

**Надежда Семјонова,
магистар права (КНУ),
Центар за уставности и правну културу - Кијев,
Кијев, Украјина**

Правна питања заштите пословне тајне у Украјини

*"Нема ничега тајног што не би постало јавно, и
нема ничега пријатног што се неће искористити".*

Јеванђеље по Марку. Песма 4. Стих 22.

Познати трансформациони процеси последње деценије на целокупном пост-совјетском простору допринели су конституисању квалитативно нових тржишних економских међусобних односа у Украјини. Али, исто тако, њих су неминовно пратили формирање и развој концептуално другачијих (у поређењу са онима који су били својствени командно-административном механизму претходне епохе) узајамних односа тржишних субјеката у информационој сфери, и то - како у њеном аспект јавног права (информациони суверенитет Украјине, међународна сарадња у области информисања), тако и у домену личног права. У овом последњем, које је непосредно повезано са комерцијалном сфером, информација се све више појављује као економски ресурс који има пуну вредност, а примена информационих технологија за њену обраду - као одлучујући фактор успеха у бизнису. При томе, док све информације могу бити сврстане у производ интелектуалног рада, дотле као ефикасан ресурс често иступа онај њихов део који у себи садржи значајан удео стваралачког елемента и може се сврстати у објекте интелектуалне својине.

Суштинско ограничење монополизма државе у привреди није могло а да не доведе до губљења од стране државе истог таквог монополизма у сфери имовинских права на објекте интелектуалне својине, који учествују и пословном промету. У овим условима, проблеми правног регулисања и заштите пословних интереса учесника тржишта и безбедности информација у бизнису постају све актуелнији.¹⁾ Попуњава се и све је развијеније тржиште средстава и технологија за пословну безбедност. "Релативистичка" динамика²⁾ формирања тржишних односа у прелазном периоду, увоз капитала и технологија - приморавају учеснике тржишта да свој поглед упиру у интелектуално јача средства за обезбеђење комерцијално-информационе безбедности, допуњујући средства физичке безбедности³⁾ њиховим цивилизованим варијантама, укључујући и техничка и правна средства, а у ова последња убрајамо и институцију пословне тајне.

Реалије прелазног периода (учешће капитала "из сенке", по неким проценама, износи 70%) стварају ситуацију када проблематично постаје и само правно регулисање привреде у целини и, између осталог, таква фина њена сфера као што је информациона. Ипак, исти ти фактори приморавају да се најозбиљнија пажња посвети стварању служби и система безбедности у бизнису и диктирају очигледну превласт техничких средстава за њено осигурање, која су засад битно популарнија и прихватљивија за употребу.⁴⁾ Али, исто тако поступно кретање Украјине путем правних реформи⁵⁾ пружа основ за наду да ће учешће правних метода у систему средстава за обезбеђење пословне безбедности бити у сталном порасту, а да ће се оне саме развијати и бити све траженије.

Пословна тајна је у складу са савременим законодавством Украјине - један од објеката заштите права индустријске својине,⁶⁾ као групе објеката интелектуалне својине.⁷⁾ Треба приметити да концептуално у поменутој сфери данас преовладава

1. А да нисте Ви, чико, преступник? - Улога информационо-аналитичког одељења у осигурању безбедности пословних структура. - Бизнес, бр.48(203), 10.12.96, стр. 34.
2. Semenova N. The Problems and Paradoxes of the Constitutional Reform in Ukraine. - Report for the V World Congress "Constitutionalism, Universalism and Democracy" (July 1999, Rotterdam, Netherlands) at www.eur.nl/frg/iacl/papers.html -p. 4-5.
3. Гвоздене решетке и челична врата, чија производња је достигла невиђени процват у постсовјетској епоси, још увек су обавезни атрибут просечног статистичког офиса и засад се, несумњиво, директно повезују у друштвеној свести са речју "безбедност".
4. Шорошев Ц.В., Иљницькиј А.Е. Класификација и општа анализа метода моделирања система за заштиту информација. - Бизнес и безбедност. бр.1 - 2000, стр.10-11.
5. Мада, на жалост, не увек најкраћим путем: од усвајања новог Устава Украјине, 1996. године, који је нормативно фиксирао нове вредности и принципе организовања друштвеног живота и друштвено-политичког устројства земље, нови Грађански законик, Грађанско-процесуални, Кривични и Кривично-процесуални законик нису усвојени све до данас (15.04.2000.г.)
6. По новом Нацрту Грађанског законика (у даљем тексту Нацрт) који је припремљен за друго разматрање - од потребна три - У Врховној ради, објекти права интелектуалне својине не деле се више на две групе: објекти ауторског права и индустријске својине већ на три - у посебну групу су издвојени објекти права на начине индивидуализације учесника грађанског промета роба и услуга. Види: <http://www.aba.kiev.ua>.

цивилистички приступ, који интелектуалну својину ставља у исти ред са другим објектима права својине.

Члан 41 Устава Украјине из 1996.године⁸⁾ каже: "Свако има право да има, користи и располаже својом својином, резултатима свога интелектуалног, стваралачког рада. Право приватне својине се стиче на начин утврђен законом...."⁹⁾ У члановима 31, 32, 34. Устава изложени су основни принципи информационе политике државе. Члан 38 Закона Украјине "О информацијама" директно говори о информацијама као о објекту права својине и о основима који су потребни да би оно настало.

Ово нам омогућава да закључимо да по законодавству Украјине институција интелектуалне својине (укључујући институцију пословне тајне), као и институција својине уопште, има претежно грађанско-правну природу. Оваква иста природа треба да буде својствена (углавном) и начинима заштите како целокупне интелектуалне својине, тако и пословне тајне. Истовремено, важећа нормативно-правна база за пословну тајну представља комплекс закона и других нормативних аката различитог нивоа углавном административно-правног карактера. Наведена противречност је последица несистемског (еклектичког) карактера правног поља у периоду његовог формирања, што доводи, како ћемо то показати касније, до непостојања ефикасности регулисања датог сегмента правних односа.

Савремена украјинска правна доктрина је позвана да отклони ову противречност. Она даје очигледну предност приватно-правном регулисању овог сегмента на бази јединственог Грађанског законика.¹⁰⁾ Тако, норме о заштити права интелектуалне својине из Нацрта Грађанског законика (у даљем тексту "Нацрта"), укључив норме за заштиту пословне тајне и нејавних информација, налазе се одмах после права својине и других стварних права (њима је посвећена књига 4 Нацрта) и тако сачињавају јединствени блок апсолутних права,¹¹⁾ која у односу на нематеријална добра, носе назив посебних.¹²⁾

У овоме је разлика у односу на приступ прихваћен у неким другим европским земљама, где пословна тајна припада објектима фактичког стицања (*de facto assets*), за разлику од објеката правног стицања (*de jure assets*). Док први, укључујући

7. Ни важећим законодавством, ни Нацртом се не даје формално одређење интелектуалне својине као збирног појма. Закони који су посвећени њеним појединим објектима садрже дефиниције тих објеката и пратећих појмова.
8. <http://www.kiev.rada.ua> - официјелни сајт Врховне Раде - Скупштине Украјине. На истом сајту је приказана сва нормативна база коју је користио аутор.
9. Превод са украјинског је овде и даље - незваничан (примедба аутора)
10. Монистички приступ, за разлику од дуалистичког, када се грађанско-правни и привредни међусобни односи регулишу различитим законима.
11. Пидопригора О. "Проблеми законодавног система Украјине у вези интелектуалне својине" - Право України. бр. 3, 2000.г. - стр.14.
12. Интересантно је приметити да је још доктрина руског права на почетку 20. века издвajaла блок посебних права у односу на нематеријалне објекте права својине и блок стварних права у односу на материјалне објекте. Види: Шершењевич Г.Ф. Уџбеник руског грађанског права. - Москва, "СПАРК", 1994., стр. 254.

пословну тајну, не могу да буду објекат права својине или неког другог субјективног права и штите се, углавном, административно-правним законодавством (о нелојалној конкуренцији или неоправданом богаћењу), док су други регулисани грађанско-правним методама.¹³⁾

Да размотримо дефиницију пословне тајне према важећем законодавству и да је упоредимо са оним што се предлаже у Нацрту.

Закон Украјине "О информацијама" дели целокупни масив информација¹⁴⁾ на две врсте: јавне и информације са ограниченим приступом. Ове друге имају две подврсте: поверљиве¹⁵⁾ и тајне, које садрже податке који представљају државну или другу законом предвиђену тајну, а чије објављивање наноси штету физичком или правном лицу, друштву, држави.¹⁶⁾ Начин промета тајних информација и њихове заштите дефинисан је у антимонополском законодавству Украјине, Закону Украјине о заштити информација у аутоматизованим системима (5.07.94) и у другим (види у даљем тексту).

Јединствена дефиниција пословне тајне садржана је у члану 30: "Пословна тајна предузећа" у Закону о предузећима у Украјини" (у складу са којим сам ја скраћеницу "ПТ" овде и даље увела у нормативни текст - Н.С.)

"1. Под ПТ се подразумевају подаци везани за производњу, технолошке информације, управљање, финансије и друге активности предузећа, који не представљају државне тајне, а чије разглашавање (преношење или "отицање") може нанети штету његовим интересима.

2. Састав и обим података који представљају пословну тајну одређује руководиоца предузећа. Подаци који не могу сачињавати пословну тајну дефинишу се од стране Кабинета Министара Украјине.

3. Одговорност за објављивање података који представљају пословну тајну предузећа и начин заштите таквих података утврђује се законодавним актима Украјине.

Кабинет Министара својом одлуком донео је списак података који не могу да представљају пословну тајну. У њих спадају: статутарна документа, документа која омогућавају бављење предузетничком или привредном делатношћу и њеним појединим облицима; информације о свим облицима подношења извештаја држави; подаци неопходни за проверу и плаћање пореза и других обавезних плаћања; подаци о загађивању човекове околине и сл.¹⁷⁾

13. Случај S. Dousinell v. Matton у књизи "Међународни трансфер технологије: правно регулисање - Москва, 1985.г. - стр.175

14. Данас важећа дефиниција информације дата је у члану 1 закона Украјине "О ограничењу монополизма и спречавању нелојалне конкуренције", у коме се информација дефинише као подаци било које садржине, представљени у било којој форми и облику, на било ком медију, објашњења лица, и било који други јавно објављени подаци или документа.

15. Које се налазе у поседу, на коришћењу и на располагању појединих физичких или правних лица, која се шири по њиховој жељи"

16. Види такође законе Украјине "О научној и научно-техничкој делатности", "О научно-техничким информацијама" (у редакцији од 1.12.98).

Власник пословне тајне је обавезан да обезбеди заштиту такве информације у складу са захтевима и правилима које је он сам направио, обавезан је да саопшти о свим чињеницама повреде ове заштите. Ако поштује потребне мере безбедности, он има право на правну заштиту од наношења штете услед недозвољених радњи ради добијања у посед пословне тајне.¹⁸⁾

Следећи нарасле потребе за заштитом и безбедношћу у бизнису, Нацрт Грађанског законика уводи нову проширену дефиницију службене и пословне тајне, према којој се штити информација која има не само реалну него и потенцијалну пословну вредност преко тога што је непозната трећим лицима, није слободан приступ њој на законитим основама и под условом да власник тајне примењује одговарајуће мере за њену заштиту.¹⁹⁾ Ова информација представља предмет грађанског промета.

Да би се повећала ефикасност заштите поверљиве информације, члан 513 Нацрта уводи додатну институцију нејавне информације као техничке, организационе, комерцијалне, производне и друге информације која поседује способност да допринесе повећању ефикасности производње или да даје други позитиван ефекат, да буде фактички непозната за треће лице, услед чега има комерцијалну вредност. При томе пословна и друге врсте тајни, које штите специјални закони, и информације које штити ауторско и патентно законодавство - не могу бити у категорији нејавне информације. Законити власник такве информације има искључиво право њеног коришћења и представља субјект права за заштиту нејавне информације од незаконитог коришћења, чији се рок важења ограничава роком важења услова-критеријума дефиниције нејавне информације. Ова дефиниција се разликује од дефиниције која је дата у Нацрту пословне тајне, само увођењем речи "фактички" када се говори о непознатости нејавне информације трећим лицима.

У случајевима када нејавна информација садржи у себи резултат стваралачког рада, власник има право на лична неимовинска права (на пример, право ауторства). Нејавна информација може да буде такође предмет отуђења према уобичајеним правилима. Дејство права на заштиту нејавне информације престаје када услед деловања самог власника настане могућност да трећа лица добију поуздане и довољне податке о њој.²⁰⁾

Неколико речи о односу између појмова "know-how", "пословна тајна", "нејавна информација". Информација која се штити унутар предузећа у овом или он-ом режиму, постајући предмет грађанско-правног посла, стиче изван оквира предузећа-продавца карактер "know-how"-а као нематеријалног права, које се у потпуности може конкретно новчано проценити и који формира биланс како продав-

17. Одлука Кабинета Министара Украјине о списку података који не представљају пословну тајну од 9. августа 1993. године бр. 611

18. Чланови 5-7 Закона Украјине о заштити информација у аутоматизованим системима (Од 5.07.94.)

19. Члан 191 Нацрта.

20. Члан 517 Нацрта.

ца, тако и купца. Да би у билансу предузећа била исказана информација са ознаком "Пословна тајна" без извршења акта отуђења, неминовно је да се она разоткрије у циљу образложења њене вредности, па у том случају њена заштита може бити организована само у оквиру патентног законодавства. Остварени акт купо-продаје пак омогућава да се изврши процена пословне тајне и нејавне информације које су постале "know-how", као актива предузећа, уз коришћење институције уговорног права и уз заштиту поверљивости информације која се преноси у односу на трећа лица, што ће бити осигурано добровољно преузетим обавезама страна у вези тога. На тај начин, "дентлментска" дијада лиценцих уговора о ауторском праву и праву индустријске својине, која омогућава да се регулише пословни промет јавних, обнародованих предиста интелектуалне својине, уз укључење уговора о трансферу "know-how"-а, претвара се у тријаду која је у стању да покрије потребе промета целог масива информација интелектуалне својине под заштитом.

Уосталом, постоји извесна дисонанса при третману "know-how"-а као пословне тајне и (или) нејавне информације, који су изведени у пословни промет уз очување критеријума - особина постојања по суштини.

Тако, док се нејавна информација дефинише као информација која има реалну или потенцијалну вредност и *фактички* није позната трећим лицима са роком важења, дакле, до фактичке познатости, онда "know-how" већ а priori неко зна. Ипак, оваква неповезаност не садржи противречности принципијелног карактера и технички је савладиво путем усавршавања законодавства и (или) његовог увођења у праксу.

Од доктрине ћемо се вратити на важеће законодавство Украјине о пословној тајни. Данас, садржај права својине над пословном тајном и начини његове заштите су заступљени углавном нормама антимонополског и законодавства о конкуренцији. У закону Украјине о ограничењу монополизма и спречавању нелојалне конкуренције" (од 18.02.92., са накнадним допунама), сматра се да противправно стицање, коришћење и објављивање како пословне тајне, тако и поверљиве информације, са циљем наношења штете пословном угледу или имовини субјекта предузетничке делатности воде стицању противправне предности у конкуренцији, која на тај начин поприма нелојалан карактер и адекватно - потпада под компетенцију Антимонополског комитета.²¹⁾

Глава 4 закона Украјине о заштити од нелојалне конкуренције (од 7.06.96. са изменама) открива правне основе заштите од нелојалне конкуренције, у коју се чланом 7 сврставају (између осталих) радње на добијању, коришћењу, објављивању пословне тајне, а такође поверљивих информација, са циљем да се нанесе штета пословној репутацији или имовини другог предузетника. Дефинишу се садржаји начина незаконитог отуђења пословне тајне путем прикупљања (члан 16), објављивања (члан 17), приклањања ка објављивању (члан 18) и незаконитог коришћења пословне тајне (члан 19).

21. Види такође закон Украјине о Антимонополском комитету

Глава 5 дефинише врсте одговорности за повреде законских прописа о пословној тајни: управна,²²⁾ кривична,²³⁾ грађанска одговорност²⁴⁾ и детаљизира компетенцију Антимонополског комитета у погледу остваривања радњи на контроли поштовања антимонополског законодавства у случају квалификација дејстава тога законодавства²⁵⁾ као антиконкурентских, и то: да прописује казне, да ставља забрану извршења одређених радњи или уздржавање од њих, да плени имовину или новчане суме окривљеног. Ове одлуке Антимонополског комитета могу се оспорити у суду опште јурисдикције или државној арбитражи,²⁶⁾ где се може донети одлука о накнади материјалне штете лицима која су проглашена кривима за отицање или губљење информација.²⁷⁾

Како се види, за организацију ситета чувања и заштите пословне тајне по овом закону, који представља изразит пример управно-правног регулисања, неопходан услов за активирање механизма заштите пословне тајне треба да постане постојање циља наношења штете и постојање саме штете. У исто време, стицање предности услед радњи које се квалификују као нелојална конкуренција, мада су и повезани са штетом уговарача, али ни у ком случају не на директан и недвосмислен начин. Тако, нису под заштитом случајеви незаконитог овладавања пословном тајном и њене примене у другој области производње или у региону, који нису у директној вези са текућим комерцијалним интересима власника пословне тајне.

Заштита пословне тајне по важећем Грађанском законика Украјине могућа је само у оквирима општих норми уговорне и деликтне одговорности, које не узимају у обзир и нису могле узимати у обзир специфику предмета, пошто су биле продукат совјетске епохе.²⁸⁾

Распоређеност норми на многа нормативна акта обавезно прати обиље норми које се позивају на друге, што увек повећава вероватноћу појаве противречно-

22. Члан 164-3 административног законика (Стицање, коришћење, објављивање пословне тајне, а такође поверљивих информација са циљем да се нанесе штета пословном угледу или имовини другог предузетника).
23. Чланови 148-6 (о незаконитом прикупљању у циљу коришћења или коришћењу података који представљају пословну тајну) и 148-7 (о намерном објављивању пословне тајне од стране лица, коме је она постала позната везано за професионалне и службене активности, а које је извршено из разлога личне користи или других личних мотива) важећег Кривичног законика. Претпоставља се да су оба комплекса кривичних дела довели до наношења велике материјалне штете.
24. Закон Украјине "О заштити информација у аутоматизованим системима" говори још и о дисциплинској одговорности.
25. Субјеката предузетничке активности, њихових удружења и удружења грађана, како са стварањем правног лица или без. Грађани у овом случају носе управну одговорност.
26. т.ј. у државном привредном суду (не треба мешати са комерцијалном арбитражом)
27. Чланови 17,18 закона Украјине о заштити информација у аутоматизованим системима. Уосталом, оваква иста одговорност очекује лица која су крива за стварање препрека доступу информацијама у аутоматизованим системима.
28. Грађански законик је усвојен 1963.године и важи са накнадним изменама.

сти и мање ефективности регулисања. Једна од противречности односи се на важећу дефиницију пословне тајне. Тако, по Закону о предузећима у Украјини, право да дефинише састав и обим података који сачињавају пословну тајну даје се предузетнику, а по Закону о заштити од нелојалне конкуренције такви подаци се дефинишу у складу са важећим законодавством. Иза ове колизије тешко се разазнаје намера законодавца да додели ипак ово право предузетнику, с тим да се нормативним актима регулише утврђивање ограничења за сврставање ове или оне информације у пословну тајну.

Док се исправљање постојећих техничких грешака у нормативној бази не чини исувише тешким, дотле се дубинска, концептуална недоследност много теже коригује и доводи до парадоксалних резултата. У посматраној области у такве се могу сврстати, са једне стране, чињеница да је довољно да се детаљизираним законодавству о пословној тајни данас у Украјини не може супротставити толико богата пракса његове примене.²⁹⁾ Са друге, пак стране, у уџбеницима преживљавања за бизнисмене, које објављује заслужено популарни недељник "Бизнис", примена овог веома "тржишног" по суштини инструмента за заштиту сопствених права својине (која имају фундаментални карактер) у оквиру заштите од нелојалне конкуренције,³⁰⁾ механизам пословне тајне користи се за друге циљеве, супротне по суштини, и то као заштита од самовоље државних чиновника из пореске инспекције (милиције), који проверавају рад фирме.³¹⁾ Ова ситуација илуструје крајњу потребу ликвидирања постсоцијалистичких деформација у раду целокупне машинерије државног регулисања путем остваривања реформе управе, и још једном доказује познату чињеницу да покушај регулисања узајамних односа из једне сфере помоћу ангажовања инструмента из друге никада не може бити ефикасан.

У понуђеном раду начињен је покушај да се окарактерише савремено стање проблема правне заштите пословне тајне у Украјини који не даје ни издалека потпуну, али даје одређену представу. У условима заоштрене конкуренције, пословни успех у све већој мери зависи од ефикасности функционисања механизма правне заштите и заштите пословне тајне. Нажалост, постојећа нормативно-правна база се не одликује целовитим карактером и треба да претрпи битне измене. Неопходно је стварање таквог система чувања пословне тајне, у коме ће грађанско-правна природа пословне тајне одговарати истој природи метода за њену заштиту, обезбеђујући, на тај начин, њихову ефикасност и траженост.

29. Нажалост, и поред упорног тражења, у изворима доступним аутору није нађена информација о постојећим судским преседанима у Украјини у вези питања које истражује.

30. то јест инструмента за успостављање "хоризонталних" по природи узајамних односа субјеката тржишта (укључив случајеве када је држава субјекат предузетничке активности).

31. Дроботенко Н. Пословна тајна као инструмент заштите вашег новца и нерава од контролора. Бизнис. бр.7 (37).14.02.2000.- стр.34 - Лекција број 2 у школи преживљавања на тему - како се писмено понашати са онима који врше провере, да бисте се, користећи постојеће законе, супротставили самовољи чиновника.