

Веселитская Н.Н.
аспирантка

АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ МЕХАНИЗМЫ СТИМУЛИРОВАНИЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

За последнюю четверть XX в. и первое десятилетие XXI в. во всем мире произошел огромный технологический скачок, характеризующийся бурным ростом высокотехнологичного производства. Интеллектуальные активы занимают все большее место в производственном капитале компании, определяя ее дальнейшее развитие. Изменения в производственной структуре отдельных компаний влияют на структуру ВВП. В таких условиях возникает потребность в мотивировании процесса создания результатов интеллектуальной деятельности посредством специальных механизмов.

А.Н. Елисеев и И.Е. Шульга в своей статье «Интеллектуальная собственность в XXI веке: король умер?!» [3] среди всего множества результатов интеллектуальной деятельности выделяют как минимум три механизма стимулирования их создания: механизм интеллектуальной собственности, механизм рынка (в том числе коммерческая тайна) и механизм общественного спонсорства. Данный подход интересен для нас, так как он демонстрирует наличие альтернатив в выборе механизмов стимулирования творческой деятельности, а не концентрируется лишь на интеллектуальной собственности.

Исследования, проведенные В. Коеном [11] в США выявили, что «одним из наиболее эффективных способов коммерциализации инноваций для фирм является коммерческая тайна (как для продуктовых, так и для процессных инноваций)». По мнению В.Н. Лопатина, «проведенные Счетной палатой Российской Федерации в 2007 г. контрольные мероприятия показали, что число предприятий и организаций, которые на требуемом уровне организовали охрану прав на сведения, содержащиеся в технической документации в режиме коммерческой тайны, незначительно». Наиболее предпочтительным для России остается патентование, тогда как для зарубежных компаний данный институт находится на предпоследнем месте по степени эффективности. Возникает

вопрос: в чем причина такого перекоса? Почему в России, несмотря на доказанную на Западе эффективность института коммерческой тайны, предпочтение продолжает отдаваться патентованию? Мы предполагаем, что объяснением этому может служить несовершенство сложившейся в России институциональной среды в сфере коммерческой тайны, в частности несовершенства законодательства и обычаев делового оборота, недостаточно развитая судебная практика.

Для того чтобы проверить, насколько верно наше предположение, при помощи методологии новой институциональной экономической теории мы проведем сравнительный анализ выгод и издержек использования инноватором патентования или коммерческой тайны.

На наш взгляд, устранение несовершенств институциональной среды позволит более эффективно использовать институт коммерческой тайны как альтернативу патентованию в России, способствуя экономическому росту в стране.

Основные подходы к изучению патентования и коммерческой тайны

Специалисты в области юриспруденции и экономики в той или иной степени исследуют вопросы интеллектуальной собственности и коммерческой тайны. Однако «пальма первенства» в изучении данных проблем негласно отдана юристам, причем в основном изучается интеллектуальная собственность, в то время как коммерческой тайне уделяется недостаточно внимания. Многосторонний подход, включающий экономическую и юридическую составляющие, позволяет сформировать комплексное представление о рассматриваемой нами проблематике.

Юридический подход к изучению коммерческой тайны отражает ограничивающую роль института. К основным ограничениям, накладываемым на экономического агента институтом, мы относим в первую очередь законодательство в области коммерческой тайны и патентования.

В России законодательство в области патентования до 1 января 2008 г. было представлено Патентным законом РФ, а в сфере коммерческой тайны – Законом «О коммерческой тайне». Однако

в целях приведения законодательства в области интеллектуальной собственности в соответствие с международными стандартами, была принята 4 часть ГК РФ (вступившая в силу с 1 января 2008 г.). После принятия этого закона Патентный закон был отменен, а закон «О коммерческой тайне» продолжает действовать. Важным изменением, произошедшим с принятием 4 части ГК РФ, стало отнесение *коммерческой тайны к интеллектуальной собственности*. Ранее коммерческая тайна в законодательстве стояла особняком от интеллектуальной собственности.

Под *патентом* мы будем понимать документ, предоставляющий исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, представляющий собой техническое решение, на определенный срок и на определенной территории.

Говоря о коммерческой тайне, мы будем придерживаться определения, приведенного в ст. 139 ГК РФ: «Информация составляет служебную или коммерческую тайну в случае, когда информация имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к ней нет свободного доступа на законном основании, и обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности».

Однако почему рассматриваемый нами институт коммерческой тайны в законе отнесен к интеллектуальной собственности? На данный момент между экономистами и юристами нет единства мнений относительно коммерческой тайны.

Юридический подход позволяет отнести коммерческую тайну к интеллектуальной собственности на основании того, что она предоставляет ее владельцу исключительные права на результат интеллектуальной деятельности.

Экономический подход, наоборот, проводит черту между патентованием и коммерческой тайной на основании того, *требуется ли вмешательство третьих лиц* (в частности, государства) для возникновения каждого из институтов. Для коммерческой тайны такое вмешательство не требуется. Для возникновения института патентования требуется вмешательство государства. Функции по предоставлению патента возложены на Роспатент. Кроме того, природа монополии, возникающая при использовании коммерческой тайны, принципиально отлична от института интеллектуальной собственности. В основе коммерческой тайны лежит защита от

несанкционированного доступа, в основе патентования – защита от копирования и использования третьими лицами. В силу вышеназванных причин, придерживаясь точки зрения экономистов, мы выделяем коммерческую тайну в качестве отдельного института, отличного от интеллектуальной собственности.

Сравнительный анализ выгод и издержек патентования и коммерческой тайны для инноваций первого и второго поколения

Применение методологии новой институциональной экономической теории позволяет провести сравнительный анализ факторов, влияющих на частные и общественные выгоды и издержки институтов мотивирования создания как дискретных, так и кумулятивных инноваций. Также данная методология позволяет выявить механизмы реализации исключительных прав, способствующие коммерциализации инноваций.

Под *дискретными инновациями (инновациями первого поколения)* будем понимать инновации, в основе которых лежат принципиально новые разработки, не зависящие от предыдущих инноваций.

Кумулятивные инновации – инновации, в процессе создания которых используются более ранние (базовые) инновации. Наряду с понятием «кумулятивные инновации» часто используются такие термины, как «последовательные инновации», «инновации второго поколения».

Факторы, влияющие на выгоды и издержки патентования и коммерческой тайны, приведены в табл. 1. Далее подробнее охарактеризуем каждый из факторов.

Условные обозначения: знак «+» означает, что тот или иной фактор положительно влияет на общественное или частное благосостояние; знак «+/-» влияние фактора неоднозначно сказывается на общественном благосостоянии или частном: есть как выгоды, так и издержки, но выгоды больше; «-/+» – аналогично предыдущему знаку, но общественные или частные издержки превалируют; «-» означает, что соответствующий фактор отрицательно сказывается на общественном или частном благосостоянии; «?» – влияние фактора не определено.

Сравнительный анализ факторов, влияющих на выбор между коммерческой тайной и патентованием

Факторы	Институты мотивирования					
	Коммерческая тайна (КТ)			Патентование		
	Характеристика	Для фирмы	Для общества	Характеристика	Для фирмы	Для общества
1	2	3	4	5	6	7
Объем исключительных прав	Определяется возможностями защиты	+	+	Для кумулятивных инноваций		
				Широкая защита для 1 инноватора	+	?
				Широкая защита для 2 инноватора	-	?
				Узкая защита для 1 инноватора	-	?
				Узкая защита для 2 инноватора	+	?
Асимметрия информации	Высокая	-	-	Ниже, но присутствует	-/+	-/+
Транзакционные издержки						
Издержки защиты и спецификация прав собственности	Разрешение спора между контрагентами при участии суда	-	-/+	Разрешение спора между контрагентами при участии суда	-/+	-
	Досудебное урегулирование споров	+	+	Досудебное урегулирование споров	+/-	+

Издержки оппортунизма	Предконтрактный оппортунизм отсутствует	+	+	Предконтрактный оппортунизм присутствует («нелепые» патенты)	?	-
	Постконтрактный оппортунизм присутствует	-	+/-	Постконтрактный оппортунизм присутствует (ниже, чем для КТ)	-	-/+
Заключения контрактов и ведение переговоров при лицензировании	Высокие	-	-	Ниже (нет потерь от раскрытия информации, условия соглашения можно уточнить в дальнейшем)	+	+

Условные обозначения: знак «+» означает, что тот или иной фактор положительно влияет на общественное или частное благосостояние; знак «+/-» влияние фактора неоднозначно сказывается на общественном благосостоянии или частном: есть как выгоды, так и издержки, но выгоды больше; «-/+» — аналогично предыдущему знаку, но общественные или частные издержки преобладают; «-» означает, что соответствующий фактор отрицательно сказывается на общественном или частном благосостоянии; «?» — влияние фактора не определено.

Под *объемом исключительных прав* мы будем понимать совокупность признаков и свойств результата интеллектуальной деятельности, которым предоставляется правовая охрана. При определении объема патентных прав в мировой практике (в том числе и в России) применяется *доктрина эквивалентности*. Однако для каждой из стран имеются свои различия в применении данной доктрины при определении объема патентных прав.

В России, например, в соответствии с 4 частью ГК РФ ст. 1358, п. 3: «Изобретение или полезная модель признаются использованными в продукте или способе, если продукт содержит, а в способе использован каждый признак изобретения или полезной модели, приведенный в независимом пункте содержащейся в патенте формулы изобретения или полезной модели, либо признак, эквивалентный ему и ставший известным в качестве такового в данной области техники до совершения в отношении соответствующего продукта или способа действий, предусмотренных пунктом 2 настоящей статьи». Из текста закона видно, что эквивалентным признаком рассматривается не в момент создания изобретения или выдачи патента, а при совершении нарушения (п. 2, ст. 1358). А.Ю. Соболев, А.В. Залесов отмечают, что «подобное требование закона фактически *расширяет объем охраны изобретения*, ибо охватывает признаки, которые могут стать известными в качестве эквивалентных в будущем, а не при создании изобретения» [4]. Такой широкий объем патентных прав в России создает для третьих лиц неопределенность относительно границы патентных прав, усложняя создание дальнейших разработок.

В США, как отмечают А.В. Залесов и С.А. Тихонов [5], наоборот, на законодательном уровне наблюдается тенденция к *сужению объема патентных прав*. Данное сужение происходит при толковании формулы изобретения путем конкретизации признаков изобретения. Однако держатели патентных портфелей в США постепенно приспосабливаются к таким изменениям, попросту увеличивая число пунктов формул в патентном портфеле. Данная тактика патентодержателей не противоречит закону, так как в нем допускается подача заявок с частичным продолжением (continuation-in-part patent applications) – заявок, продолжающих и развивающих ранее поданные патентные заявки. На наш взгляд, в

США заявки с частичным продолжением по крайней мере вносят ясность относительно границ патентных прав (в отличие от РФ, где данные границы, как было сказано выше, размыты). При этом все заявки с частичным продолжением прекращают действовать через 20 лет после даты выдачи патента.

Далее рассмотрим объем исключительных прав, предоставляемых институтом коммерческой тайны. На наш взгляд, удобство использования коммерческой тайны по сравнению с патентованием обусловлено тем, что объем исключительных прав определяется самим инноватором на основании возможностей по обеспечению защиты информации. В результате применение института коммерческой тайны позволяет экономить транзакционные издержки спецификации и защиты прав собственности.

К транзакционным издержкам, возникающим при патентовании или использовании режима коммерческой тайны, основываясь на классификациях Р. Капелюшникова и А. Шаститко, можно отнести следующие их разновидности:

- 1) издержки спецификации и защиты прав собственности;
- 2) издержки заключения контрактов и ведения переговоров;
- 3) издержки оппортунистического поведения [7; 8].

Теперь обратимся к транзакционным издержкам, появляющимся при *установлении режима защиты*. Наиболее значимы при этом транзакционные издержки спецификации и защиты прав собственности и оппортунистического поведения.

Патентование связано со значительными издержками по спецификации и защите прав собственности. Для того чтобы получить монопольные права на изобретение, индивид должен затратить денежные средства на получение патента, а также патентование связано с временными издержками на получение патента. Однако процесс доказывания существования прав собственности на патент в суде уже менее затратен для инноватора. Но изобретатель все равно несет издержки, связанные с мониторингом за деятельностью других лиц, дабы не допустить нарушения своих патентных прав (разбирательство возникнет лишь при получении искового заявления судом). Издержки по принуждению к исполнению принимает на себя суд.

Для режима коммерческой тайны издержки по спецификации и защите прав собственности имеют другой характер. Здесь уже не возникает временных издержек. Режим коммерческой тайны устанавливается с момента принятия ее владельцем необходимых мер защиты (технических, организационных, юридических). Денежные затраты связаны не с выплатами гаранту интересов, а с затратами на обеспечение надежной защиты коммерческой тайны. Здесь основным гарантом своих интересов выступает сам инноватор. Суд же может помочь лишь в случаях, когда будет доказано, что режим коммерческой тайны был установлен и действия третьих лиц являлись недопустимыми.

В итоге, на наш взгляд, издержки спецификации и защиты прав собственности для патентования могут быть как выше, так и ниже, чем для коммерческой тайны. Для нас особый интерес представляет случай, когда издержки патентования превышают издержки установления режима коммерческой тайны. К нему мы обратимся в следующем разделе статьи.

Возможности для возникновения издержек оппортунистического поведения намного шире при режиме коммерческой тайны. Причиной этого является сложность доказывания вины оппортуниста в суде и наложения ответственности. Последствия оппортунистического поведения также намного серьезнее для режима коммерческой тайны. Оппортунизм здесь связан с раскрытием секретной информации. И даже если изобретатель сможет выиграть судебное разбирательство, оппортунист не сможет возместить ему все убытки от утраты коммерческой тайны, связанные с недополученными доходами в будущем. Таким образом, издержки оппортунистического поведения для института коммерческой тайны будут выше, чем для патентования.

К трансакционным издержкам, связанным с передачей технологии, мы обратимся в следующем разделе. Как при выявлении объема исключительных прав, так и при анализе трансакционных издержек, возникающих при передаче технологии для создания кумулятивных инноваций, значимым становится распределение информации между сторонами

мерческой тайны, а также с передачей технологии для с кумулятивных инноваций, с применением каждого из ституттов.

При установлении патентных прав асимметрия информации проявляется в том, что изобретатель более информирован в своих интересах своего изобретения и степени его соответствия патентным требованиям. Для снижения асимметрии информации между сторонами предусмотрена процедура экспертизы заявки на патент с одной стороны, данная процедура связана со значительными временными и денежными издержками. С другой стороны процедура предотвращает проявления оппортунизма (ex ante).

При установлении коммерческой тайны асимметрия информации не столь значительна, так как изобретатель сам обеспечивает сохранение конфиденциальности информации. Асимметрия информации может возникнуть при судебных разбирательствах, суд менее информирован относительно того, был ли установлен режим коммерческой тайны. Снизить асимметрию информации может помочь создание специализированных судов, составленных из специалистов в области коммерческой тайны, а также привлечение судами более ранней правоприменительной практики (прецедентов).

Предпосылка об асимметрии информации значима и в передаче технологии для создания кумулятивных инноваций. В ранних работах Галлини и Скотчмер [13] вводилась предпосылка о симметричности распределения информации. Однако [12] обращает внимание на то, что если бы информация была распределена симметрично, то наиболее эффективным способом было бы производство кумулятивных инноваций одним изобретателем. На практике по данным, приведенным в модели Полло инновации чаще производятся разными изобретателями. Более реалистична предпосылка об асимметрии информации. Данный фактор связан со специфичностью знаний у некоторых фирм, позволяющих им осуществлять кумулятивные разработки в отдельных областях.

Рассмотренные нами выше факторы используются д

Выбор между дискретными институциональными альтернативами при создании кумулятивных инноваций

Принимая решение о выборе между дискретными институциональными альтернативами, инноватор учитывает уже рассмотренные в предыдущем разделе факторы. Процесс принятия решений об инвестировании средств в кумулятивные инновации первым и вторым изобретателями, а также о выборе между широким и узким объемом исключительных прав на результат интеллектуальной деятельности демонстрирует модель Поллока [12].

Мы попробуем расширить границы применения модели Поллока, введя в анализ трансакционные издержки лицензирования, и возможности использования коммерческой тайны в качестве альтернативы патентованию. Выявив ситуации, в которых более предпочтительным институтом оказывается коммерческая тайна, мы покажем институциональные ограничения использования коммерческой тайны в России, а также возможные пути решения существующих проблем. Сначала рассмотрим влияние трансакционных издержек на выбор первого изобретателя.

В модели Поллока [12] при рассмотрении преимуществ и недостатков сильного и слабого режимов защиты изобретения не учитывалась предпосылка о существовании трансакционных издержек. Однако в реальности данная предпосылка существенна.

Для первого изобретателя существует неопределенность относительно стоимости его технологии для второго изобретателя. Такая неопределенность может привести к тому, что лицензиар запросит роялти меньше, чем стоимость технологии для лицензиата. При этом лицензиар недополучит часть денег, которые мог бы получить в ситуации определенности. Кроме того, стороны склонны к оппортунизму, если он приносит им выгоду. Следовательно, лицензиат будет занижать стоимость базовой технологии для него, чтобы получить дополнительный доход. Для того чтобы точнее определить ставку роялти, предотвратить проявления оппортунизма лицензиата и другие непредвиденные обстоятельства, лицензиар тратит значительные средства на ведение переговоров, мониторинг за деятельностью лицензиата, принуждение к исполнению контракта. Покрытие данных затрат лицензиар включает в

ставку роялти, выплачиваемую лицензиатом за использование технологии.

Обозначив основные проблемы, в результате которых возникают трансакционные издержки лицензирования, рассмотрим структуру данных издержек подробнее.

Чарльз Хилл [10] разделяет трансакционные издержки лицензирования на 2 части: контрактные издержки (включающие организационные и юридические затраты – C) и ожидаемые потери лицензиара (E), возникающие из-за непредвиденных обстоятельств и оппортунизма лицензиата. Два этих элемента трансакционных издержек взаимозависимы: лицензиар несет контрактные издержки как страховку от непредвиденных потерь и оппортунизма лицензиата. Зависимость между C и E можно выразить как взаимосвязь между долей доходов, получаемой от инновации, которую может присвоить ведущий себя оппортунистически лицензиат (p), и денежной стоимостью (D) трансакционных издержек. Лицензиар несет трансакционные издержки для того, чтобы снизить p до приемлемого уровня. В теории лицензиар хотел бы снизить p до 0. Но на практике это невозможно из-за наличия убывающей отдачи от каждой денежной единицы D , затрачиваемой на снижение p . Контрактные издержки также зависят от риска оппортунизма (R): чем больше риск оппортунизма, тем выше контрактные издержки для достижения данного p . k – константа, представляет адаптацию контрактных издержек.

Чарльз Хилл [10] выводит следующую функцию контрактных издержек:

$$C(p) = k\{1/(DR^{-1})\}.$$

Ожидаемые потери лицензиара зависят от потенциальных доходов от инновации ($I_a = r + I_p$), получаемых как роялти (r), и собственные доходы фирмы (I_p) плюс доходы от остальных потенциальных возможностей применения технологии (I_b), умноженных на p (часть доходов, которую может получить ведущий себя оппортунистически лицензиат) $E(D) = p(I_a + I_b)$.

Для фирмы оптимальными будут такие предельные контрактные издержки, при которых $MC = ME$ (предельные контрактные издержки равны предельным ожидаемым потерям). Оптимальный

уровень предельных контрактных издержек определяется величиной D^* . При этом уровень предельных контрактных издержек для одного лицензионного соглашения, минимизирующий общие транзакционные издержки (при заданных величинах R , I_a , I_b), равен [17]:

$$\begin{aligned} E: p &= D\{1/(I_a+I_b)\} \quad C:p=k\{1/(DR^{-1})\}, \\ TC &= k\{1/(DR^{-1})\} + D\{1/(I_a+I_b)\}, \\ D^* &= k\sqrt{(I_a+I_b)/R^{-1}}. \end{aligned}$$

Рассматривая процесс лицензирования, мы обращаем внимание только на платежи в виде роялти. Выбор роялти обусловлен более частым их использованием по сравнению с остальными видами платежей (паушальными и комбинированными). Для лицензирования коммерческой тайны роялти используются еще чаще, чем для лицензирования патентов [9].

Из приведенной выше формулы следует, что основными параметрами, влияющими на величину транзакционных издержек, являются величина потенциальных доходов фирмы I_a , включающая устанавливаемую ставку роялти (r), и потенциальные доходы фирмы (I_p), а также издержки оппортунистического поведения. Для целей дальнейшего анализа (рассмотрения коммерческой тайны как альтернативы патентованию) мы принимаем альтернативные варианты применения технологии (I_b) как заданную величину.

В модели Поллока как альтернативы рассматривались лишь режимы интеллектуальной собственности (слабый и сильный, соответствующие широкому и узкому объему патентных прав, рассмотренных нами ранее). Мы же предполагаем возможность выбора инноватором, кроме интеллектуальной собственности, также и режима коммерческой тайны. Мы будем сравнивать сильный режим интеллектуальной собственности с коммерческой тайной. Такой выбор не случаен. Сильный режим интеллектуальной собственности интересен для нас, так как действующая в России патентная система наиболее к нему приближена – изобретателю предоставляется широкий объем патентных прав.

При этом коммерческая тайна содержит характеристики как слабого, так и сильного режимов интеллектуальной собственности. Если третья сторона проведет независимые исследования,

приведшие к разработке улучшенной технологии, она *не должна* будет заключать лицензионные соглашения с тем, кто разработал базовую технологию и содержал ее в тайне (признаки слабого режима интеллектуальной собственности). Разница между слабым режимом интеллектуальной собственности и коммерческой тайной заключается в наличии или отсутствии раскрытия информации об изобретении. Коммерческая тайна не раскрывает информацию об изобретении, а его реинжиниринг сложен. Следовательно, лицензирование оказывается *необходимым* условием разработки дальнейших технологий (признаки сильного режима интеллектуальной собственности).

Экономия издержек при использовании коммерческой тайны достигается только на собственно издержках патентования, которые относительно невелики.

Коммерческая тайна выгодна, когда мы не собираемся передавать технологию. Но все же возможны случаи, в которых использование коммерческой тайны при лицензировании окажется выгодным.

При разработке и самостоятельном использовании технологии первый изобретатель несет издержки на НИОКР и издержки защиты (технические меры безопасности для сохранения коммерческой тайны; издержки на получение патента для патентования).

При лицензировании технологии изобретатель желает возместить все понесенные издержки (включая контрактные издержки, направленные на сокращение издержек оппортунизма), что и закладывает в ставку роялти.

Таблица 2

Издержки, закладываемые в ставку роялти по лицензии

Коммерческая тайна	Патентование
$\{НИОКР\}_{кт} + i_{кт} + c_{кт}$	$\{НИОКР\}_п + i_п + c_{п} - I_p$

НИОКР – издержки, связанные с проведением научно-исследовательских и опытно-конструкторских разработок.

$i_{кт}$; $i_п$ – издержки защиты для коммерческой тайны; патентования.

$c_{кт}$; $c_п$ – контрактные издержки (противодействия оппортунистическому поведению) для коммерческой тайны; патентования.

I_p – собственные доходы фирмы.

1. НИОКР = const.

2. Издержки защиты, которые в случае коммерческой тайны могут быть как выше, так и ниже, чем в случае с патентами ($i_{кт} < i_{п}$).

3. Контрактные издержки (противодействия оппортунистическому поведению и т.д.) выше в случае коммерческой тайны ($c_{кт} > c_{п}$). К издержкам противодействия оппортунистическому поведению в части заключения контрактов мы относим организационные и юридические меры сохранения конфиденциальности информации.

Установление ставки роялти при передаче технологии может привести к следующему исходу. В определенных условиях (когда издержки защиты для случая коммерческой тайны ниже, и данное снижение издержек перекрывает контрактные издержки) мы можем получить случай, когда предлагаемая ставка роялти $r_{кт}$ будет ниже, чем $r_{п}$. При этом возрастает общественное благосостояние, так как положение первого изобретателя не ухудшается (низкая ставка роялти достигается за счет снижения трансакционных издержек), а благосостояние второго изобретателя увеличивается (за счет более низкой ставки роялти). Такая ситуация увеличивает вероятность производства второй технологии. Так как выбор режима защиты осуществляется первым изобретателем произвольно, исходя из предполагаемых издержек, то чем больше режимов защиты окажется ему доступно (возможность использования коммерческой тайны как альтернативы патентованию), тем выше общественное благосостояние.

Далее попробуем ответить на вопрос, каким образом можно сделать институт коммерческой тайны в России при лицензировании более привлекательным? Исходим из того, что издержки защиты для режима коммерческой тайны ниже, чем для патентования, но данное снижение издержек защиты не перекрывает контрактных издержек. При существующих *законодательстве, судебных издержках и обычаях делового оборота*, приводящих к слишком высоким контрактным издержкам, режим коммерческой тайны оказывается недоступен первому изобретателю как альтернатива патентованию (ставка роялти для коммерческой тайны

выше, чем при патентовании). Такая ситуация отрицательно отражается на общественном благосостоянии.

Следовательно, для того чтобы режим коммерческой тайны был доступным в качестве альтернативы патентованию, нам необходимо воздействовать на обычаи делового оборота, законодательство и судебные издержки (организационные и юридические меры противодействия оппортунизму) в области коммерческой тайны.

Совершенствование института коммерческой тайны в России

Законодательство в области коммерческой тайны и судебная практика. Действующее законодательство в области коммерческой тайны: ФЗ «О коммерческой тайне», часть 4 ГК РФ (глава 75). В части 4 ГК РФ используется понятие «секрет производства (ноу-хау)», в ФЗ «О коммерческой тайне» речь идет о коммерческой тайне. И хотя, по сути, эти понятия обозначают одно и то же, возможны разночтения в законах из-за разных названий идентичных понятий. Такое несовершенство законодательства дает возможность для оппортунистического поведения, так как усложняет процесс доказывания нарушений коммерческой тайны. В целях сокращения трансакционных издержек целесообразно синхронизировать понятия, используемые относительно института коммерческой тайны в части 4 ГК РФ и в ФЗ «О коммерческой тайне».

Вероятность оппортунистического поведения при использовании режима коммерческой тайны зависит и от эффективности судебной системы (судебных издержек и др.). При обращении в суд относительно разглашения коммерческой тайны основные издержки оказываются связанными с доказыванием того, что информация являлась коммерческой тайной. В соответствии со ст.10 ФЗ «О коммерческой тайне»: «Режим коммерческой тайны считается установленным после принятия обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, мер по охране конфиденциальности», приведенных в данной статье закона.

Однако нерешенной остается проблема доказывания факта наличия коммерческой тайны. Данная проблема возникает из-за отсутствия у судов опыта работы с коммерческой тайной. Например, при краже коммерческой тайны сотрудником фирмы и

его переходе к конкурентам суд говорит о том, что очень сложно доказать факт кражи информации именно этим сотрудником. Однако такая практика ведения дел по коммерческой тайне не допустима. В США, к примеру, сотрудник практически лишен возможности перехода в конкурирующую фирму. Если же это произошло и коммерческая тайна утрачена, то для судов данный факт является веским доказательством нарушения прав владельца коммерческой тайны.

Неумение судов работать с институтом коммерческой тайны вытекает из отсутствия у судей необходимой квалификации в данной области. Выходом может стать создание специализированных судов, члены которых будут являться специалистами в области коммерческой тайны. Создание таких судов оказывается неразрывно связано с подготовкой и переподготовкой квалифицированных специалистов в этой сфере.

Говоря о судебных издержках, возникающих в результате споров по коммерческой тайне, необходимо учитывать, что защита коммерческой тайны в разных отраслях имеет свои специфические особенности. При выяснении обстоятельств установления режима коммерческой тайны судом может использоваться сравнительный подход, заключающийся в том, что предпринятые меры защиты могут совпадать с практикуемыми способами защиты в данной отрасли. Однако такой подход имеет свои ограничения: для сравнения должен иметься прецедент, то есть должны существовать практикуемые меры защиты в каждой отдельно взятой отрасли. Возможность принятия судом точных решений будет зависеть от наличия базы данных соответствующих прецедентов. Данный подход сможет реализоваться только по прошествии некоторого времени после создания специализированных судов, в результате работы которых будут накоплены сведения о соответствующих прецедентах.

Еще одним фактором, обуславливающим редкое использование института коммерческой тайны в России, выступает неразвитость обычаев делового оборота.

Во-первых, контрактным обязательствам, заставляющим стороны сохранять конфиденциальность информации, зачастую не уделяется должного внимания.

Во-вторых, в соглашении в большинстве случаев не четко прописан сам предмет договора (объем конфиденциальной информации), что приводит к излишним тратам на сохранение в тайне информации, которая не является важной. Борьба же с оппортунизмом может вестись не только через повышение наказания, но и через создание и настройку стимулов к исполнению контракта путем установления надбавок к заработной плате сотрудников, имеющих дело с конфиденциальной информацией. Кроме того, в целях повышения информированности сотрудников об институте коммерческой тайны могут использоваться программы дополнительного образования и повышения квалификации в данной области.

Заключение

В статье мы выявили возможности использования коммерческой тайны как альтернативы патентованию. В этом нам помог сравнительный анализ факторов, влияющих на частные и общественные выгоды и издержки патентования и коммерческой тайны.

Далее мы показали, что привлекательность института мотивирования интеллектуальной деятельности, приводящей к созданию базовой инновации, зависит от возможностей дальнейшего лицензирования технологии, способствующего разработке кумулятивных инноваций. При этом вероятность дальнейших разработок выше для того института, использование которого позволит установить ставку роялти по лицензии на более низком уровне. Для коммерческой тайны ставка роялти по лицензии будет ниже, когда *издержки защиты* для случая коммерческой тайны окажутся ниже, чем для патентования, и данное снижение издержек перекроет *контрактные издержки*, которые для коммерческой тайны выше, чем для патентования. В данном случае *возрастает общественное благосостояние*, так как положение первого изобретателя не ухудшается (низкая ставка роялти достигается за счет снижения трансакционных издержек), а благосостояние второго изобретателя увеличивается (за счет более низкой ставки роялти).

Однако в России коммерческая тайна редко используется из-за того, что *контрактные издержки* слишком высоки. Снижение

контрактных издержек может быть достигнуто путем совершенствования российской институциональной среды в трех основных направлениях.

1. Законодательство:

- синхронизация понятий, касающихся коммерческой тайны в части 4 ГК РФ и в ФЗ «О коммерческой тайне».

2. Судебная практика:

- Создание специализированных судов (разрешение споров относительно различных охраняемых результатов интеллектуальной деятельности).
- При вынесении решений судами относительно наличия коммерческой тайны судьи могут руководствоваться мерами защиты, практикуемыми в каждой отдельной отрасли (прецедентами). Данная мера будет доступна в России лишь по прошествии некоторого времени с момента создания специализированных судов, когда вынесение ими решений создаст базу данных прецедентов.

3. Обычай делового оборота:

- Точное определение срока, предмета договора.
- Настройка стимулов к неразглашению информации через надбавки к заработной плате.
- Механизм добровольного депонирования информации у независимой стороны для фиксации факта обладания коммерческой тайной.

Совершенствование институциональной среды в каждом из рассмотренных нами направлений невозможно без наличия высококвалифицированных специалистов. Поэтому основой таких преобразований могут стать программы подготовки и переподготовки кадров в сфере, связанной с созданием и коммерциализацией результатов интеллектуальной деятельности.

Однако изучение альтернативных механизмов стимулирования интеллектуальной деятельности не ограничивается только рассмотренными институтами патентования и коммерческой тайны. Интерес для дальнейших исследований представляет механизм общественного спонсорства (включающий в себя государственное финансирование творческой деятельности). Кроме того, государственное финансирование может использоваться не как

отдельный механизм, а совмещаться с закреплением прав интеллектуальной собственности на результат интеллектуальной деятельности за его создателями с возможностью дальнейшей коммерциализации инновации. Данные вопросы оставляют место для проведения последующих исследований.

Литература

1. Федеральный закон Российской Федерации от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне».
2. 4 часть ГК РФ от 18.12.2006 № 230-ФЗ.
3. Елисеев А.Н., Шульга И.Е. «Интеллектуальная собственность в XXI веке: король умер?!», Никитский клуб, Цикл публичных дискуссий «Россия в глобальном контексте», Выпуск 31.
4. Залесов А.В., Соболев А.Ю. Применение теории эквивалентов при толковании в судах объема патентной охраны изобретений в области естественных наук, журнал «Изобретательство». №9, 2004.
5. Залесов А.В., Тихонов С.А. Обзор практики и тенденции лицензирования в США, «Биржа интеллектуальной собственности», №9, 2003.
6. Лопатин В.Н. Ноу-хау вместо коммерческой тайны, журнал «Информационное право». №1, 2007.
7. Капелюшников Р.И. Экономическая теория прав собственности. М.: ИМЭМО, 1990
8. Шаститко А.Е. Новая институциональная экономическая теория. М.: ТЕИС, 2002, Третье издание.
9. Cheung, S.N.S. Property Rights in Trade Secrets. *Economic Inquiry*. Vol.20, No.1, pp.40-53, 1982.
10. Hill C.W.L. Strategies for Exploiting Technological Innovations: When and When not to License», *Organization Science*, Vol. 3, No. 3, Focused Issue: Management of Technology, pp. 428–441. Aug., 1992.
11. Nelson J.P., Cohen W.M. Protecting their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and why U.S. Manufacturing Firms Patent (or not). NBER Working Paper No. 7552. Issued in February 2000.
12. Pollock R. Cumulative Innovation, Experimentation and the Hold-Up Problem. Cambridge Working Papers in Economics 0817, Faculty of Economics, University of Cambridge. 2008.
13. Scotchmer S., Green J. On the Division of Profit between Sequential Innovators. *Rand Journal of Economics*, 1995.