останні п'ять-десять років.

Якщо витрати на випуск продукції з використанням інформації, що становить комерційну таємницю ще не окупилися, то збитки від порушення права суб'єкта господарювання складаються з реальних збитків, упущеної вигоди, моральної шкоди.

Розмір упущеної вигоди розраховується також, як і в першому варіанті.

Для розрахунку реальних збитків спочатку слід визначити їх склад. До їх складу входять: втрати, які суб'єкт господарювання не поніс би, якби не витрачав кошти на випуск продукції з використанням інформації, що становить комерційну таємницю; втрати від скорочення випуску іншої продукції через відволікання коштів, виробничих потужностей на організацію випуску продукції з використанням інформації, що становить комерційну таємницю; збитки від відмови виконання укладених договорів з постачальниками в зв'язку з припиненням або скороченням випуску продукції з використанням інформації, що становить комерційну таємницю, штрафні санкції, які суб'єкт господарювання зобов'язаний виплатити іншим користувачам комерційної таємниці відповідно до умов укладених договорів

на передачу комерційної таємниці (юридичні збитки); збитки від простою устаткування, списання недоамортизованого обладнання або його продажу (технологічні збитки); фінансові збитки, зумовлені необхідністю сплати податків і зборів, платежів до фондів соціального страхування, звільнення робітників (в їх склад також входить зарплата дослідницького персоналу).

Розрахунок розміру реальних збитків проводиться з використанням витратного методу.

Ст.23 ЦК України визначає загальні засади відшкодування моральної шкоди. Моральна шкода відшкодовується грошми, іншим майном або в інший спосіб. Розмір грошового відшкодування моральної шкоди визначається судом залежно від характеру правопорушення, глибини фізичних та душевних страждань, погіршення здібностей потерпілого або позбавлення його можливості їх реалізації, ступеня вини особи, яка завдала моральної шкоди, а також з урахуванням інших обставин, що мають істотне значення. При визначенні розміру відшкодування враховуються вимоги розумності і справедливості. Моральна шкода відшкодовується незалежно чи підлягає відшкодуванню майнових збитків і не пов'язана з розміром цього відшкодування.

Оскільки суб'єкт господарювання (на відміну від фізичної особи) не володіє певними психологічними властивостями, то розмір відшкодування моральної шкоди визначається в залежності від ступеня применшення його ділової репутації, характеру правопорушення (виходячи зі ступеня суспільної небезпеки, того, наскільки правопорушення знизило конкурентоспроможність суб'єкта господарювання, втратив суб'єкт господарювання монополію в рамках певного товарного ринку на реалізацію нових товарів), вини правопорушника.

Слід зазначити, що у вітчизняній науці довгий час питання відшкодування моральної шкоди юридичним особам вважався спірним, тому дослідження способів розрахунку розмірів відшкодування здебільшого стосувалися тільки фізичних осіб [77; 78].

Недостатньою для виведення будь-яких загальних способів визначення розмірів відшкодування заподіяної моральної шкоди суб'єктам господарювання сформовано на сьогодні судовою практикою. Наприклад, у ФРН для полегшення визначення розміру відшкодування моральної шкоди регулярно систематизуються і публікуються витяги з судових рішень про відшкодування завданої моральної шкоди, що дає судам основу для формування позицій не тільки щодо самого відшкодування, а й однакового застосування законодавства в аналогічних справах. У Великобританії для вирішення питань відшкодування немайнової шкоди в 1964 році була створена комісія з питань відшкодування моральної шкоди, яка почала діяти за спеціально розробленою тарифною схемою.

У США Верховний суд систематизує практику відшкодування моральної шкоди за різними категоріями справ.

Зважаючи на відсутність правил визначення розміру моральної (немайнової) шкоди, можна звернутися до існуючих наукових досліджень у цій області. Однією із пропонованих методик, що є актуальною та застосованою і нині є методика запропонована російськими дослідниками. Останні пропонують методику визначення розміру заподіяної юридичним особам моральної шкоди, що передбачає такі напрями:

- визначення характеру суспільного резонансу в результаті вчинення проти юридичної особи протиправних дій;
- дослідження, як це відобразилося на персоналі організації і його продуктивності;
- характеру та обсягів витрат на ліквідацію наслідків даного протиправного діяння;
- визначення величини шкоди, заподіяної планам і перспективам діяльності юридичної особи;

Для розрахунку збитку авторами запропонована наступна формула: $D = (S_b \times R_1 \times R_2 \times R_3 + S_p + S_d) \times F_v$, де

S_b – базова сума матеріального еквіваленту моральної шкоди, заподіяної діловій репутації юридичної особи. Автори на основі аналізу спеціальної літератури і економічних санкцій умовно прирівнюють її до 1/10 річного доходу юридичної особи. Якщо з яких-небудь причин ця сума не може використовуватися в розрахунках, вона наводиться, виходячи з 100 тис. Грн.

R_1 – коефіцієнт ступеня шкоди, заподіяної діловій репутації,

$0 < (\text{або дорівнює}) R_1 < (\text{або дорівнює}) 5$. 0 – відсутність шкоди, 1 – ступінь шкоди, класифікують як низька, 2 – нижче середнього, 3 – середня, 4 – вище середнього, 5 – висока,

R_2 – коефіцієнт статусу юридичної особи, що визначається його рейтингом на ринку в даній сфері. $0,5 < (\text{або дорівнює}) R_2 < (\text{або дорівнює}) 3$,

R_3 – коефіцієнт сепзitivності ділової репутації юридичної особи для його конкурента, який залежить від специфіки діяльності, $1 < (\text{або дорівнює}) R_3 < (\text{або дорівнює}) 2$,

S_p – сума, що компенсує негативні емоційні переживання співробітників, а також вимушені витрати їх часу та сил внаслідок протиправного діяння;

S_d – сума, що компенсує наслідки негативної поведінки відповідача після скоєного правопорушення (якщо така поведінка мала місце),

F_v – коефіцієнт вини відповідача (встановлюється в судовому порядку),

$0,25 < F_v < 1$, де 1 – прямий умисел з боку відповідача; 0,25 – 0,5 наявність різного ступеня необережності [77, с. 103-116].

Запропоновані підходи до визначення розміру збитків, завданих порушенням права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю, можуть бути використані при розробці відповідної методики.

Висновки до розділу 3.

Відповідно до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» та ст. 36 ГК України правопорушенням є неправомірне збирання, розголошення та використання комерційної таємниці. Зокрема це: 1) неправомірне збирання комерційної таємниці; 2) розголошення комерційної таємниці; 3) схилення до розголошення комерційної таємниці; 4) неправомірне використання комерційної таємниці.

Національне законодавство не містить вичерпного переліку законних і незаконних способів отримання відомостей, що становлять комерційну таємницю. Однак на практиці вирішення питання про законність або незаконність отримання інформації, що становить комерційну таємницю, є одним з ключових під час розгляду справ про незаконне використання комерційної таємниці. Таким чином, доцільно в національному законодавстві закріпити вичерпний перелік законних способів отримання комерційної таємниці, таких як: незалежне відкриття, зворотний технічний аналіз, сумлінне придбання.

Захист права на комерційну таємницю можливий в юрисдикційній і неюрисдикційній формах.

При використанні судової форми захисту суб'єкт господарювання може вдатися до наступних способів захисту права на комерційну таємницю: визнання наявності або відсутності права на комерційну таємницю, визнання повністю або частково недійсним актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування, актів інших суб'єктів, що суперечать законодавству, утісняють права і законні інтереси суб'єкта господарювання; відновлення становища, яке існувало до порушення права (за умови, що інформація не стала загальновідомою), припинення дій, які порушують право або створюють загрозу його порушення, присудження до виконання обов'язку в натурі. Суб'єкт господарювання може також вдатися до заходів відповідальності: відшкодування шкоди, застосування штрафних санкцій.

Можливо також застосування способів захисту права інтелектуальної власності, передбачених ст.432 ЦК України.

Доцільно використовувати як спосіб захисту права на комерційну таємницю примусове укладення договору про передачу ноу-хау з особою, яка порушила право суб'єкта господарювання на комерційну таємницю.

На основі запропонованих критеріїв розрахунку шкоди, заподіяної порушенням права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю, запропонованих в роботі, видається доцільним розробка та прийняття методики розрахунку збитків, заподіяних порушенням права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю та визначення органів, які повинні давати експертні висновки про розмір заподіяної шкоди .

ВИСНОВКИ

На сьогодні відсутній окремий спеціальний закон про комерційну таємницю та її правову охорону, а правовідносини щодо комерційної таємниці регулюються окремими положеннями Цивільного кодексу України (ЦК), Господарського кодексу України (ГК), Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» та іншими нормативними актами, в тому числі міжнародними. Однак, у вище наведених законодавчих актах не передбачено порядок віднесення інформації до комерційної таємниці, підстави виникнення прав суб'єктів на комерційну таємницю, порядок доступу до неї. Не вирішеним є і питання юридичної відповідальності за незаконне отримання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю. Адже за відсутності чітко встановлених правових засад набуття, використання, поширення та зберігання інформації, яка становить комерційну таємницю, а також гарантії захисту такої інформації, норми, що містять санкції за правопорушення в цій сфері, не можуть ефективно застосовуватись, що часто призводить до порушення прав осіб. Такі питання необхідно передбачити на рівні спеціального Закону.

Поняття комерційної таємниці сформульовано у ст. 505 ЦК України: «Комерційною таємницею є інформація, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію».

Юридично значимими ознаками, необхідними і достатніми для визнання інформації комерційною таємницею суб'єкта господарювання, є наступні:

– комерційною таємницею може визнаватися лише інформація;

– інформація, яка становить комерційну таємницю, не потребує офіційного визнання її охороноспроможності, реєстрації чи дотримання інших формальних процедур для поширення на неї правової охорони;

– це інформація технічного, організаційного, комерційного, виробничого та іншого характеру, що пов'язана з підприємницькою діяльністю; не є державною таємницею, або інформацією, яка відповідно не може належати до комерційної таємниці; згідно норм вітчизняного законодавства є об'єктом права інтелектуальної власності суб'єкта підприємницької діяльності, використання якої не завдасть шкоди суспільству;

– така інформація має бути не відомою та не легкодоступною для інших осіб;

– зазначена інформація має бути предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію;

– зміст та об'єм комерційної таємниці встановлюється володільцем інформації на власний розсуд;

– необмеженість строку її захисту.

Сукупність усіх вище зазначених факторів дає підстави вважати інформацію комерційною таємницею.

Спірним моментом при визначенні шляхів удосконалення чинного законодавства є проблема віднесення комерційної таємниці до об'єктів інтелектуальної власності. Проаналізувавши норми міжнародного та національного законодавства, а також ряд наукових праць, щодо співвідношення інформації, яка захищається за допомогою законодавства про інтелектуальну власність та конфіденційної інформації, що є комерційно цінною, то воно виглядає наступним чином: комерційна таємниця не обов'язково є об'єктом інтелектуальної власності, однак інформація, що захищена законодавством про інтелектуальну власність, може бути визнана комерційною таємницею.

Проаналізовані категорії учасників господарських відносин дозволяють виділити суб'єктів права на комерційну таємницю (суб'єкти підприємницької діяльності, в тому числі фізичні особи-суб'єкти підприємництва, некомерційні організації) і учасників відносин, що складаються з приводу комерційної таємниці (органи державної влади, місцевого самоврядування, фізичні особи без статусу суб'єкта підприємницької діяльності, суб'єкти публічного права). Перша категорія реалізує широкий спектр правомочностей по відношенню до комерційної таємниці (хтось більшою, хтось меншою мірою), друга категорія виступає тільки в якості користувачів (конфідентів) інформації, що становить комерційну таємницю.

Проведене дослідження дозволяє виділити наступні правові гарантії щодо комерційної таємниці: гарантії, які забезпечують реалізацію права на комерційну таємницю; гарантії, які забезпечують охорону комерційної таємниці; гарантії, які забезпечують захист права на комерційну таємницю; гарантії, що забезпечують можливість притягнення до юридичної відповідальності за порушення права на комерційну таємницю.

Суб'єкт підприємницької діяльності, який має намір скористатися своїм правом на комерційну таємницю повинен самостійно спланувати і організувати усі дії правового та організаційного характеру, щоб забезпечити можливість використовувати та охороняти інформацію в режимі «комерційна таємниця». Ефективність її захисту залежатиме від докладених зусиль з боку власника-розпорядника такої інформації. Втім, в умовах сьогодення, особливу увагу слід приділити питанням, які за даними наукових досліджень більшою мірою впливають на захист комерційно-цінної інформації. По-перше, – це сучасні досягнення в галузі комунікаційних технологій, що дають можливість швидкого копіювання та поширення цінної інформації. Часто такі дії відбуваються без дозволу на те власника. Тому, важливо особливо увагу приділити застосуванню технічних засобів захисту комерційної таємниці, використовуючи надійні інформаційні системи, ліцензійне програмне забезпечення тощо. По-друге, варто більше уваги приділити

питанням підвищення лояльності працівників. Вжиття відповідних заходів дасть змогу покращити продуктивність, закріпити кадри, зменшити їх плинність і завдяки цьому мінімізувати ризик розголошення комерційної таємниці.

Відповідно до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» та ст. 36 ГК України правопорушенням є неправомірне збирання, розголошення та використання комерційної таємниці. Зокрема це: 1) неправомірне збирання комерційної таємниці; 2) розголошення комерційної таємниці; 3) схилення до розголошення комерційної таємниці; 4) неправомірне використання комерційної таємниці.

Національне законодавство не містить вичерпного переліку законних і незаконних способів отримання відомостей, що становлять комерційну таємницю. Однак на практиці вирішення питання про законність або незаконність отримання інформації, що становить комерційну таємницю, є одним з ключових під час розгляду справ про незаконне використання комерційної таємниці. Таким чином, доцільно в національному законодавстві закріпити вичерпний перелік законних способів отримання комерційної таємниці, таких як: незалежне відкриття, зворотний технічний аналіз, сумлінне придбання.

Захист права на комерційну таємницю можливий в юрисдикційній і неюрисдикційній формах.

При використанні судової форми захисту суб'єкт господарювання може вдаватися до наступних способів захисту права на комерційну таємницю: визнання наявності або відсутності права на комерційну таємницю, визнання повністю або частково недійсним актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування, актів інших суб'єктів, що суперечать законодавству, утісняють права і законні інтереси суб'єкта господарювання; відновлення становища, яке існувало до порушення права (за умови, що інформація не стала загальновідомою), припинення дій, які порушують право або створюють загрозу його порушення, присудження до виконання

обов'язку в натурі. Суб'єкт господарювання може також вдатися до заходів відповідальності: відшкодування шкоди, застосування штрафних санкцій. Можливо також застосування способів захисту права інтелектуальної власності, передбачених ст.432 ЦК України.

Доцільно використовувати як спосіб захисту права на комерційну таємницю примусове укладення договору про передачу ноу-хау з особою, яка порушила право суб'єкта господарювання на комерційну таємницю.

На основі запропонованих критеріїв розрахунку шкоди, заподіяної порушенням права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю, запропонованих в роботі, видається доцільним розробка та прийняття методики розрахунку збитків, заподіяних порушенням права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю та визначення органів, які повинні давати експертні висновки про розмір заподіяної шкоди .

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Андрощук Г., Крайнев П., Каввас И. Право интеллектуальной собственности: торговые аспекты / Г. Андрощук, П. Крайнев, И. Каввас – К.: Изд. дом «Ин Юре», 2000. – 164 с.
2. Model Provision on Protection against Unfair Competition. – WIPO. – 1996.
3. Типовые положения о защите от недобросовестной конкуренции, подготовленные Международным бюро Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) в соответствии с ее программой на двухлетний период 1994-1995 г.г.: Статьи и примечания // Публикация ВОИС. – 1997. - №832 (R) – С. 27-54.
4. Maier A. Der Schutz von Betriebs-und Geschäftsgeheimnissen im schwedischen, englischen und deutschen Recht. - Köln. - 1998. – 457 s.
5. Ruppe H-G. Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben. – Wien, 1980. – 153 s.
6. Lukes R., Vieweg K., Hauck E. Schutz von Betriebs – und Geschäftsgeheimnissen in ausgewählten EG-Staaten. – Berlin, 1986. – 481 s.
7. Топалова Л.Д. Правовой режим коммерческой тайны: дис.... канд. юрид. наук / Л. Д. Топалова. – Д, 2006.– 213 с.
8. Цивільний кодекс України від 16 січ. 2003 р. №435 // Офіц. вісник України. – 2003. – №11. – Ст. 461. (Зі змін. та допов.).
9. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18/22. – Ст. 144. – (Зі змін. та допов.).
10. Про захист від недобросовісної конкуренції : Закон України від 7 червня 1996 р. №236 // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №36. – Ст. 164. – (Зі змін. та допов.).
11. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11 січня 2001р. №2210 // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 12. – Ст. 64. (Зі змін. та допов.).

12. Князев С. Комерційна таємниця: особливості організаційно-правового впровадження / С. Князев // Юстиніан. – К. : 2006. – № 6. – С. 5.
13. Мэггс П.Б., Сергеев А.П. Интеллектуальная собственность / П.Б.Мэггс, А.П. Сергеев // М.: Юрист, 2000. – 400 с.
14. Про перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці : Постанова Кабінету Міністрів України від 09 серпня 1993 р. №611 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : // <http://zakon1.rada.gov.ua>.
15. Сліпачук О. Комерційна таємниця на підприємстві / О. Сліпачук // Справочник економіста.– 2005.– №7.– С.67.
16. Виноградова Г., Шпак О. Деякі питання законодавчого забезпечення захисту комерційної таємниці / Г. Виноградова, О. Шпак // Юридичний журнал.– 2004.– №12 / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: justinian.com.ua/author.php?id=552
17. Гражданское право : учебник / под ред. Е. А. Суханова. – М., 1999. – Т. 2. – Полутом 1.– С. 574-580.
18. Городов О. А. Интеллектуальная собственность предпринимателя. Коммерческое право : в 2 ч. : учебник / О. А. Городов ; под ред. В. Ф. Попондопуло, В. Ф. Яковлевой. – 3-е изд. – М. : Юристъ, 2004. – Ч. 1. – 680 с.
19. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник / А. П. Сергеев. – 2-е изд.– М. : Проспект, 2005. – 752 с.
20. Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право : учебник / В. Ф. Попондопуло. – М. : Юристъ, 2005. – 350 с.
21. Балакин Д. Каким быть новому законодательству РФ о ноу-хау? / Д. Балакин // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. – 2003. – №2. – С. 11-15.
22. Северин В. А. Правовой механизм регулирования коммерчески значимой информации в торговом обороте / В. А. Северин // Юрист.-2002.– № 10.– С. 12-14.
23. Бегова Т. Суб'єкти права інтелектуальної власності на ноу-хау / Т. Бегова // Право України. – 2005. – № 11. – С. 95-98.

24. Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации : сборник статей / В. А. Дозорцев. – М. : Статут, 2005. – 416 с.
25. Андрощук Г. Секретна інформація як об'єкт правової охорони / Г. Андрощук // Интеллектуальна власність. – 1999. – № 3-4. – С. 29-31.
26. Отнюкова Г.Д. Коммерческая тайна / Г.Д. Отнюкова // Закон. – 1998. – №2. – С. 55-59.
27. Копылов В.А. Информационное право: Учеб. Пособ / В.А. Копылов – М.: Юристъ, 1997. – 472 с.
28. Коломиец А.В. Коммерческая тайна в гражданском праве Российской Федерации / В.А. Коломиец. – М.: Изд. РАГС, 2000. – 95 с.
29. Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (исключительные права): Учебник. – М.: Норма-Информа / В. О. Калятин // М.– 2000. – 459 с.
30. Носік Ю. В. Право на комерційну таємницю в Україні: Монографія / Ю.В. Носік.– К.: КНТ. – 2007. – 240 с.
31. Про правовой статус іноземців та осіб без громадянства: Закон України від 4 лютого 1994 р. N 3929-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – N 23. – ст. 161.
32. Скакун О.Ф. Теория государства и права: Учебник /О.Ф. Скакун – Х.: Консум; Ун-т внут. дел, 2000. – 704 с.
33. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. - № 30. – Ст. 141.
34. Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. в редакції Закону від 13.01.2011р. № 2938-VI (2938-17) // Відомості Верховної Ради України. – 2011.–№ 32.– Ст.313.
35. Андрощук Г.А., Крайнев П.П. Экономическая безопасность предприятия: защита коммерческой тайны: Монография / Г.А. Андрощук // – К.: Изд. дом «Ин Юре», 2000. – 400 с.
36. Фархнэм А. Как сохранены Ваши секреты? / А. Фархнэм // Управление персоналом. – 1997. - №6. – С. 86.

37. Lavery Paul. Commercial Secrets: The Action for Breach of Confidence in Ireland. - Round Hall Sweet & Maxwell, 1997.
38. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 року № 2341-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. - № 25-26. – Ст. 131. – (Зі змін. та допов.).
39. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон Української РСР від 7 грудня 1984 року № 8073-X // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1984. – Додаток до № 51. – Ст. 1122 - (Зі змін. та допов.).
40. Зубок М. І. Безпека підприємницької діяльності: Нормативно-правові документи комерційного підприємства, банку / М. І. Зубок, Р. М. Зубок. — К.: Істина, 2004. — 144 с.
41. Сафаралиев Г.К., Бердашкевич А.П. Анализ правовой концепции режима коммерческой тайны / К.К. Сафаралиев, А.П. Бердашкевич// "АКДИ Экономика и жизнь". – М., 2004, № 2-3 С. 11-17.
42. Про колективні договори і угоди: Закон України від 01 липня 1993 року (зі змінами) // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1993, N 36, ст.361.
43. Чикін С., Черненко В. Комерційна таємниця як об'єкт управління на підприємстві: дії правового характеру / С. Чикін, В. Черненко // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2011. – № 5 (61). – С. 56-64.
44. Соловьев З.Я. Коммерческая тайна и ее защита / З.Я. Соловьев – М.: ИВФ Антал, 1997. – 64 с.
45. Зеркалов Д.В. Защита: хрестоматия / Д. В. Зеркалов. – К.: Наук. світ, 2008. – 159 с. (Безопасность бизнеса в 4 кн.; кн. 4).
46. Про державну таємницю: Закон України від 21 січня 1994 // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1994, N 16, ст.93.
47. Андрощук Г О. Захист комерційної таємниці: методика розслідування злочинів / Г.О. Андрощук // Інтелектуальна власність. – 2008. – № 7. – С.21-33; №10. – С. 22-31; №11. – С. 21-33.

48. Андрощук Г. Управление интеллектуальной собственностью при офшоринге: аспекты экономической безопасности / Г.О. Андрощук // Наука та інновації. – 2011. – № 1. – С. 48-66.
49. Андрощук Г. Институт коммерческой тайны в странах СНГ: правовой режим и защита / Г.О. Андрощук // XVII Международная научно-практическая конференция «Актуальные проблемы интеллектуальной собственности», Львов, 21-25 февраля 2011.-С. 224-241.
50. Андрощук Г. А., Крайнев П. П. Правовое регулирование защиты коммерческой тайны за рубежом / Г.А. Андрощук, П.П. Крайнев // Экономическая безопасность, разведка и контрразведка. – 2002. – № 1 – С. 18-45.
51. Андрощук Г. Комерційна реалізація ноу-хау: зарубіжний досвід та вітчизняна практика / Г. Андрощук // // Міжнародний форум «Трансфер технологій та інновацій», Київ, 20-21 листопада, 2008.– С. 90-108.
52. Андрощук Г. О. Конкурентне право: захист від недобросовісної конкуренції : наук.-практ. видання / Г. О. Андрощук, С. В. Шкляр. – К.: Юстініан, 2012. – 472 с.
53. Коментар адвоката, професора П. Арведа Дерінгера до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» – Кьольн, 1997 // Андрощук Г. О., Шкляр С. В. Конкурентне право: захист від недобросовісної конкуренції : наук.-практ. видання. – К. : Юстініан, 2012. – 472 с.
54. Науково–практичний коментар Цивільного кодексу України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://legalexpert.in.ua/komkodeks/gk/79-gk/363-3.html>.
55. Про особливості застосування положень законодавства про захист від недобросовісної конкуренції у зв'язку з набранням чинності Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 18 грудня 2008 р. №689 – VI: Інформаційний лист Антимонопольного комітету України 54/01. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://vgsu.arbitr.gov.ua>.

56. Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 31 берез. 1995 р. №4. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
57. Еременко В. И. Правовое регулирование конкурентных отношений в России и за рубежом : дис. ...д-ра юрид.наук: 12.00.03 / В. И. Еременко. – М. : МГУ им. Ломоносова, 2001. – 457 с.
58. Каминка А. И. Очерки торгового права / А. И. Каминка. – М. : Центр ЮрИнфоР, 2002. – 547 с.
59. Общая теория государства и права: Академический курс в 2-х томах / Под ред. проф. Н.М. Марченко – М., 1998. – Т. 2: Теория права. – 640 с.
60. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учеб. / А. П Сергеев. – Изд. 2-е, перераб. и доп. – М.: Проспект, 1999. – 752 с.
61. Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. № 1798 // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56. – (Зі змін. та допов.).
62. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі: Закон України від 15 грудня 1993 року № 3687 // Відомості Верховної Ради України. - 1994. - №7. – Ст. 32. – (Зі змін. та допов.).
63. Про авторське право і суміжні права» Закон України в редакції Закону від 11 липня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 43. – Ст.214.
64. Гайнуллина З.Ф. Правовое обеспечение прав и законных интересов обладателей необщедоступной информации (коммерческой тайны, ноу-хау): Дис. ...канд. юрид. наук.: 12.00.03.– М., 1998. – 165 с.
65. Петров Є.В. Інформація як об'єкт цивільно-правових відносин: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. ун-т внутрішніх справ. – Х., 2003. – 20 с.
66. Підпригора О.А. Проблеми систематизації законодавства України про інтелектуальну власність / О.А. Підпригора // Інтелектуальна власність. – 2000. - №3. – С. 5-14.

67. Правовая охрана деловых секретов за рубежом / О.Б. Ионова, А.А. Комиссаров, Л.З. Малаева, А.А. Судаков. – М.: НПО «Поиск», 1993. – 198 с.
68. Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – 6-е изд., перераб. и доп.. – М.: ООО «ТК Велби», 2002 – Т. 1. – 776 с.
69. Северин В.А. Правовая защищенность коммерчески ценной информации /В.А. Северин// Вестник Московского ун-та. Сер. 11: Право. – 2001. – №6. – С. 55-74.
70. Капица Ю.М. Гармонизация права интеллектуальной собственности в Европейском Союзе и вопросы адаптации законодательства Украины к стандартам ЕС / Ю.М. Капица // Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы. – К.: Юринком Интер. - 2003. – С. 513-536.
71. Пузыня Н.Ю. Оценка интеллектуальной собственности и нематериальных активов / Н.Ю. Пузыня – Спб.: Питер, 2005. – 352 с.
72. Ягубкин И.В. Защита коммерческой тайны как экономической потребности в информационном обществе: Дис. ...канд. экон. наук / И.В. Ягубкин. – Ростов-на-Дону, 2000. – 162 с.
73. Копелев І. Ю. Конкуренційне законодавство України в системі економічної безпеки первинної ланки господарювання / І. Ю. Копелев // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2010. – №3. – С. 305–312.
74. Козачук М. О. Свобода підприємницької діяльності та її обмеження в законодавстві України : дис. ... канд. юрид. наук / М. О. Козачук. – К., 2011. – 256 с.
75. Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. в редакції Закону від 13.01.2011р. № 2938-VI (2938-17) // Відомості Верховної Ради України. – 2011.–№ 32.– Ст.313.
76. Пономарева Е.Е. Коммерческая тайна в инновационном предпринимательстве: Автореф. дис. ... канд. экон. наук / Е.Е. Пономарева.– Томский гос. ун-т. – Томск, 2002. – 23 с.

77. Эрделевский А.М. Моральный вред и компенсация за страдания /А. М. Эрделевскийю – М.: БЕК, 1997. – 188 с.
78. Веніамінова А. Моральна шкода: практичні аспекти доказування її наявності / А. Веніамінова // Юстиніан. – 2003. – № 6. – С.16–21.