

Соглашение о конфиденциальности и неразглашении информации ("NDA") согласно своей правовой природе относится к гражданско-правовым договором, не содержащего своего отдельного специального законодательного регулирования.

Подобные типы Соглашений заключаются на основании общих положений Гражданского кодекса РФ (пункт 2 статьи 421 Гражданского кодекса РФ) и регулируется нормами об отдельных видах обязательств, предусмотренных специальными законодательными документами в порядке применения правил об аналогии закона (пункт 1 статьи 6 Гражданского кодекса РФ).

Согласно пункту 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 года № 16 «О свободе договора и ее пределах» в соответствии с пунктом 2 статьи 421 гражданского кодекса РФ стороны могут подписать договор, не включенный в закон и иные правовые акты .

Оценка данной категории договоров производится исходя из его оснований, действительного содержания прав и обязанностей сторон, уравнивание рисков и других положений условий.

Применение к непоименованным договорам по аналогии закона императивных норм об отдельных видах договоров возможно в исключительных случаях, когда исходя из целей законодательного регулирования ограничение свободы договора необходимо для защиты охраняемых законом интересов слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов или недопущения грубого баланса интересов сторон.

Как следует из пунктов 1, 2 статьи 3 Федерального закона от 29 июля 2004 года № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» (далее - Закон о коммерческой тайне), под коммерческой тайной понимается режим конфиденциальности информации, позволяющий ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду, к которой у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которой введен режим коммерческой тайны.

Необходимо отметить, что положения Закона о коммерческой тайне регулируют отношения, связанные с установлением, изменением и прекращением режима коммерческой тайны в отношении информации, которая имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам.

Режим коммерческой тайны считается установленным только после принятия обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, мер по ее охране (пункт 2 статьи 10 Закона о коммерческой тайне).

В пункте 1 статьи 10 Закона о коммерческой тайне перечислен исчерпывающий перечень мер по охране конфиденциальной информации, который должен быть принят обладателем такой информации, а именно:

- 1) определить перечень информации, составляющей коммерческую тайну (т.е. принять соответствующий локальный нормативный акт, содержащий в себе такой перечень конфиденциальной информации);
- 2) ограничить доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, путем установления порядка обращения с этой информацией и контроля за соблюдением такого порядка (т.е. принять соответствующий локальный нормативный акт о порядке доступа к конфиденциальной информации);

3) обеспечить учет лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну и (или) лиц, которым такая информация была предоставлена или передана (т.е. любой доступ к конфиденциальной информации должен фиксироваться и регистрироваться);

4) обеспечить регулирование отношений по использованию информации, составляющей коммерческую тайну, работниками на основании трудовых договоров и контрагентами на основании гражданско-правовых договоров.

5) нанести на материальные носители, содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну, или включение в состав реквизитов документов, содержащих такую информацию, грифа «Коммерческая тайна» с указанием обладателя такой информации (для юридических лиц – полное наименование и место нахождения, для индивидуальных предпринимателей – фамилия, имя, отчество гражданина, являющегося индивидуальным предпринимателем, и место жительства).

Таким образом, исходя из положения статьи 10 Закона о коммерческой тайне, кроме заключения гражданско-правового договора, регулирующего отношения по использованию конфиденциальной информации, обладатель (получатель) такой информации обязан выполнить весь перечень требований, установленных указанной статьей.

В связи с этим, сторонами по Соглашению NDA, в первую очередь необходимо осуществить мероприятия по установлению режима защиты коммерческой тайны, путем реализации предписанной Законом о коммерческой тайне процедуры.

Неисполнение указанного требования Закона о коммерческой тайне, соответственно, свидетельствует об отсутствии режима защиты конфиденциальной информации.

Между тем, режим коммерческой тайны не может быть установлен в отношении сведений, перечисленных в статье 5 Закона о коммерческой тайне, а также сведений, обязательность раскрытия которых или недопустимость ограничения доступа к которым установлена иными федеральными законами.

Перечень таких сведений содержится и в действующем на сегодняшний день постановлении Правительства РСФСР от 5 декабря 1991 года № 35 «О перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну».

К информации, которая не может составлять коммерческую тайну, относится:

1) содержащихся в учредительных документах юридического лица, документах, подтверждающих факт внесения записей о юридических лицах и об индивидуальных предпринимателях в соответствующие государственные реестры;

2) содержащихся в документах, дающих право на осуществление предпринимательской деятельности;

3) о составе имущества государственного или муниципального унитарного предприятия, государственного учреждения и об использовании ими средств соответствующих бюджетов;

4) о загрязнении окружающей среды, состоянии противопожарной безопасности, санитарно-эпидемиологической и радиационной обстановке, безопасности пищевых продуктов и других факторах, оказывающих негативное воздействие на обеспечение

безопасного функционирования производственных объектов, безопасности каждого гражданина и безопасности населения в целом;

5) о численности, о составе работников, о системе оплаты труда, об условиях труда, в том числе об охране труда, о показателях производственного травматизма и профессиональной заболеваемости, и о наличии свободных рабочих мест;

6) о задолженности работодателей по выплате заработной платы и социальным выплатам;

7) о нарушениях законодательства Российской Федерации и фактах привлечения к ответственности за совершение этих нарушений;

8) об условиях конкурсов или аукционов по приватизации объектов государственной или муниципальной собственности;

9) о размерах и структуре доходов некоммерческих организаций, о размерах и составе их имущества, об их расходах, о численности и об оплате труда их работников, об использовании безвозмездного труда граждан в деятельности некоммерческой организации;

10) о перечне лиц, имеющих право действовать без доверенности от имени юридического лица;

11) обязательность раскрытия которых или недопустимость ограничения доступа к которым установлена иными федеральными законами.

Как следует из положений пункта 11 статьи 5 Закона о коммерческой тайне, перечень сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну, не является исчерпывающим. При этом сведения, доступ к которым не подлежит ограничению, могут быть предусмотрены федеральным законом.

Например, в соответствии со статьей 13 Федерального закона от 06 декабря 2011 № 402-ФЗ «О бухгалтерском учете» в отношении бухгалтерской (финансовой) отчетности не может быть установлен режим коммерческой тайны и так далее.

Отдельно следует обратить внимание и на разницу в толковании понятий «коммерческая тайна» и «информация, составляющая коммерческую тайну».

При этом, понятие «конфиденциальность информации» исходя из пункта 7 статьи 2 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», является не свойством информации (т.е. содержанием сведений с ограниченным доступом, передаваемых между сторонами), а обязательным требованием для выполнения лицами, получившими доступ к определенной информации, не передавать такую информацию третьим лицам.

В то же время, Законом о коммерческой тайне понятие «конфиденциальности» вообще не раскрывается, а является составным элементом коммерческой тайны.

С точки зрения действующего законодательства (статья 2 Закона о коммерческой тайне) коммерческая тайна, сама по себе, не является "секретной" информацией, а представляет собой режим работы с конфиденциальной информацией, в то время как сама информация, составляющая коммерческую тайну – это сведения, имеющие коммерческую ценность в силу неизвестности третьим лицам.

То есть, обязательным условием для признания информации конфиденциальной, является экономическая, технологическая, производственная или иная другая

ценность, позволяющая получить соответствующую экономическую выгоду от того, что данная информация не известна третьим лицам, а коммерческая тайна обеспечивает сохранность и ограничения такой информации в обороте (конфиденциальность).

В Гражданском кодексе РФ существуют отдельные нормы, устанавливающие имущественную ответственность за нарушение режима коммерческой тайны при исполнении обязательств по отдельным видам хозяйственных договоров.

Например, согласно статье 727 Гражданского кодекса РФ если сторона благодаря исполнению своего обязательства по договору подряда получила от другой стороны информацию о новых решениях и технических знаниях, в том числе не защищаемых законом, а также сведения, в отношении которых их обладателем установлен режим коммерческой тайны, сторона, получившая такую информацию, не вправе сообщать ее третьим лицам без согласия другой стороны.

В части 1 статьи 1472 Гражданского кодекса РФ также устанавливается имущественная ответственность за нарушение исключительного права на секреты производства, и так далее.

Согласно пункту 1 статьи 432 Гражданского кодекса РФ договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора.

Существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Под «предметом» договора принято понимать юридические последствия, на которые направлена воля сторон договора. Содержание договора должно быть физически возможным, не противоречить закону и нормам нравственности (морали), основываясь на свободе и юридическом равенстве.

Следовательно, исходя из непоименованности правового происхождения NDA, существенным будет являться предмет такого соглашения, а также иные условия, согласованные сторонами, т.к. иного в законе не названо.

Подводя итоги, главным следует отметить то, что само по себе Соглашение о неразглашении конфиденциальной информации (NDA), исходя из его предмета, должно определять порядок передачи сведений, составляющих коммерческую тайну, не в связи с ее фактическим наличием у сторон, а в связи с реализацией сторонами совместных проектов, совместной деятельности, исполнения заключаемыми между ними хозяйственными возмездными и безвозмездными сделками (договорами, соглашениями, контрактами и т.д.). При этом, режим защиты такой информации должен быть принят самими сторонами уже в соответствии с требованиями Закона о коммерческой тайне (статьи 10 и 11 Закона).

Как следствие, NDA не может (и не должен) заключаться для целей придания "секретности" передаваемой между участниками гражданского оборота информации, поскольку процедура введения режима ограниченного доступа (коммерческой тайны, конфиденциальной информации) прямо названа в Законе о коммерческой тайне.

Коммерческая тайна — это любая конфиденциальная информация, которая позволяет ее обладателю получать коммерческую выгоду, в силу ее неизвестности третьим лицам.

Закон № 98-ФЗ «О коммерческой тайне»

Владелец автомастерской «Колесо» нашел выгодных поставщиков запчастей. Клиентам нравились цены, поэтому они ездили только в эту автомастерскую. Один из менеджеров получил доступ к базе поставщиков и слил ее конкурентам, то есть нарушил коммерческую тайну. Конкуренты связались с поставщиками «Колеса» и договорились о еще более выгодных условиях. Потом провели рекламную акцию и переманили к себе половину клиентов автомастерской.

Коммерческой тайной могут быть любые данные, которые имеют потенциальную коммерческую ценность: планы производства, закупок и продаж, стратегия развития бизнеса, база данных поставщиков и клиентов, персональные данные сотрудников, уровень выручки. Если компания хочет защититься с юридической стороны, она должна ввести режим коммерческой тайны.

Когда NDA бесполезно

Когда Федеральный закон № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» только приняли, компании зачастую не выполняли все необходимые процедуры по введению режима коммерческой тайны. Работники пользовались этим и оспаривали штрафы или увольнения в суде. Получалось, что NDA компании заключали, а суд работников все равно оправдывал.

Поэтому среди бизнесменов сложилось мнение, что договор о неразглашении конфиденциальной информации — бесполезный документ, а заставить работника хранить коммерческую тайну невозможно.

Соглашение NDA бесполезно в некоторых случаях. Первый — когда компания пытается защитить от разглашения информацию, которая по закону не относится к коммерческой тайне.

Компания «ИТ+» захотела засекретить информацию о заработной плате сотрудников. Но юристы компании восприняли эту идею с сомнением: согласно п. 5 ст. 5 Федерального закона № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» система оплаты труда к тайне не относится. Несмотря на то что в формулировке закона нет фразы «зарплатная плата», суды чаще встают на сторону работника.

Даже если в NDA есть запрет на разглашение своей зарплаты, он не имеет юридической силы.

Второй случай, когда NDA не работает — в компании не установлен режим коммерческой тайны, или сотрудники, контрагенты не проинформированы письменно. Тогда суд тоже не поддержит сторону компании.

Как ввести в компании режим коммерческой тайны

Определите, какая информация может относиться к коммерческой тайне. В Законе «О коммерческой тайне» указано, что к ней относится особенно ценная для бизнеса информация, которую запрещено сообщать конкурентам. Например, сведения о клиентах относятся, а о количестве сотрудников на предприятии — нет.

В ст. 5 Закона № 98-ФЗ перечислено, какая информация не может быть коммерческой тайной

«Помню интересный случай. Мерчендайзер одной компании отправил контрагенту таблицу и попросил заполнить. Но после отправки выяснилось, что в этой же таблице оказалась информация о выручке компании. Работодатель об этом узнал и уволил мерчендайзера за нарушение коммерческой тайны. А суд встал на сторону работника, так как при сравнении данных за один и тот же период выяснилось, что информация в таблице отличалась от реальной на несколько десятков тысяч. Суд решил, что коммерческая тайна не была нарушена, потому что информация, которую переслал сотрудник, не совпадала с коммерческой тайной компании».

Ведите учет сотрудников, у которых есть доступ к информации. Вести список можно в электронном или печатном вариантах. В таком списке могут быть графы со списком должностей, ФИО, датами трудоустройства и увольнения. Вовремя обновлять такой реестр должны кадровые специалисты или юристы.

Составьте Положение о коммерческой тайне. Когда вы вводите режим коммерческой тайны, вы обращаете внимание сотрудников, что в компании есть определенные правила работы с информацией. Пропишите их в одном документе. В Положении укажите, как хранить, передавать и уничтожать данные. Нет четких рекомендаций, как составлять этот документ — каждая компания разрабатывает его в удобной для себя форме. Но в этом и сложность. Если вы не указали, что делать нельзя, то по умолчанию это делать разрешено. Например, если в Положении не указано, что нельзя сохранять прайсы и другие данные на личном смартфоне, а сотрудник это сделал, то наказать его нельзя.

Подробно пропишите все тонкости и запреты, например, запрет на использование личных почтовых аккаунтов. Тогда пробелов, которыми сможет воспользоваться работник для разглашения информации, не останется.

Ознакомьте сотрудников с информацией под расписку. Вам нужно предоставить работникам перечень информации, которая считается коммерческой тайной, рассказать о мерах ответственности и ознакомить с Положением о коммерческой тайне под расписку. Без этой подписи у вас не получится доказать суду, что сотрудник знал о запрете на разглашение данных.

Нанесите на документы, папки, диски и другие материальные носители гриф «Коммерческая тайна». Формулировки могут быть разные, например, «Конфиденциально» или «Please do not forward». Для российских компаний обязательно нужна фраза «коммерческая тайна» и сведения о правообладателе. Если это юрлицо, то полное название и адрес. Если ИП — то ФИО и адрес. Такой формат оформления документов установлен федеральным законом.

Гриф наносится с помощью печати, наклейки, надписи от руки — способ в законе четко не указан. Если документы электронные, то внесите гриф в колонтитулы или разместите его на свободном месте.

Расскажите сотрудникам о важности неразглашения конфиденциальной информации и о мерах ответственности за нарушение режима. С работника могут взыскать убытки по ст. «Охрана конфиденциальности информации, составляющей коммерческую тайну, в рамках трудовых отношений», привлечь к полной материальной ответственности на основании ст. 243 ТК РФ о случаях полной материальной ответственности или даже уволить работника по ст. «Расторжение трудового договора по инициативе работодателя».

Если суд решает, что сотрудник разгласил коммерческую тайну ради собственной материальной выгоды, то ему грозит уголовная ответственность по ст. 183 УК РФ. Это может быть штраф до 1 млн рублей, принудительные работы или заключение на срок до 3 лет.

Создайте работнику необходимые условия для соблюдения установленного вами режима коммерческой тайны. Если вы не создаете работнику аккаунт корпоративной почты, не устанавливаете пароли на компьютер, не выделяете под хранение конфиденциальной информации шкафы или сейфы, не рассчитывайте, что сотрудник сделает все сам. Вы можете требовать соблюдения условий, только если обеспечите их. Это — ваша задача. Если условия не созданы, суд встанет на сторону работника, а если созданы — ваши шансы на компенсацию ущерба очень высоки.

Когда будете составлять документы, описывающие режим коммерческой тайны, обязательно подробно опишите порядок работы с конфиденциальными данными и точно сформулируйте действия, которые нельзя совершать работнику. Например, укажите запрет на доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, с личных девайсов, запретите скачивание такой информации на внешние носители или пропишите, что вести деловую и служебную переписку по электронной почте можно только с корпоративных почтовых адресов. Если у компании возникает спор с работником, суд будет проверять, какие меры по охране коммерческой тайны предпринял работодатель и знал ли о них работник.

Как составлять NDA правильно

Шаблоны соглашения можно свободно скачать из интернета — они стандартны. Но Алексей Натаров советует обратить внимание и на детали при подписании NDA, которые владельцы в спешке могут упустить из виду.

Определите, кто владелец конфиденциальной коммерческой информации и проверьте, чтобы NDA заключался от его имени. Бизнес может состоять из нескольких компаний, российских или зарубежных. Нужно заключать соглашение от имени той компании, которая владеет конфиденциальной информацией.

Если NDA подписывает не владелец информации, а другой человек, то проверьте, есть ли у него на это письменно подтвержденное право. В суде такое NDA может не иметь юридической силы.

В судах рассматривается много дел, которые касаются коммерческой тайны. Поэтому юристам компаний стало проще вводить режим коммерческой тайны, составлять подробные соглашения о неразглашении и выигрывать дела. И привлекать работников или контрагентов к ответственности за разглашение коммерческой тайны тоже стало проще.

Часто NDA используется, если компания заключает гражданско-правовой договор с контрагентами. Например, интернет-магазин работает с бухгалтером на аутсорсинге. Через него проходят все сведения о финансах компании, а эти данные входят в понятие коммерческой тайны. Поэтому компании нужно заключать с бухгалтером соглашение NDA. Маркетинговые агентства, например, заключают такое соглашение с внештатными авторами.

«Мы заключаем с авторами договор о неразглашении на этапе обсуждения гонораров. Это нужно, чтобы за пределами агентства не распространялась внутренняя информация, например, контент-план, готовые, но не опубликованные материалы, размер гонорара за статью. Меры ответственности зависят от того, какой материальный ущерб был нанесен в результате распространения информации».

Если компания хочет, чтобы работники не разглашали конфиденциальную информацию, то это условие нужно включать в трудовой договор. По сути это те же условия, что и в NDA, только соблюдаться они должны в рамках трудового законодательства, так как речь идет о трудовых отношениях.

Составить документ о неразглашении — просто. Сложнее — ввести режим коммерческой тайны и доказать, что нарушение обязательства действительно было. Чем точнее и детальнее вы пропишете в NDA определение конфиденциальной информации, тем проще будет доказать ее утечку и определить наказание сотруднику.

При составлении соглашения нужно указать срок хранения тайны, например, 2 года, 5 лет. Все это время, даже в случае увольнения, сотрудник не имеет права обсуждать деятельность компании или разглашать коммерческую тайну.

Компания «ИРИС» разрабатывает инженерные, радиотехнические и информационные системы. Сотрудник компании узнал секрет производства одного из приборов. После увольнения он устроился работать к конкурентам, в компанию «СУП». Сотрудник рассказал им секрет производства прибора и предоставил разработки компании «ИРИС». Поэтому конкуренты тоже стали производить такой прибор. Когда компания «ИРИС» захотела заключить договор с контрагентом, он отказался, потому что уже заключил аналогичный договор с компанией «СУП». Компании «ИРИС» был причинен материальный ущерб, но доказать вину бывшего работника в суде в конечном итоге не получилось.

Все, что должен сделать работодатель для охраны своей конфиденциальной информации, перечислено в ч. 1 ст. 10 и в ч. 1 ст. 11 Закона «О коммерческой тайне».

Выводы:

- Создайте Положение о коммерческой тайне и детально пропишите в нем правила обращения с конфиденциальной информацией.

- Ознакомьте сотрудников под подпись с перечнем конфиденциальной информации, с текстом Положения и мерами ответственности за разглашение данных.

- Нанесите на материальные носители и электронные документы гриф «Коммерческая тайна».

- Создайте условия для соблюдения режима коммерческой тайны.